

IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DEBERES  
DE CUIDADO. HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN  
DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA\*

*OBJECTIVE IMPUTATION IN THE DUTIES OF BECAUFORE:  
LAYING THE FOUNDATIONS OF THE PRINCIPLE OF TRUST*

Abraham PÉREZ DAZA\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo intenta establecer a nivel de tipo (dentro del debate de la normativización que la imputación objetiva ha establecido en los últimos años) una delimitación de la responsabilidad penal en los delitos culposos, fundamentada en el principio de confianza.

**ABSTRACT:** *This article tries to establish, within the functionalist debate, that the objective imputation in recent years has established a level of a type a delimitation in the criminal offenses of misconduct, based on the principle of trust.*

**Palabras claves:** imputación objetiva, culpa, responsabilidad penal, principio de confianza.

**Descriptors:** *imputation objective, blame, criminal responsibility, principle of trust.*

\* Artículo recibido el 19 de enero de 2009 y aceptado para su publicación el 30 de mayo de 2009.

\*\* Licenciado en derecho y estudios en filosofía, licenciatura y maestría, en la UNAM; profesor de Sociología jurídica, Derecho penal internacional y Teoría del derecho, en la Facultad de Derecho de la UNAM. Corresponsal en la *Revista de Derecho Penal y Criminología* de la Universidad de Educación a Distancia.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XLII, núm. 126,  
septiembre-diciembre de 2009, pp. 1373-1428

*En reconocimiento a Sensei Cristóbal López,  
por su dedicación al Aikido y al Jazz*

SUMARIO: I. *Evolución histórico-filosófica sobre el concepto de confianza.*  
II. *La confianza como ¿“principio”? en derecho penal.* III. *Acerca del sentido del principio de confianza en derecho penal.*

#### I. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA SOBRE EL CONCEPTO DE CONFIANZA

He decidido apoyarme inicialmente en la filosofía tradicional de Aristóteles: la *Ética a Nicómaco*, de donde pretendo extraer los principios ético-sociales de las relaciones personales en sociedad; enseguida, en uno de los máximos representantes de la filosofía trascendental del idealismo alemán, Hegel, quien dejará ver la importancia de la eticidad para establecer los parámetros de derechos y obligaciones en las relaciones personales, por medio del reconocimiento. Una vez establecido el contexto filosófico, he de estudiar la confianza desde el ámbito sociológico, en particular de Luhmann, de quien analizaré los conceptos de “rol” y “expectativa”, que generan la base de todo el sistema social para permitir las relaciones de confianza que los propios ciudadanos procuran conservar, a pesar de las contingencias generadas. En este camino, me ocuparé de Jakobs, quien ha intentado dotar al derecho penal de conceptos normativos acordes con las necesidades de una sociedad de riesgos, y su propuesta radica en la fidelidad al ordenamiento jurídico, y en cuanto se genere una defraudación a ésta, habrá que confirmarla con la aplicación de una pena, entonces el ciudadano podrá confiar en el ordenamiento que le rige, y con ello asegurar la identidad normativa de la sociedad, para esto habrá de integrarse la estructura comunicativa que ha establecido Habermas, quien ofrece elementos para confrontar a los demás autores anteriores con un racionalismo (ético-material) del concepto de confianza.

Evidentemente, mantener un concepto de confianza alejado de la práctica quedaría sin más utilidad que la de añorar una sociedad perfecta. Por ello, he de reconstruir el concepto de confianza teórico en un concepto de confianza fáctico, que sirva para el derecho penal como principio de exclusión de responsabilidad, a nivel de tipicidad, fundamentado en la teoría de la imputación objetiva (inicialmente en el delito culposos), y con ello negar el principio de autorresponsabilidad.

### 1. *La amistad como punto de partida en Aristóteles*

La doctrina aristotélica da la pauta para iniciar un estudio detallado sobre el origen de la confianza en sociedad.<sup>1</sup> Sin embargo, cabe preguntarse dos cuestiones: ¿de dónde surge el concepto de confianza? y ¿en qué fundamenta Aristóteles la confianza dentro de su doctrina? Para poder responder a 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 Nicomáquea*, particularmente en los libros VIII y IX,<sup>2</sup> que a continuación me referiré.

El dominio de la ética para Aristóteles es la acción humana,<sup>3</sup> 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 valioso (tal vez sería oportuno recordar que no escribe su ética para el hombre co-

<sup>1</sup> Ahondar más en el concepto de confianza, evidentemente nos llevaría a los presocráticos, como fue el caso en Heráclito, pues al unir los fragmentos B 114 y B 2 se produce el siguiente párrafo: “Es necesario que los que hablan con inteligencia (

û i) *confíen* en lo que es común ( o i) 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 ( û i), pero aunque la razón es común, la mayoría vive como si tuviera una inteligencia particular”. Las cursivas son mías.

<sup>2</sup> La edición que he utilizado corresponde a la traducción de Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985.

<sup>3</sup> Sobre el particular libro VII: Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1971, p. 23.

mún)<sup>4</sup> y más aún, ha de insistir en que hace falta tiempo y trato en la otra persona (1156b29). 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 manifestación del Bien<sup>5</sup> y de la estructura del obrar ético.<sup>6</sup> 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 pues, perfectamente visible para Aristóteles, que la *confianza* se dé 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”.<sup>7</sup> Además, “parece vincular las ciudades, y podría creerse que los legisladores la toman más a pecho que la justicia”,<sup>8</sup> en tanto que la califica desde el primer momento, dice Welzel: “como virtud social,

<sup>4</sup> Düring, *Aristóteles. Exposición e interpretación de su pensamiento*, México, 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”.

<sup>5</sup> Con esto se observa con toda claridad el significado que es dado en la filosofía aristotélica a esta manifestación de Bien. Aristóteles, *op. cit.*, 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 cursivas.

<sup>6</sup> Düring, *op. cit.*, nota 4, p. 711, explica: “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”. Según lo anterior, entiendo con 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.

<sup>7</sup> Aristóteles, *op. cit.*, nota 2, p. 102.

<sup>8</sup> *Idem*.

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, sino frente a otros”.<sup>9</sup> Sin embargo, el propio Aristóteles reconoce que hay pocos hombres con una verdadera amistad, por lo que llega a ser “rara”. 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*”.<sup>10</sup>

Aunado a lo anterior, corresponde señalar que en cada una de las formas de gobierno, la amistad aparece en la misma medida que la justicia.<sup>11</sup> 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 exigen-

<sup>9</sup> Welzel, *op. cit.*, nota 3, pp. 29 y ss.

<sup>10</sup> Aristóteles, *op. cit.*, nota 2, p. 105, en el original no está marcado con negrillas (como dato complementario, el término “confianza” fue acuñado por primera vez en la lengua española alrededor de 1400, pronto dio pie a que se le sumaran: “confiar”, hacia mediados del siglo XV, y “desconfiar” y “desconfianza” a finales del mismo. Sobre el particular, Viesca, Carlos y Fuente, Juan Ramón de la, “Confianza y privacidad en el meollo de la práctica médica”, en *Responsabilidad y libertad*, México, UNAM-FCE, 2002, pp. 119 y ss. “No podemos pasar inadvertido el hecho de que se deriva de “fiar”, *fidere* en el antiguo latín, lo cual conlleva que se está hablando de depositar la fe en algo o en alguien. Ahora bien, aunque la palabra “confidencia” se va introduciendo en las lenguas romances, también entre los siglos XIII y XIV, el concepto que expresaba entonces era nominar a aquel que confía; no tomó su sentido actual sino hasta el siglo XVII, cuando pasó a designar como confidente a la persona en quien se deposita algún bien o información preciada, lo cual requiere que se le tenga plena confianza, completa fe).

<sup>11</sup> 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*, Bogotá, UEC, 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*”.

cias mínimas en este campo, es decir, se necesita del Estado,<sup>12</sup> de no ser así habría una tiranía, en la cual hay poca o ninguna amistad.<sup>13</sup> 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*.<sup>14</sup> Si se cambian, a la ligera, leyes vigentes, debilita uno el respeto a la ley.<sup>15</sup>

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 el momento, únicamente me limitaré a la amistad por *utilidad*, la cual muestra la amistad por *accidens*, al ser entendida que 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 la simpatía, y ésta 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).<sup>16</sup> Perdomo Torres considera que en Aristóteles:

<sup>12</sup> Aristóteles, *op. cit.*, nota 2, pp. 109 y ss.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>14</sup> Sobre el particular, Jakobs, “El delito imprudente”, en *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, Porrúa, 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 concurra una probabilidad relevante de que otro la recorte”.

<sup>15</sup> En este sentido, Carrancá 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, Sergio, “Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)”, *RC*, p. 3, “cuando imagina una ley o recibe un proyecto, comienza el grave ejercicio de responsabilidad que concluirá en la norma positiva. Ésta 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”.

<sup>16</sup> Aristóteles, *op. cit.*, nota 2, pp. 103 y ss.; en sentido similar, Perdomo Torres, *op. cit.*, nota 11, pp. 120 y ss.

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.<sup>17</sup>

La fuerza y la amplitud de los deberes y del grado de vinculación se concretizan 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.<sup>18</sup>

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 injusticias*.<sup>19</sup> Toda vez que, “se obra 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”.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>18</sup> *Idem*; Aristóteles, *op. cit.*, 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 a un 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”.

<sup>19</sup> Sin embargo, Aristóteles (*ibidem*, 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 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 sobremanera difícil”.

<sup>20</sup> Aristóteles, Libro VII; sobre el particular, la doctrina 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)*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 66 y 67; Welzel, *op. cit.*, nota 3, pp. 23-32.

Con todo, la amistad consiste para este autor: “a lo que parece, más bien en amar que en ser amado”.<sup>21</sup> 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, compañerismo de viaje, etcétera, sino también en una asociación “formal”, es decir, por un contrato (calidad de garante). 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”.<sup>22</sup> De ser así, la amistad no sería absoluta, sino puro interés. Pero ¿qué significa en Aristóteles por convivencia? Nussbaum explica:

a veces se supone que el Estagirita está hablando de “amistad”, según la concebimos en nuestra acelerada sociedad, en la que, con frecuencia, apenas se precisa otra cosa que charlas, visitas o fiestas... cuando habla de la convivencia, Aristóteles quiere decir algo más que simples visitas: si no residencia en el mismo domicilio, al menos una relación permanente, diaria incluso, en el trabajo y en la conversación.<sup>23</sup>

Finalmente, establecer en Aristóteles el punto de partida del concepto de confianza, desde un aspecto subjetivo, me permitirá establecer, entre otros aspectos, a la confianza como principio que excluya la responsabilidad, cuando exteriorice el sujeto su voluntad y no demuestre la intención de traicionar o lesionar a los demás, toda vez que resulta ser un hombre de bien que respeta las leyes.

## 2. 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,

<sup>21</sup> Aristóteles, *op. cit.*, nota 2, p. 109.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>23</sup> *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, trad. de Antonio Ballesteros, Madrid, Visor, 1995, pp. 447 y ss.

y, más en concreto, al poner la felicidad como fin moral de la acción.<sup>24</sup> 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, motivado, permitido, al igual que promovido.<sup>25</sup> Tal y como diría Hegel, “y el hombre mediante lo ético tiene derechos en cuanto tiene deberes y deberes en cuanto tiene derechos”.<sup>26</sup> 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*.<sup>27</sup> *Esto será así, cuando el concepto de libertad —si acaso tuviera alguna realidad—, no pueda ser meramente un concepto subordinado o accesorio, sino uno de los puntos rectores y centrales del sistema.*

De este modo, Hegel entiende que el lado de lo objetivo de la valoración ética tiene otra expresión importante en la costumbre, “en la identidad simple con la realidad efectiva de los individuos”;<sup>28</sup> este aspecto pone de manifiesto la identificación de los individuos con ella y, por tanto, con la valoración ética.

<sup>24</sup> Para profundizar sobre el particular, el propio Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía II*, México, FCE, 1985, pp. 311-315; Amengual Coll, *La moralidad como derecho. Estudio sobre la moralidad en la filosofía del derecho de Hegel*, Madrid, Trotta, 2001, principalmente pp. 218-221.

<sup>25</sup> Amengual Coll, *op. cit.*, nota anterior, p. 378, “a saber, que la eticidad no se opone a la moralidad, sino que la presupone y la integra (a la vez que la niega)”.

<sup>26</sup> Hegel, *Filosofía del derecho*, §155, p. 154.

<sup>27</sup> En la doctrina jurídico-penal (funcionalista) se pregona este postulado de Hegel sobre la “igualdad” entre personas: reconocer a los otros, como otro yo, de forma vinculante. Esta aplicación filosófica de Hegel se debió a Jakobs, particularmente en su obra *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1998; posteriormente, el pensamiento de Jakobs fue reconocido fundamentalmente por Feijóo Sánchez, *RDPCrim.*, 2000, pp. 95 y ss.; Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 33 y ss.; Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México, Porrúa, 2001, pp. 116-122; y Polaino-Orts, *Libro Homenaje-Günther Jakobs*, II, pp. 61 y ss.

<sup>28</sup> Hegel, *op. cit.*, nota 26, §151, p. 153.

Aunado a lo anterior, considero importante el §147, en él, Hegel señala que se pueden distinguir cuatro grados de la relación ética para con la “substancia ética”. Para el 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 adecuado,<sup>29</sup> 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”.<sup>30</sup> *Por ello, la confianza 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 padres e hijos, del profesor y los alumnos, del gobernante y gobernado, etcétera; estas relaciones éticas son familia, clase, comunidad, Estado, etcétera. Esta es la materia jurídica, y señala Michelet<sup>31</sup> 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

<sup>29</sup> *Ibidem*, §147, p. 150. Considero oportuno recordar el discurso que Hegel dictó, el 22 de octubre de 1818, en la apertura del curso académico en Berlín: “Me atrevo a desear y esperar que me será dado ganar y merecer vuestra confianza recorriendo el camino en que vamos a entrar. Pero lo que hoy os pido es confianza en la ciencia y fe en la razón. El amor a la verdad y la fe en el poder de la inteligencia son la primera condición de la indagación filosófica”, Hegel, *Lógica I*, Madrid, Gredos, 2002, p. 13.

<sup>30</sup> Hegel, *Filosofía...*, *cit.*, nota 26, §147, p. 150.

<sup>31</sup> Citado por Perdomo Torres, *op. cit.*, nota 11, p. 117.

le corresponde;<sup>32</sup> 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 amplitud.<sup>33</sup>

Puede, en cierta medida, decirse que Hegel es interpretado en una relación epistemológica por autores como Jakobs y Lesch, quienes colocan en un primer momento sus aspectos formales, y postergan (al menos sin considerarlo plenamente) sus implicaciones valorativas o políticas.

¿Pero qué puede ser el Estado hegeliano? La respuesta es perfectamente a la idea lógica.<sup>34</sup> 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 arbitrariedad, del acaso y del error; su mala conducta lo puede desfigurar en muchos aspectos. 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.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 116 y ss. “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*”.

<sup>33</sup> Hegel, *Filosofía...*, *cit.*, nota 26, §148, p. 151.

<sup>34</sup> *Ibidem*, §157, p. 155.

<sup>35</sup> *Ibidem*, §258, pp. 210 y ss. Según esto (Duque, *Historia de la filosofía moderna. La era crítica*, Madrid, Akal, 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 co-

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”,<sup>36</sup> 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 verdadero”.<sup>37</sup> 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 Estado.<sup>38</sup>

Esta comunidad debe tener al mismo tiempo la posibilidad de producir una estructura necesaria y, con palabras de Hegel,<sup>39</sup> *racional que genere deberes especiales, de lo contrario, se trataría de una confianza presente en cada contacto social*, por ejemplo, la madre que 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 parcial.<sup>40</sup>

mo código la ciencia de la lógica), excluyendo en cambio la supuesta utilidad social del Estado, su carácter exterior y por ende contingente, etcétera, pero, como tal ‘jergológico’, 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”.

<sup>36</sup> *Ibidem*, §257, p. 210.

<sup>37</sup> Perdomo Torres, *op. cit.*, nota 11, pp. 134 y ss.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>39</sup> Citado por *ibidem*, p. 142.

<sup>40</sup> *Idem*; 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

Ahora bien, al ser el derecho lo absoluto, el “espíritu ético” no puede lesionarse directamente por una voluntad individual, sino que sólo se quebrantará mediante la lesión material de un objeto exterior. Lo lesionado, explica Alcácer Guirao, será en Hegel “la ‘sustancia ética’ del derecho, la ‘voluntad general’, o también ‘el orden estatal’; ‘objetos’ que, dado su carácter ideal, sólo podían ser vulnerados mediante la lesión inmediata de un bien jurídico”.<sup>41</sup> Alcácer Guirao considera que podrá discutirse que el criterio de bien jurídico sea una decisión de talante liberal.<sup>42</sup>

No obstante, hemos de mantener la percepción de que:

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.*<sup>43</sup>

Desde esta perspectiva, Hegel entiende que “el derecho subjetivo de los individuos a una determinación subjetiva de la libertad tiene su cumplimiento en el hecho de que pertenecen a una realidad ética”.<sup>44</sup> A partir de estos postulados, la subordinación del individuo al Estado es una consecuencia necesaria, y asumida por Hegel: “esta unidad sustancial como fin absoluto e inmóvil de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber *supremo* es el ser miembros del Estado”.<sup>45</sup> En todo caso, para el autor alemán, el individuo no es ciudadano, es súbdito. Por lo demás, el

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”.

<sup>41</sup> Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien...?, cit.*, nota 27, p. 35.

<sup>42</sup> Tal y como lo he sostenido.

<sup>43</sup> Duque, *op. cit.*, nota 35, p. 835.

<sup>44</sup> Hegel, *Filosofía...*, *cit.*, nota 26, §253.

<sup>45</sup> *Ibidem*, §258.

carácter antiliberal quedó plasmado en los argumentos de los penalistas hegelianos.

Estas consideraciones permiten apreciar con toda claridad la existencia de expectativas que recaen en determinados individuos, que se comportarán de una manera especial; de tal suerte, *la confianza que ha sido transmitida 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*. Toda vez que la fundamentación de las normas que regulan la libertad de los individuos, no se origina a partir de un pacto de los ciudadanos realizado en condiciones de igualdad, desde la cual pueden verse representados los intereses de todos los individuos, sino que el único criterio de legitimación queda en el interés de la comunidad como tal, encarnada en el Estado, que es lo racional en sí y por sí.<sup>46</sup>

### 3. *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 penal,<sup>47</sup> me centraré ahora en los trabajos de Luhmann —eso sí, procuraré no exponer al autor, sino invitar a la exposición de su pensamiento en términos sociológicos— para demostrar que el concepto de confianza aplicado en la sociedad tiene grandes alcances para la dogmática jurídico-penal,<sup>48</sup> y, en particular, para la delimitación de ámbitos de responsabilidad interpersonales.

<sup>46</sup> Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien...?*, cit., nota 27, p. 36: “Desde esta perspectiva, y a partir del historicismo hegeliano, serían los valores morales fácticamente vigentes en la comunidad los que delimitarán la libertad del individuo, ya que lo fundamental no será maximizar la libertad individual, sino la estabilidad del todo social y, especialmente en Hegel, del Estado”.

<sup>47</sup> En este sentido, Bacigalupo (*Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1994, p. 1) considera que “el derecho penal comparte su tarea con la ética y la moral, aunque no puede identificarse con éstas”. Así no lo considera Polaino Navarrete, *Libro Homenaje-Cerezo Mir*, principalmente p. 134.

<sup>48</sup> Más en detalle del pensamiento de este autor para el derecho penal, véase entre nosotros a Márquez Piñero, *RFDM*, 1999, pp. 105-131.

En primer lugar, el tema de la *confianza* implica una relación problemática con el tiempo.<sup>49</sup> De este modo, acentúa la capacidad del presente para entender y reducir la complejidad,<sup>50</sup> siempre y cuando un sistema suficientemente estable conste de elementos inestables; por lo que 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 autopoietico.

Las relaciones interpersonales, con base en la confianza, serán limitadas; en otras palabras, el ámbito de competencia de las personas corresponderá fundamentalmente a su rol. *Por tanto, la confianza presupone la relación de supra o subordinación al igual que de la misma naturaleza 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, igualmente para

<sup>49</sup> *Confianza*, México, Universidad Iberoamericana-Anthropos, 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, según 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, *op. cit.*, nota 48, p. 115, “las expectativas se caracterizan por estar generalizadas *temporal*, material y socialmente”. El subrayado en negrillas es mío.

<sup>50</sup> Para profundizar en el tema de la complejidad, véase de Luhmann, entre otros trabajos, *Complejidad y modernidad de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, principalmente pp. 25 y ss.; *id.*, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 119-130; *id.*, *Introducción a la teoría de sistemas*, México, Universidad Iberoamericana, 2002, colección Teoría social, pp. 179-206.

la desconfianza.<sup>51</sup> 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”.<sup>52</sup> 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 ha de limitar la información en la que se siente seguro y que pueda 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 complejidad.<sup>53</sup>

No obstante, la complejidad del actual 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”.<sup>54</sup> 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 comunicar”.<sup>55</sup> De este modo, su sola apariencia supone alguna *confianza mínima*, la *confianza*

<sup>51</sup> Sobre el particular, Luhmann, *Confianza, cit.*, nota 49, principalmente, pp. 123-133.

<sup>52</sup> *Ibidem*, 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”.

<sup>53</sup> *Ibidem*, 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”.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>55</sup> *Ibidem*, 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”.

*de que no será mal interpretado sino que será aceptado de una manera general como él desea aparecer.*

Si bien es cierto, “hay personas que experimentan este prerequisite de la confianza a tal extremo que incluso tienen dificultad de estar —y mucho menos de hacer algo— frente a otra persona”.<sup>56</sup> Por tanto, *la confianza se funda en la motivación atribuida a la conducta*,<sup>57</sup> esto es, *toda persona que realice una acción libre será imputada a su personalidad*, por la simple razón de que su conducta, basada en su experiencia, hará posible que la confianza deba parecer una expresión y reafirmación de sí misma.<sup>58</sup> Sin embargo, se presenta una excepción a la imputación de la personalidad, cuando al llevar a cabo una acción, si ésta 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.<sup>59</sup>

En el ámbito empresarial, los criterios de imputación son de difícil acreditación, toda vez que no pueden operar con gran éxito en las complejas estructuras. Esto se debe a la alta distribución de funciones, es decir, en un ámbito particular, como es el empresarial, el reparto de trabajo será especializado, por lo que previamente el perso-

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> *Ibidem*, 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”.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 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”.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 70; en un sentido similar, Malo Camacho, *DPM*, p. 20, y Feijóo Sánchez, *op. cit.*, nota 27, p. 95.

nal que labore en una empresa deberá reunir ciertos requisitos, con el fin de que sus compañeros de trabajo confíen en su preparación para desempeñar sus funciones. Por lo que se ha buscado crear estructuras que reduzcan la complejidad y la contingencia de las posibilidades ofrecidas por su entorno, de manera que permita convertir la complejidad no estructurada en complejidad estructurada.

Ante esto, el derecho penal ha desarrollado el criterio dogmático de la asunción como causa de una posición de garantía en el ámbito de la comisión por omisión. Por ejemplo, el administrador fáctico —como lo denomina García Caveró— “en tanto... su comportamiento... ha generado en los miembros del negocio y acreedores de la empresa la confianza de que quien desempeña jurídicamente la administración de la empresa es él, puede decirse que este sujeto domina el riesgo y, por tanto, responde por él”.<sup>60</sup> Evidentemente, la consideración del comportamiento omisivo del empresario delegante como participación, poco acorde, por lo demás, con la confianza que su posición jerárquica despierta en los titulares de bienes jurídicos amenazados, presenta una seria objeción desde la perspectiva criminológica: la exoneración o disminución de pena que implica la calificación imprudente, alimenta una nueva frustración dogmática, ante los graves problemas de criminalidad que surgen en el ámbito empresarial.

Sin embargo, 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. La ventaja aparente que presenta este cambio, según Izuzquiza, en el pensamiento de Luhmann, es que: “cada uno de ellos se encuentra construido a base de las observaciones de los otros. La acción recíproca, y doblemente contingente de *ego* y *alter*, constituirá la base propia de la acción entendida como comunicación, y que genera los rasgos elementales de un sistema social”.<sup>61</sup> Ello supone que la acción de *ego* se encuentre dirigida por la expectativa de

<sup>60</sup> García Caveró, *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, Barcelona, Bosch, p. 139; en el mismo sentido, Núñez Castaño, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 204.

<sup>61</sup> Izuzquiza, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990, p. 247.

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. El procedimiento es sencillo, dice Izuzquiza:<sup>62</sup> *ego* sabe que *alter* sabe que *ego* actúa teniendo en cuenta la conducta de *alter*; por tanto, *ego* debe actuar teniendo en cuenta el efecto que pueden tener las propias elecciones sobre *alter*, *ego* deberá actuar anticipando en cierto modo la conducta y la reacción de *alter*. Ello supone una ordenación temporal de la selección que hace *ego* y que orienta, a su vez, la conducta de *alter*.

Entonces, la confianza limita extremadamente el campo de la acción: quien la posee extiende su potencial de acción. Porque la confianza supone que *alter* acepta la acción de *ego*, reforzando las propias expectativas de *ego*. Ello hace de la confianza un elemento de extrema importancia en la formación de sistemas sociales. Y permite hablar de una “autogénesis” de los sistemas sociales a partir de la doble contingencia, desde la perspectiva de la confianza-desconfianza.<sup>63</sup> *Sin embargo, la confianza siempre reacciona a posibles situaciones o informaciones críticas como indicadores de la posibilidad de confianza, y no como indicadores de hechos.* Con ello la confianza se cierra en un círculo propio, utilizando todo lo que le resulta exterior como medio de autoconstrucción.

Por tal motivo, mi interés por el *concepto de confianza, desde una perspectiva sociológica*, he de entenderla como una *confianza interpersonal* —y por tanto, limitada—. Entonces, se podrá comprender 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 es que son realizadas de manera anónima.<sup>64</sup> Lo que no impide que la sensación de complejidad si-

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>64</sup> Luhmann, *Confianza, cit.*, nota 49, 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, incluyen-

ga en aumento en las relaciones personales, y en tanto que la otra persona entre en juego como pudiera ser, en términos luhmanianos, *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”.<sup>65</sup> Por tanto, en una empresa deberá existir la obligación de proteger a quienes se conducen diligentemente de acuerdo con el ordenamiento que los rige internamente, porque ellos confían, por ejemplo, en la posición del administrador y en que las consecuencias resultantes de ésta no sean desfavorables.

Desde esta idea del acuerdo recíproco, la responsabilidad penal vendría sustentada por las normas extrapenales que regulan cada tipo de actividad especializada (tránsito vehicular, actividades médicas, empresariales, deportivas, entre otras). En consecuencia, se puede inferir como una idea regulativa, tal y cual lo expresaría Kant, ante una idea que responde al hecho básico de la libertad, de que somos seres autónomos, capaces de construir nuestro propio orden normativo e institucional. De ahí, que sólo la aceptación o el acuerdo basado en el reconocimiento recíproco (identidad) de todos los implicados, para que en el presente (una operación quirúrgica, manejar un automóvil, por ejemplos) y en un futuro se pueda garantizar esta confianza depositada en los demás, a través del ordenamiento jurídico que es quien otorgará la libertad de la persona (responsable).

En mi opinión, Luhmann acertadamente detecta una deficiencia en el tipo de relaciones fuera del ámbito normativo, al definir las como “emocionales”.<sup>66</sup> Porque si bien es cierto, 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

do 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”.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 36 y 37.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 37.

“simple esperanza”<sup>67</sup> de la conducta que deba realizar la otra persona, sin que ésta se vea obligada a llevarla a cabo. Esto finalmente, generará un caos en sociedad.

Por otro lado, *el derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no)*.<sup>68</sup> 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)*<sup>69</sup> o de desconfianza, cuando se puede confiar en el 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 confianza.<sup>70</sup>

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”.<sup>71</sup>

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”.<sup>72</sup> Por ello, resulta importante la aportación que Luhmann hace, al considerar que *la confianza de una persona (alter) dependerá de la expectativa generada por la otra persona (ego) quien mane-*

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>68</sup> En el mismo sentido, Márquez Piñero, *op. cit.*, nota 48, pp. 130 y ss.

<sup>69</sup> *Ibidem*, 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 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”.

<sup>70</sup> *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 188 y ss.; en el mismo sentido, Feijoó Sánchez, *op. cit.*, nota 27, principalmente pp. 95-101.

<sup>71</sup> Luhmann, *El derecho...*, *cit.*, nota anterior, p. 189.

<sup>72</sup> Luhmann, *Confianza*, *cit.*, nota 49, p. 41.

jará su libertad —con base en la normatividad que le rija—, o bien, si mantiene su personalidad que ha demostrado tener socialmente perceptible y con ello evitar<sup>73</sup> la defraudación a la norma.<sup>74</sup>

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 *normal*. Por otro lado, las reacciones inesperadas son atribuidas a la persona debido a las considerables demandas hechas a la concertación y habilidad.<sup>75</sup>

Toda vez que se esté “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”.<sup>76</sup> Este supuesto, que Luhmann ocupa, se ejemplifica en el

<sup>73</sup> La palabra “evitar” pertenece a la familia de los verbos que se usan cuando se refieren a los objetos y resultados de las deliberaciones: “prever”, “anticipar”, “impe-dir”, “eludir”, “realizar”, “prevenir”, “asegurar”, “proteger”, “preservar”, “depen-der”, “ayudar”, “fomentar”, “frustrar”, etcétera, estos son los principales verbos rela-tivos a la agencia y los que usamos para describir los actos de aquellos que “cambian el curso de la historia”, “perturban el universo” o “establecer una diferencia”.

<sup>74</sup> Luhmann, *Confianza*, cit., nota 49, p. 66. No así como lo ha interpretado Baratta (“Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *RICPC*, 1986, pp. 78 y 79), quien a su vez es criticado por Márquez Piñero (*op. cit.*, nota 48, pp. 129 y ss.).

<sup>75</sup> Luhmann, *Confianza*, cit., nota 49, p. 71. Resultan de interés las reflexiones hechas por Ramos Tapia, “El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás (a propósito de la STS del 25 de octubre de 1999)”, *RECPC*, 2 de marzo de 2000.

<sup>76</sup> Luhmann, *Confianza*, cit., nota 49, p. 73; en el mismo sentido, Jakobs, *op. cit.*, nota 14, p. 320.

momento de recibir la declaración de bienes: un compañero del Banco que le haya advertido al empleado que el cliente carece de bienes, y que su solicitud fue rechazada anteriormente por esta circunstancia. Pero el empleado, a la duda que le suscita esta situación, no efectúa ningún tipo de verificación con el fin de descartar lo que su compañero le dijo. En consecuencia, existe un deber de información por parte de la víctima acerca de las posibles consecuencias del contacto social que asumirá.<sup>77</sup>

En mi opinión, la idea de 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 autorrepresentación; 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.*<sup>78</sup>

Sin ánimo de profundizar más en este tema sociológico, que por mucho excede a las finalidades de este apartado, 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

<sup>77</sup> Para abordar el tema de la víctima, se recomienda consultar la obra de Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 305-309, y el artículo de Daza Gómez, *Libro Homenaje-Cerezo Mir*, pp. 633-642.

<sup>78</sup> Luhmann, *Confianza*, *cit.*, nota 49, 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”.

misma forma que él lo hace”,<sup>79</sup> a diferencia de lo que planteaba Aristóteles con su *Ética Nicomáquea*, que se postulaba por la amistad como bastión de la confianza. Ya que si bien es cierto, *ego* no puede confiar en *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 asignado.<sup>80</sup>

Finalmente, un análisis sociológico del concepto de confianza ofrecerá parámetros que permitan eliminar la inseguridad latente que típicamente acompaña una seguridad en mecanismos que no se entienden. Por tal razón, 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,<sup>81</sup> 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*”:<sup>82</sup> *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*. Lo que no comparto, con Luhmann, es tener que diferenciar a las personas en *alter-ego*, para dejar claramente delimitada la responsabilidad de una persona con otra, porque en el fondo no se resuelven los criterios de imputación atribuidos por la norma vigente a través de mandatos y/o prohibiciones. Sin embargo, lo valioso y más importante para los fines de nuestro estudio será el método sistémico que Luhmann crea para establecer el contenido de las expectativas y fines de los roles, y establecer claramente la división de trabajo de actividades altamente especializadas (tráfico vehicular, deportes extremos, entre otras).

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>80</sup> Para más detalles, véase Luhmann, *Confianza, cit.*, nota 49, p. 79.

<sup>81</sup> Luhmann, *Confianza, cit.*, nota 49, 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*”.

<sup>82</sup> Sobre el tema de la identidad, véase el primer acercamiento que realiza Quintino Zepeda en su tesis de licenciatura, *Identidad y sistema penal*, inédita.

4. *Lo normativo en Jakobs como sustento de la confianza interpersonal, ¿fidelidad o quebrantamiento?*

Para Jakobs, el principio fundamental de su teoría de la imputación 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”.<sup>83</sup> Este postulado muestra dos cuestiones esenciales a mi parecer: *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 conflicto;*<sup>84</sup> y por otro lado, dejar el significado de cada comportamiento a

<sup>83</sup> *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 13. Quienes han estudiado de manera acuciosa el pensamiento “normativo” de Jakobs, en España, principalmente: Cancio Meliá, *op. cit.*, nota 77, 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”*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 218-232; Manso Porto, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Madrid, Dykinson, 1999; Maraver Gómez, *Libro Homenaje-Günther Jakobs*, II, pp. 207-236; Peñaranda Ramos *et al.*, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM-Civitas, 1997, pp. 17-69; Polaino Navarrete, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México, Porrúa, 2001, pp. 21-40; *id.*, *DPPG*, II, 383-391; Polaino-Orts, *Libro homenaje-Günther Jakobs*, II, pp. 61-106; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, básicamente pp. 37-44; en Colombia: López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, UEC, 1996, principalmente pp. 86-96; Montealegre Lynett, *Libro Homenaje-Günther Jakobs*, I, pp. 21-36; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1996; en Perú: García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, Bosch, 1999; en Argentina: Sancinetti, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Bogotá, Temis, 1995; *id.*, *Subjetivismo e imputación objetiva*, Bogotá, UEC, 1996, principalmente pp. 148-182; en México: Daza Gómez, *Teoría general del delito*, México, Cárdenas Editores, 1998, básicamente pp. 213-218; *id.*, “El funcionalismo hoy”, *RFDM*, 1999, pp. 104-108; Márquez Piñero, “La fundamentación básica del derecho penal”, *RC*, 1999, pp. 7-25; *id.*, nota 48, pp. 129 y ss.; Medina Peñaloza, *Teoría del delito*, México, Ángel Editores, 2003 y Quintino Zepeda, *Perspectivas penales*, México, 1999, principalmente pp. 17-44.

<sup>84</sup> 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-Günther Jakobs*, pp. 41-56. Quienes han tratado este aspecto en Jakobs han sido Alcácer Guirao, *Los fines de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, principalmente pp. 254 y ss; Heiko,

su contexto, me parece dar cabida a un elemento axiológico de la propia actividad humana realizada en una sociedad determinada, porque Jakobs piensa en la sociedad alemana, y eso es lo que le da sentido a la acción que se ve inmersa en la norma que el Estado ha establecido.

Sin embargo, es importante considerar que la propuesta realizada por 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 qué 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”.<sup>85</sup> *Y en segundo lugar, “el uso de instrumentos técnicos que comportan riesgos ha demostrado que un comportamiento que conlleva de modo cognoscible daños no necesariamente es un comportamiento que pueda imputarse como culpable”*,<sup>86</sup> de ahí que Jakobs diga, a lo que llego a entender, 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 autorresponsabilidad*,<sup>87</sup> 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 lo anterior, Jakobs infiere 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*

*Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, UEC, 1996, principalmente pp. 20 y ss.; Márquez Piñero, *op. cit.*, nota 48, 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 et al., *op. cit.*, nota anterior, pp. 36 y ss.; Polaino-Orts, *op. cit.*, nota anterior, pp. 75-94.

<sup>85</sup> Jakobs, *Sociedad...*, *cit.*, nota 27, p. 26.

<sup>86</sup> Jakobs, “El delito...”, *cit.*, nota 14, p. 314.

<sup>87</sup> Al respecto, Feijóo Sánchez, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Madrid, Colex, 1997, pp. 28-44.

*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 aclarados,<sup>88</sup> sino que algunas respuestas parecen, más bien, a mi opinión, producto del desconocimiento real de la norma que en cada ámbito de actividad (deportivo, vehicular, sanitario, empresarial, entre otras) las personas interactúan, y es por ello que la experiencia sea, más bien, de desconfianza a las otras personas, y no a la propia norma; por ejemplo, en la ciudad de México, al igual que en otras ciudades de grandes dimensiones demográficas y con excesivo tránsito vehicular, ocurre la pérdida de conciencia acerca del respeto y consideración por los peatones (con la preferencia de paso), 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 otros.<sup>89</sup> Pero ¿qué es lo que realmente pretende Jakobs con este análisis sistémico de sociedad?

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 pre-

<sup>88</sup> 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)”.

<sup>89</sup> El ejemplo que utiliza Jakobs (*op. cit.*, nota anterior, 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 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, porque 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”.

sente generalmente la administración del ámbito de organización en cada uno.<sup>90</sup>

Esto conduce a que el rol que desempeña una persona es conocido, más no la propia persona —el peatón reconoce al conductor por lo que es, no por quién sea—, lo que implica que debe comportarse de acuerdo con las normas jurídicas o extrajurídicas, según 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 déficit cognitivos que vienen condicionados por la anonimidad deben ser compensados mediante estándares normativos”.<sup>91</sup>

Lo anterior 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, verbigracia, la organización de una empresa industrial o de un equipo de fútbol americano, o en los supuestos negativos de la conducta (crimen organizado). Además, este elemento negativo no significa que el rol común sólo pueda ser infringido por una acción y no a través de una omisión.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Jakobs, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá, UEC, 2000, pp. 10 y ss.

<sup>91</sup> *Ibidem*, 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”.

<sup>92</sup> Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *op. cit.*, nota 83, 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, *op. cit.*, nota 11, p. 87. “El hecho de que en estas instituciones el individuo sea portador de un estatus especial, como madre o como servidor público, etcétera, lleva a que los de-

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”.<sup>93</sup> *Esto me hace pensar que, efectivamente, las personas aparecen como portadoras de roles, y esto las limita a la socialidad de una comunicación no instrumental a una comunicación personal.*<sup>94</sup> 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, en una sociedad mexicana que ha crecido tecnológicamente y demográficamente. 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.

Así pues, el tipo es siempre más rico en contenido, más espiritual,<sup>95</sup> 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, sino un sistema abierto.*<sup>96</sup> Lo que sí es importante no olvidar, es que mantener un análisis de la sociedad de manera sistémica

beres sean definidos, precisamente, a través de los roles que deben ser ejecutados por los participantes en estas relaciones especiales”.

<sup>93</sup> Jakobs, *Sociedad...*, *cit.*, nota 27, p. 80.

<sup>94</sup> *Ibidem*, 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, *El derecho...*, *cit.*, nota 70, 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”.

<sup>95</sup> Sobre lo espiritual en las ciencias penales, consúltese básicamente Kaufmann, *Filosofía del derecho*, Bogotá, UEC, 1999, pp. 246 y ss.; Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, UEC, 1996, pp. 15 y ss.

<sup>96</sup> Sistema cerrado o *axiomático* y sistema abierto o *tópico*.

no resolverá el problema, por el contrario, se debe ir del problema al sistema (método hermenéutico).

Para Jakobs, *la comunicación personal proporciona igualdad al expresar un sentido de validez general, de no ser así, ésta será contradicha con la pena (privativa de la libertad o pecuniaria). Lo que sí me queda claro es que Jakobs, sin duda alguna, es el autor más estudiado en este nuevo siglo, que no se desdeñará con tanta facilidad, por su magnífica elaboración de sistema que hace la separación al derecho penal clásico, y que realmente su propuesta normativa para establecer la adecuada identidad de la sociedad no es más que un paso hacia un derecho penal acorde con la realidad social.*

##### 5. *La acción comunicativa de Habermas, como legitimación racional de la confianza ético-social*

Habermas (Dusseldorf, 1929) cuenta con una obra, por demás, de difícil acceso. La variedad de los planteamientos teóricos obligan a una lectura lenta y minuciosa, de toda su vasta investigación. No obstante, he optado por una interpretación deductiva de su teoría de la acción comunicativa que elabora en 1976, para lograr una “reconstrucción”, esto es, descomposición y recomposición en forma nueva del materialismo histórico. Pero no es sino hasta 1981, cuando publica su monumental *Teoría de la acción comunicativa*, una obra sociológica, una teoría global de la sociedad, su origen, su evolución y sus patologías, que abandona el paradigma de la filosofía de la conciencia o del sujeto y se ubica en el de la intersubjetividad comunicativa o del entendimiento lingüístico,<sup>97</sup> es decir, referente al fundamento de los

<sup>97</sup> Habermas, *Teoría de acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 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”. *Id.*, *Teoría de acción comunicativa, II, Crítica al funcionalismo*, Madrid, Taurus, 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

procesos de comprensión interpersonal, de modo estrecho con el concepto de *legitimidad*, ensamblándola con una reconstrucción, en términos de teoría del consenso, del discurso:<sup>98</sup>

El concepto de la acción regulada 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

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.

<sup>98</sup> Cfr. Müssig, *op. cit.*, nota 84, p. 43; Silva Sánchez, *Aproximación a un derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 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 sólo 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 acerca del contenido de los enunciados de cuya corrección se trata. Dicho de otro modo, de 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*, Valencia, Tirant lo Blanch, 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, Berumen Campos, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, México, 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”. *Id.*, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas Editores, 2003; García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, UEC, 1997; McCarthy, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Madrid, Tecnos, 1998.

normativo de que los miembros del grupo tienen derecho a esperar un determinado comportamiento.<sup>99</sup>

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 interrumpe 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 aceptar *globalmente* las ofertas de interacción de *ego*, con ello me enfrento 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 promueve la 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 interacción”.<sup>100</sup> En consecuencia, agrega Habermas, “el orden estatal es legítimo en la medida en que se funda en la lealtad de los

<sup>99</sup> Sobre el particular, en su momento, Habermas (*La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 33 y ss.) ha expresado que en relación a “la circunstancia de que las normas morales ‘son válidas’ 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 fundamentadora 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 descontado 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”.

<sup>100</sup> Habermas, *Teoría de acción...*, *cit.*, nota 97, p. 253.

ciudadanos a la ley. Este deber de obediencia frente a quienes ostentan los cargos es menos particularista que la disponibilidad a prestar seguimientos a los miembros de una capa dirigente”.<sup>101</sup>

*Siempre con un fundamento racional normativo, es lo que permitirá que una persona que haga una manifestación sea responsable de ella, 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.<sup>102</sup>

No obstante, *¿cómo se puede constatar la confianza?* Es en este punto en que el elemento, que probablemente resulte decisivo en Habermas, es: *disolver la normatividad en cuanto categoría sociológica a su vez en un contexto normativo, y mejor reconducirla a procesos de comunicación*,<sup>103</sup> pues para Habermas, concretamente para el “ámbito moral práctico”, se requiere una persona que actúe en caso de un conflicto de acción nor-

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 256; la palabra confianza, en cursiva, es mía.

<sup>103</sup> Müssig, *op. cit.*, nota 84, p. 43. Por su parte, Kaufmann (*op. cit.*, nota 95, 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 (no solamente, pero sí de manera preferente, se debe pensar en la imputación penal) es un proceso de comunicación”.

mativo 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.<sup>104</sup> 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 conginitivo-instrumental o de tipo práctico-moral y práctico-estético*”.<sup>105</sup> 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 con base en un acuerdo espontáneo, es decir, que las personas acepten las pretensiones de validez y sobre ello generen entendimiento*.<sup>106</sup>

Pero en este último caso, Habermas considera que:

el alto riesgo de disenso, 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.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Al respecto, véase Habermas, *Teoría de la acción...*, cit., nota 97, p. 259; igualmente lo considera Müssig, *op. cit.*, nota 84, p. 43.

<sup>105</sup> Habermas, *Teoría de la acción...*, cit., nota 97, p. 259.

<sup>106</sup> 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).

<sup>107</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 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*, México, Cárdenas Editores, 2003, pp. 31 y ss. “Toda 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*

Así las cosas, 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.

Ciertamente, en el caso de los jueces, el problema se plantea y se resuelve de distintas formas en función de las tendencias ideológicas, la solución se inclinará netamente hacia la exclusión de cualquier analogía si se piensa en el juez de un proceso que no puede o no debe tender hacia la determinación de la verdad de los hechos, mientras que puede concebirse alguna analogía si se piensa, sobre la base de una ideología legal-racional de la decisión, que el juez puede y por tanto debe realizar racionalmente en materia de probatoria.

Esta cuestión es tratada por Berumen Campos, quien señala:

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 constatativo 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 *constatativo, normativo y emotivo* del mundo *objetivo, social y subjetivo*...<sup>108</sup>

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

*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 hechos conscientes, pueden condicionar la aplicación de las consecuencias jurídicas, mediante pre-interpretaciones que condicionan la interpretación del derecho, pues se pueden referir, tanto a la prueba de los hechos, a la interpretación del derecho y a la aplicación de consecuencias jurídicas”.

<sup>108</sup> Berumen Campos, *Apuntes...*, *cit.*, nota anterior, p. 27.

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 consecuencias jurídicas.<sup>109</sup>

Por tanto, quien sistemáticamente se engaña a sí 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 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.<sup>110</sup>

Berumen Campos acertadamente explica cuáles 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 no se 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.<sup>111</sup>

*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 embar-*

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>110</sup> Feijóo Sánchez, *El dolo eventual*, Bogotá, UEC, 2002, pp. 31 y ss. Las cursivas son mías.

<sup>111</sup> *Análisis comunicativo del procedimiento penal en México*, México, Inacipe, 2000, p. 18.

go, 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”.<sup>112</sup>

*Por último, he de dejar en claro que los argumentos anteriores que propician las investigaciones de Habermas, son argumentos válidos para establecer una legitimidad racional a la norma, y especialmente a la norma de determinación, que está dirigida a cada persona (determinada) en un ámbito de competencias entre iguales (tránsito vehicular, sector empresarial o médico, laboral), con el fin de conducirse (comunicativamente) de acuerdo con el mandato de la norma (razonablemente), de no ser así, tendrá que atenerse a las consecuencias jurídicas (prevención general positiva), con la finalidad de proteger determinados bienes jurídicos, a partir de una función social (la vida, la salud, el patrimonio, el honor, entre otros), al lograrse con el método de la filosofía del lenguaje (acción comunicativa), y con base en ello, poder acreditar el grado de participación de la persona (intervención delictiva), y qué responsabilidad pueda tener en determinados delitos, por ejemplo: empresarial, ambiental, laboral, etcétera.*

## II. LA CONFIANZA COMO ¿“PRINCIPIO”? EN DERECHO PENAL

Hasta este momento, la dogmática no se ha interesado por explicar la denominación de “principio” a la confianza en sí misma.<sup>113</sup> Lo que me hace creer que el concepto de “principio” en la confianza,

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>113</sup> 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”; Feijóo Sánchez (*RDP...*, *cit.*, nota 27, 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”.

después de la efímera referencia histórica realizada en el presente capítulo, lleva implícita la sentencia (por llamarla de una manera) de Heráclito al referir:<sup>114</sup>

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), fortalezca, 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 ellos.<sup>115</sup>

Entonces, la manifestación de la voluntad 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 particular y generar confianza pública a través de este “principio”.<sup>116</sup> Por ello, considero necesario soportar cualquier “principio” con una interpretación normativa de

<sup>114</sup> Véase nota 1.

<sup>115</sup> Nozick, *La naturaleza de la racionalidad*, Madrid, Paidós, 1995, p. 29. “Cuando los principios de una persona mandan (abstenerse de) una acción, podemos confiar más en ello. Siendo capaces 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).

<sup>116</sup> Véase las consideraciones ético-sociales del derecho penal y la moral que realiza Polaino Navarrete, *Libro homenaje...*, cit., nota 47, pp. 109 y ss.

la confianza, lo cual permitirá aceptar a éste, entendido como el primer instante (realización) de la persona de una acción (en sentido valorativo), al ofrecer la seguridad que una persona tiene en sí misma. *¿Pero qué relación guarda este concepto con la confianza?* Bueno, pues simplemente saber qué es delito (principio de legalidad) y cuál es la pena (prevención general positiva); 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 la persona resulte investigada, procesada, sancionada o se le aplique una medida de seguridad, lo cual dependerá del caso particular, tal y como ha señalado Feijóo Sánchez: “la doctrina exige, para poder imputar un hecho a una persona, una perspectiva *ex ante* que contemple el hecho objetivamente”.<sup>117</sup>

Ahora bien, la diferencia entre la persona que es capaz de actuar y los que sólo se comportan (los animales), reside no sólo en que el primero “conoce” que se comporta de acuerdo a un mandato, sino además, en que puede llegar a explicitarla e individualizar su capacidad. Pues la acción, como portadora de sentido, es el resultado de un proceso de interpretación conforme a mandatos, y no como estructura ontológica de la acción humana.<sup>118</sup> Consecuentemente, se llega a la siguiente reflexión, 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”.<sup>119</sup>

De ahí que 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

<sup>117</sup> Feijóo, *El dolo...*, *cit.*, nota 110, p. 19.

<sup>118</sup> Sobre este aspecto, véase Rueda Martín, *op. cit.*, nota 20, principalmente pp. 409-436.

<sup>119</sup> Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 37.

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.<sup>120</sup>

Si se parte de la filosofía neokantiana, Zaczyk,<sup>121</sup> quien es partidario de ella, determina 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 por sí mismos, constituido y manifestado por sus acciones en el ámbito social.

De esta manera, nuestra sociedad estará disponible entre sus semejantes, al participar en la vida de alguno de esos grupos cuya determinación se deriva de su profesión que los distingue en sus deberes y libertades (roles y expectativas). *Quiénes acuden a un determinado grupo depositarán su confianza en personas más que en las propias actividades.*

### III. 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

<sup>120</sup> En este sentido, Feijóo Sánchez, *RDP...*, *cit.*, nota 27, p. 94.

<sup>121</sup> Citado por Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea. Fundamentos de punición y configuración del injusto*, Granada, Comares, 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”.

proteger), toda vez que cualesquier conducta llevada a cabo dentro de los parámetros que la propia norma establece, las relaciones interpersonales llevarán implícita 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 cabo,<sup>122</sup> a través de normas jurídicas que determinen reglas o expectativas a seguir racionalmente. Derivado de esto, el principio de confianza:

Surgió a partir de los años treinta como una explicación plausible a las repercusiones jurídico-penales del complejo fenómeno de la circulación de vehículos. La jurisprudencia alemana pronto reconoció que quien participa en el tráfico rodado debe poder contar con la conducta ajustada a las normas de la circulación de los otros conductores.<sup>123</sup>

*Pero ¿qué significa la expresión de sentido para el derecho penal, y qué relación guarda con el principio de confianza?*<sup>9</sup> Para un primer acercamiento a esta cuestión, son merecedoras de atención 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.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> Como es el caso de las actividades con división del trabajo, ya sea vertical u horizontal.

<sup>123</sup> Cfr. Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 107 y ss.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pp. 142 y 143, “si no existiera ese principio de confianza, actividades como la del tráfico automotor serían difícilmente realizables, pues en cada esquina deberíamos contar con la posibilidad de que los demás conductores no respetaran el derecho de prioridad o los semáforos, así como tendríamos que contar con la posibilidad de que los peatones cruzaran imprudentemente las calles; una tal exigencia desembocaría en la necesidad de conducir los vehículos lentamente apenas con la velocidad suficiente para enfrentar todas esas vicisitudes, con lo cual las ventajas que a nivel social brinda el tráfico automotor habrían desaparecido por completo”.

<sup>124</sup> Rueda Martín, *op. cit.*, nota 20, p. 417.

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 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 alcanzará el sentido en la sociedad, en función de las expectativas sociales que crean fiel.*<sup>125</sup>

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”.<sup>126</sup> *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”.<sup>127</sup> Entonces, la cuestión será comprobar si la conducta del ciudadano, que tiene un determinado sentido social,

<sup>125</sup> Cfr. Eloisa Quintero, *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 83, 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 no 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”.

<sup>126</sup> Feijóo Sánchez, *RDP...*, *cit.*, nota 27, p. 100.

<sup>127</sup> *Idem.*

realiza por tanto la prohibición,<sup>128</sup> 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 de la conducta en el entorno social en que se desarrolla: *la acción*<sup>129</sup> *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, etcétera, sino conductas que lesionan la función social básica desempeñada por los funcionarios públicos, como lo señala la tesis 1a. XLIV/2001.

### *El principio de confianza versus principio de autorresponsabilidad*

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 deberá 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, por ejemplo, se produjeran una serie de normas de preferencia que se establecieron en un Reglamento de Tránsito, y como consecuencia de esto, la SCJN se ha pronunciado en resoluciones judiciales, al tomar de referencia a

<sup>128</sup> *Idem.*

<sup>129</sup> 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 de 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”.

este Reglamento, para determinar ámbitos de competencia de todos los intervinientes en el accidente de tránsito.<sup>130</sup> *De esto último se desprende el principio de autorresponsabilidad,*<sup>131</sup> como límite de actuación frente a conductas de terceros que cometan delitos de responsabilidad profesional, como señala la tesis XIV.2o.74 P/1998; aunado a esto, es indispensable demostrar el carácter con el que el sujeto activo desplegó la conducta delictiva, tal y como lo establece correctamente la tesis XIV.2o.74 P. Por esta razón, a la persona interviniente debe imponérsele además de los deberes de cuidado formulados positivamente (el sentido social de una acción),<sup>132</sup> un deber general de orientar su comportamiento de manera que no lesione a otros.

Lo que sucede, es que el “principio” de quien se comporta de manera contraria al deber, no puede confiar en que los otros se comportarán debidamente.<sup>133</sup> Al respecto, resulta ilustrativo las consideraciones de Emaldi-Cirión,<sup>134</sup> al explicar que:

una vez que se ha ofrecido a la pareja el sometimiento a unas pruebas determinadas —antenatales, prenatales o postnatales— para obtener

<sup>130</sup> A modo de ejemplo, cabe citar las tesis XX.27 P/1995, I.2o.P.11 P/1997, I.2o.P.24 P/1998 y VI.P.36 P/2000, entre otras.

<sup>131</sup> Schumann 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”, la referencia es tomada de Roso Cañadillas, *Autoría y participación imprudente*, Granada, Comares, 2002, p. 189.

<sup>132</sup> “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, *op. cit.*, nota 20, p. 420.

<sup>133</sup> Tiene razón Feijóo Sánchez (*El dolo...*, *cit.*, nota 110, 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, *op. cit.*, nota 20, p. 446: “La diferencia fundamental entre los tipos objetivos del delito doloso e imprudente radica en su diferente estructura material”.

<sup>134</sup> “La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético”, *RDPCrim.*, 2003, p. 15.

un diagnóstico preciso, puede ocurrir que debido a la poca diligencia del médico al practicar la intervención, se produzcan una serie de lesiones: al feto, a la madre o a ambos. Incluso, en casos extremos se puede dar lugar a su muerte. En tal caso, el profesional sanitario responderá penalmente de acuerdo con el supuesto concreto.

O en su caso, cuando “el profesional sanitario no aconseja a los pacientes, con problemas reproductivos, la conveniencia de someterse a ciertas pruebas genéticas, puede incitarles a renunciar a la procreación de niños, que probablemente serían sanos, porque tienen miedo a transmitirles anomalías”, a pesar de que la transmisión de la información a los consultantes es extremadamente compleja en el consejo genético, entre otras razones “por su alto componente técnico y sus posibles consecuencias éticas”.<sup>135</sup>

Esto permite entender, en primer lugar, que la información relativa a la propia estructura genética, así como las condiciones del propio futuro sobre las que no puede influir, deberá seguir siendo una decisión de las personas en conocer o no esta información (principio de autorresponsabilidad). Y en segundo lugar, que los resultados obtenidos mediante el análisis genético sean absolutamente confiables, esto es, independientemente del alto grado de complejidad que representen estos estudios al momento de realizarse, deben ser hechos por especialistas en la materia, con la finalidad de que los resultados (diagnósticos) sean de inmediata utilidad sanitaria para los propios interesados, quienes confían en esta información proporcionada; y en su caso, se recomiende o sugiera incluso las decisiones más adecuadas para el caso particular, y evalúe sus ventajas e inconvenientes.

En este caso, Romeo Casabona considera:

Sin que ello condicione ni la libre decisión que los consultantes han de tomar finalmente de forma autónoma, ni que pretenda verter o imponer a través de ese asesoramiento sus propias creencias religiosas o convicciones éticas o morales, medidas contraceptivas de forma permanen-

<sup>135</sup> Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Granada, Comares, 2002, p. 101.

te o el sometimiento a la esterilización quirúrgica o lo contrario (asesoramiento directo o coercitivo).<sup>136</sup>

No obstante esto, el problema puede surgir cuando debido a ciertas circunstancias se produce un error en el resultado (diagnóstico), con las aludidas consecuencias perjudiciales para el paciente y para el propio médico, puesto que éste deberá hacer frente a su fallo y responder por vía civil o incluso penal.

En ocasiones, las principales cuestiones que han valorado los tribunales del *Common Law* para determinar si un profesional se halla sometido a un deber de cuidado con respecto a terceros que confían en sus consejos, son las siguientes:

- 1) Que la confianza depositada en el consejo u opinión profesional fuera razonablemente previsible.
- 2) Que el profesional haya asumido voluntariamente responsabilidad frente al demandante por sus consejos e informes.
- 3) Que exista una “relación especial” entre el demandante y el demandado.
- 4) Que el demandado tuviese un interés pecuniario en la transacción a que se refería al consejo.

Además de estos factores, existen otras circunstancias que también tienen en cuenta los tribunales al enfrentarse a este tipo de casos. Normalmente, tales circunstancias no bastan por sí mismas para concluir la existencia de la obligación de cuidado, pero ayudan a identificar las que sí son determinantes o a excluir la posibilidad de imponer responsabilidad. En definitiva, que el paciente ha de acreditar los daños que el personal sanitario le ha causado, y además, ha de probar que éste actuó de acuerdo con la *lex artis*, y al centro sanitario se le puede llegar a atribuir una obligación de asegurar su cumplimiento con una adecuada organización, sobre todo en tratamientos complejos en que intervienen varios facultados (división de trabajo), en virtud del cual cada profesional puede confiar en que los demás actuarán diligentemente, a menos que existan indicios concretos que hagan pensar lo contrario.<sup>137</sup>

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>137</sup> *Idem*.

Los casos de equipo —quirúrgico— no son formados por enfermeros o auxiliares sanitarios, sino incluso por médicos, y donde podría verse superada la cifra de diez personas. Esto presenta el problema de determinar la responsabilidad de todos o de parte de los intervinientes, y ello se ha logrado atendiendo a viejas técnicas como la responsabilidad por el hecho de otro.

Para ejemplificar lo anterior, se tiene el supuesto en que el demandado debe ser un profesional o experto en el campo al que se refiere la información o, al menos, haber pretendido poseer conocimientos específicos sobre la materia que le permita dar una opinión confiable sobre la misma. Esta condición resulta necesaria —aunque por sí misma no suficiente—, ya que “el deber de cuidado que pesa sobre el que aconseja debe consistir en un deber de adecuarse a cierto nivel de conocimiento y competencia”, que sólo podrá determinarse por referencia a un determinado grupo profesional.<sup>138</sup>

De esta manera, el sentido del principio de confianza en derecho penal deberá regirse por componentes normativos que, a su vez, tendrán un contenido ético-social, y no meramente como principio rector e informador del sistema, como lo es el principio de autorresponsabilidad, por la sencilla razón de que cualesquier actividad que implique un riesgo (permitido) debe estar previamente asegurada en una *lex artis*, o en su caso en la norma jurídico-penal que determinará el grado de confianza que deba tener una persona mientras se conduzca debidamente, al realizar su actividad (de acuerdo a su ámbito de competencia) con los demás miembros; por ejemplo, mantener la intermitente del vehículo encendida si pretende dar vuelta a la izquierda o en el caso de un conductor del transporte público, quien permite el ascenso y descenso de los pasajeros en las paradas estable-

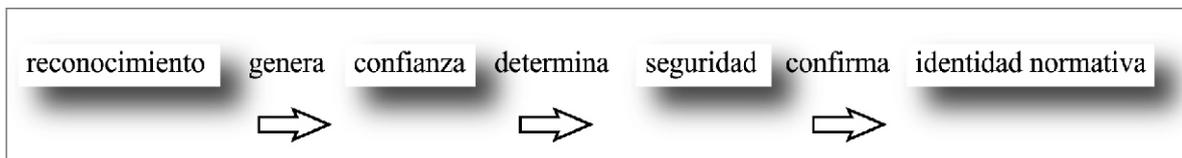
<sup>138</sup> Véase Frades de la Fuente, *La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 78 y ss. “La información debe haberse facilitado en el curso de una transacción comercial. Aunque este hecho parece insuficiente por sí mismo para permitir el reconocimiento de una obligación de cuidado, ha servido a los tribunales para determinar la existencia de otros factores más relevantes. El hecho de que el consejo se haya dado en el curso de los negocios del demandado, puede servir para reconocer la existencia de un interés pecuniario por su parte o para mostrar una asunción de responsabilidad cuando el consejo se ha dado en un contexto social informal. Por último, en ocasiones, los tribunales han exigido que el consejo responda a una concreta consulta”.

cidas, y con ello no estropear el fluido del tránsito. *Esto es, el reconocimiento de las personas a través del mandato normativo, genera la confianza y ésta determinará la seguridad (de las expectativas de conductas) en las actividades que implique coordinación con varias personas al mismo tiempo, y con ello confirmar la identidad normativa de la sociedad (véase esquema 1, en la página siguiente).*

*Así las cosas, es que se podrá defender la idea de que el mandato normativo que subyace en cada ilícito (laboral, administrativo, civil, etcétera), y particularmente en el ilícito penal (imprudente), tiene que ser necesariamente indeterminado, ya que esto ayudará, en la medida de lo posible, a evitar cualquier comportamiento capaz de producir el resultado que la norma de determinación ha establecido como prohibido, o en su caso permitido, con independencia en principio de las particulares circunstancias que rodeen a la persona y, especialmente, los conocimientos que tenga la misma, toda vez que esto será materia de prueba.* Esto resulta ser así, porque la acreditación de los conocimientos especiales en una actividad (profesional) que es desarrollada por varias personas al mismo tiempo, es sumamente compleja, sobre todo, con un comportamiento que resulta de experiencias concretas y que se generaliza en distintos ámbitos (laboral, deportivo, empresarial, industrial, entre otros). Un comportamiento acorde con lo previsto en la norma jurídico-penal es relativamente confiable, porque falta el reconocimiento del otro para generar un espacio de plena confianza entre ambos, esto es, el peatón se sabe que es peatón hasta que el conductor de un vehículo le permite pasar la calle, y el conductor se reconoce como conductor, en tanto que el peatón pase delante de él, por las líneas de tránsito, al momento de cruzar la calle.

Con lo cual se observa que el principio de confianza tradicionalmente consideró que el deber de cuidado que obligaba al sujeto a actuar de una determinada manera en supuestos de hechos concretos, se vea limitado por este “principio”, el cual había sido proveído para aquellos casos en los que cada una de las personas que integran alguna clase de organización (como puede ser en una construcción de obras, la fabricación de productos químicos, la práctica de actividades de artes marciales, entre otras), y que contribuyen causalmente a la producción de un resultado acorde con lo establecido por la norma jurídico-penal, y en especial la norma de cuidado (*lex artis*), no fueran responsables por la desobediencia de uno de ellos, quien actúa

Esquema 1



por separado (lo que objetivamente puede serle imputado el resultado: imputación objetiva). De esta manera, cada persona puede confiar de manera razonable, a pesar de que los demás no cumplan con su rol.

Al obrar de esta forma, no pueden escapar de la obligación de cierta arbitrariedad en sus compromisos; una obligación que, sin embargo, tiende a tener poca determinación para aquel a quien se dirige. ¿Por qué tendrá tan poca determinación? En parte, es gracias a la inobservancia general en nuestra cultura hacia la vigencia de la norma<sup>139</sup> o incluso hacia la irrelevancia de la pena.

Es por ello que acertadamente considera Feijóo Sánchez (véase esquema 2, en la siguiente página):

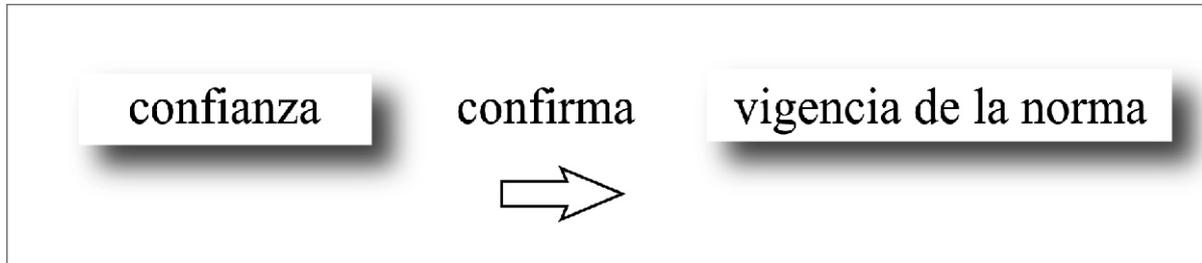
aunque el mantenimiento de la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma no se entienda como fin o función primordial del derecho penal, no se puede negar que ésta es una de las funciones del derecho y, por tanto, del derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, o, al menos, 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.<sup>140</sup>

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, la

<sup>139</sup> Nótese que no es lo mismo aceptar que en nuestro país las leyes se hicieron para violarlas, a que nuestra cultura no sea de observancia a las normas, en su respeto a los bienes jurídicos que se protegen en ellas.

<sup>140</sup> Feijóo Sánchez, *RDP...*, *cit.*, nota 27, p. 94. En contra, Soto Navarro, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 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".

Esquema 2



cual altera las condiciones de paz jurídica consistentes en la vigencia del ordenamiento jurídico en la conciencia de las personas en sociedad, y capaz, asimismo, de debilitar la vigencia, o bien de los valores ético-sociales plasmados en la norma de determinación, que busca lograr la identidad de la sociedad, y con ello consolidar el orden social, o bien de las expectativas de confianza institucionalizadas que pregonarán las normas jurídicas vigentes en nuestro derecho, y que efectivamente posibilitan una continuidad (pacífica) de los contactos sociales<sup>141</sup> que día con día, la ciudad de México por ejemplo, necesita para conservar el respeto a la norma. Fundamentalmente, en los órganos del Estado, que el Código Penal Federal determina como delitos contra la administración de justicia, previstos en el título décimo del mismo, en las que no se sancionan a los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, sino conductas que lesionan la función social básica desempeñada por los funcionarios públicos, como lo señala la tesis 1a. XLIV/2001.

Lo anterior permitirá a las personas (ciudadanos) que denotan una plena confianza en la norma jurídica, que consideren a las otras personas (servidores públicos) sin mucha reserva, por el contrario, como personas de plena confianza. Toda vez que el que confía otorga un alto crédito personal que durará mientras no existan indicios (pruebas claras) que hagan imposible un comportamiento de confianza. El que desconfía no confiere el más mínimo crédito, sino que parte de la base de que una relación de confianza se dará gracias a la existencia de una norma (que determine cómo será el comportamiento entre ellos), en un proceso de confirmación de larga duración (respeto a la norma).

### *El principio de confianza en el injusto culposo*

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 injusto culposo como criterio de determinación del deber de cuidado, en palabras de Polaino-Orts:<sup>142</sup>

<sup>141</sup> En este sentido, Alcacér Guirao, *Política criminal...*, cit., nota 119, p. 323.

<sup>142</sup> “Médicos y derecho penal”, *Diario Sevilla*, 18 de febrero de 2003, p. 5.

El problema principal que se presenta en este ámbito es cómo distribuir la carga de responsabilidad por la producción o no disminución de dichos riesgos o focos de peligros, esto es, determinar a quién debe imputarse la creación o no neutralización de riesgos: al propio ámbito de creación de riesgos (esto es, al propio delincente), o la propia víctima, al sistema, o a la eventualidad, esto es, a la desgracia.

Desde esta perspectiva es 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.

En realidad, el problema de la previsibilidad de la confianza, y por tanto del daño ocasionado por la falta del deber de cuidado, *es más un problema de imputación objetiva que de causalidad*, y como tal, sería más conveniente abordarlo, por ejemplo, al dilucidar si fue el consejo negligente de un médico lo que realmente produjo la lesión del paciente quien confiaba en el médico, o bien, al analizar si la víctima fue negligente al desconfiar en tales consejos.

Es por ello que el principio de confianza tiene como consecuencia práctica que quien se comporta adecuadamente no tenga la expectativa de que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde el punto de vista psicológico-causal fuera previsible, dada la habitualidad de ese tipo de conductas,<sup>143</sup> tal y como lo ha llegado a sostener erróneamente la Primera Sala SCJN en la tesis jurisprudencial correspondiente a la 5a. y 6a. época, t. XXVI/p. 1318, y en el Informe/1960, respectivamente. Por que 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 injusto ajeno. *Y tal modelo de imputación infringe, sin lugar a dudas, no sólo el principio de culpabilidad sino también ciertos principios generales de un Estado de derecho que lo sustentan y le otorgan un contenido material: los principios de autonomía y autorresponsabilidad.*

Por todo esto, estimo que el sustento legal se encuentra en el párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal del Distrito Federal, que prevé: “Obra culposamente quien produce el resultado típico...

<sup>143</sup> En este sentido, Feijóo Sánchez, *RDP...*, *cit.*, nota 27, p. 103.

*confiando* en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

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 culposa 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 acercará ningún vehículo por la vía perpendicular”.<sup>144</sup> O bien, sucede también en los casos de servicios sanitarios, cuando un profesional no aconseja a los pacientes con problemas reproductivos, y que éstos confían en el profesional, de la conveniencia de someterse a ciertas pruebas genéticas, lo que puede incitarles a renunciar a la procreación de niños, que probablemente serían sanos, porque tienen miedo a transmitirles ciertas anomalías o enfermedades hereditarias.<sup>145</sup>

Por consiguiente, en la comisión de un delito a título culposo, y concurren circunstancias tales como la conducta negligente del inculgado, verbigracia, 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.

Sin embargo, 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 me-

<sup>144</sup> En este sentido, Ragues y Vallés, “Dolo y culpa”, en varios autores, *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, Cepolcrim, 2003, p. 174. Por otro lado, Roxin (PG) acepta que el principio de confianza también es aplicable al dolo eventual.

<sup>145</sup> En realidad, la imprudencia en el ámbito profesional sanitario es precisamente donde puede producirse esta lesión con mayor asiduidad, véase entre otros, Emaldi-Cirión, *RDPC*, 2a. época, 11, 2003, principalmente pp. 30-63; Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación penal de las genotecnologías)*, Madrid, Civitas, 1995, p. 167; Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 403.

dian­te 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, etcétera.<sup>146</sup>

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 Feijóo Sánchez: “las medidas de seguridad contempladas en normas extrapenales de seguridad son una *ratio cognoscendi* de una conducta típica, pero en absoluto se pueden entender como una *ratio essendi*”.<sup>147</sup> Y ello porque el respeto a las reglas generales puede resultar contraindicado cuando las peculiaridades de la situación requieren algo distinto a lo preestablecido en ellas.

Así, las pautas de cuidado previstas en las normas 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”.<sup>148</sup>

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. Resulta ejemplificativa la tesis publicada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, correspondiente a la octava época, t. IX, junio de 1992, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, y visible en la página 383, con la siguiente rubrica y texto:

<sup>146</sup> Véase *supra*, en este mismo artículo, pp. 1415-1422.

<sup>147</sup> *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 212.

<sup>148</sup> Bustos Ramírez y Hormazabal Malaree, *Lecciones de derecho penal*, Madrid, Trotta, p. 177.

IMPRUDENCIA, DELITO DE. PROBANZA PLENA DE LA RESPONSABILIDAD. Cuando en la comisión de un delito, a título de culpa o por imprudencia, concurren 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 esta tesis no resulta de observancia obligatoria para los jueces y magistrados, sí demuestra que para la comprobación del ilícito acontecido se debe analizar los demás límites o parámetros normativos para considerar si obró o no con imprudencia. Para ello, se deberán observar varios preceptos legales de nuestro ordenamiento jurídico: los artículos 18, párrafo segundo, 76 y 77 del Código Penal para el Distrito Federal; y artículo 54 del Reglamento de Tránsito del Distrito Federal. Además, en su caso (artículo 76, CPPDF), cuando las lesiones fueran cometidas por imprudencia profesional, se impondrá asimismo la pena de suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.