



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN DERECHO PENAL

**UN ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
AUTORRESPONSABILIDAD EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

**Tesis doctoral presentada por MARIO
MARAVER GÓMEZ, para la obtención del
grado de Doctor, realizada bajo la
dirección del Prof. Dr. D. AGUSTÍN
JORGE BARREIRO, Catedrático de
Derecho penal.**

**Madrid
Abril 2007**

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....XV

INTRODUCCIÓN1

PRIMERA PARTE

ESTADO DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO 1: EL SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO DE
CONFIANZA EN EL ÁMBITO DEL TRÁFICO VIARIO7

- I. El reconocimiento del principio de confianza en la
jurisprudencia alemana8
 1. Los primeros años del tráfico motorizado: el deber de los
conductores de contar con las posibles conductas
incorrectas de los terceros8
 2. El principio de confianza en la jurisprudencia del
Reichsgericht.....15
 - 2.1. Las primeras sentencias que limitan el deber de los
conductores de contar con las posibles conductas
incorrectas de los terceros.....15

2.2. La posibilidad de contar con la conducta correcta de los terceros	17
2.3. Los criterios en los que se fundamenta la posibilidad de contar con la conducta correcta de los terceros.....	19
3. El principio de confianza en la jurisprudencia del <i>Bundesgerichtshof</i>	21
3.1. El reconocimiento expreso del principio de confianza en el Derecho de la circulación	21
3.2. La fundamentación del principio de confianza	22
3.3. La progresiva expansión del ámbito de aplicación del principio de confianza.....	26
4. Las primeras críticas y restricciones al principio de confianza: el principio de conducción defensiva.....	29
5. Posible anclaje jurídico-positivo del principio de confianza.....	38
6. Valoración	40
II. El reconocimiento del principio de confianza en la jurisprudencia española	42
1. El deber general del conductor de un vehículo de moderar o detener la marcha ante el riesgo de accidente (art. 17 CCir).....	42
2. El criterio de la velocidad excesiva	43
3. La preferencia de paso.....	48
4. Primeras consideraciones jurisprudenciales sobre la especial relevancia del comportamiento del tercero.....	51

4.1. La relevancia del comportamiento del tercero para determinar la causalidad y la previsibilidad del resultado.....	52
4.2. La tesis que prohíbe la compensación de culpas en materia penal.....	55
5. Valoración crítica de la jurisprudencia anterior a los años sesenta.....	58
6. El acercamiento al principio de confianza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: primeros criterios clarificadores	64
6.1. Restricciones al deber general del art. 17 CCir	64
6.2. El carácter imprevisible de los comportamientos imprudentes de los terceros.....	67
6.3. Matizaciones a la tesis que prohíbe la compensación de culpas en materia penal.....	69
6.4. La posibilidad de contar con el respeto a la preferencia de paso	71
7. El reconocimiento expreso del principio de confianza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	74
8. El principio de confianza y el principio de defensa	80
9. El principio de confianza y la concurrencia de culpas.....	86
10. Valoración.....	91

CAPÍTULO 2: EL TRATAMIENTO ACTUAL DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA.....95

I. La generalización del ámbito de aplicación del principio de confianza	96
--------------------------------------------------------------------------------	----

1. El principio de confianza en el ámbito de la medicina.....	97
2. El principio de confianza en los accidentes laborales	105
3. El principio de confianza en el marco de la responsabilidad penal por el producto	113
4. El principio de confianza como instrumento dogmático de carácter general.....	118
5. Valoración	123
II. Los presupuestos de aplicación del principio de confianza.....	125
1. Sólo puede confiar quien se ha comportado correctamente	125
2. Sólo se puede confiar si no hay circunstancias en el caso concreto que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero	131
2.1. Circunstancias relacionadas con la persona del tercero.....	133
2.2. Circunstancias relacionadas con la situación concreta	139
2.3. Circunstancias relacionadas con la infracción el tercero: las «infracciones típicas»	144
3. Sólo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta del tercero.....	149
3.1. El deber de evitar la conducta incorrecta del tercero (relaciones de carácter vertical)	149
a) Deberes de selección, instrucción y coordinación.....	152
b) Deberes de vigilancia, control o supervisión.....	153

3.2. El deber de compensar la posible conducta incorrecta del tercero: las «medidas de doble aseguramiento» (relaciones de carácter horizontal).....	155
4. Valoración.....	158
III. El principio de confianza en la teoría jurídica del delito	159
1. El principio de confianza como criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en el delito imprudente	159
2. El principio de confianza como criterio de imputación objetiva	161
2.1. El principio de confianza como criterio susceptible de aplicación únicamente en los delitos imprudentes	162
2.2. El principio de confianza como criterio de valoración de la conducta desde una perspectiva <i>ex ante</i>	163
3. La relación del principio de confianza con otros criterios utilizados para determinar el deber objetivo de cuidado o la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado	166
4. Valoración.....	170
IV. La fundamentación del principio de confianza	171
1. La «teoría del premio»	172
2. La confianza como resultado de la falta de previsibilidad.....	175
3. El principio de confianza como resultado de una valoración o ponderación de intereses	179
3.1. La necesidad de garantizar el sentido y la finalidad de las normas	180

3.2. La necesidad de favorecer la fluidez del tráfico viario.....	182
3.3. La necesidad de realizar una «justa distribución del riesgo» entre los distintos participantes del tráfico viario	184
3.4. La necesidad de permitir la división del trabajo o el reparto de tareas	185
3.5. La necesidad de garantizar un cierto grado de libertad individual	187
4. El principio de confianza como aplicación del principio de autorresponsabilidad.....	191
5. Valoración	200

SEGUNDA PARTE

PROPUESTA DE TRATAMIENTO DOGMÁTICO:

EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD Y

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

CAPÍTULO 3: EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD.....	207
I. La limitación de la responsabilidad ante la intervención de los terceros: evolución histórica.....	208
1. Intervención de los terceros y relación de causalidad	208
1.1. La doctrina de la <i>lethalitas vulneris</i> y las primeras consideraciones sobre el problema causal.....	208
1.2. La teoría de la imputación de HEGEL	210
1.3. La teoría de la interrupción del nexo causal y las teorías individualizadoras de la causalidad.....	215

1.4.	Primeras críticas a la teoría de la interrupción del nexo causal	222
1.5.	La teoría de la prohibición de regreso de FRANK	225
1.6.	La preeminencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones en la práctica jurisprudencial	230
2.	Intervención de los terceros, imputación objetiva e infracción del deber objetivo de cuidado	231
2.1.	El surgimiento de la teoría de la imputación objetiva y su relación con la teoría de la prohibición de regreso.....	232
2.2.	La teoría de la adecuación como teoría de la causalidad jurídicamente relevante.....	237
2.3.	La teoría final de la acción y la infracción del deber objetivo de cuidado.....	240
2.4.	Juicio de adecuación e intervención de los terceros	243
2.5.	La moderna teoría de la imputación objetiva.....	245
2.6.	La situación actual: el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva.....	253
II.	El principio de autorresponsabilidad.....	263
1.	La utilización del principio de autorresponsabilidad para limitar la responsabilidad del sujeto ante la intervención de terceras personas: la teoría de la prohibición de regreso	263
1.1.	Prohibición de regreso ante conductas posteriores dolosas.....	264
1.2.	Prohibición de regreso ante conductas posteriores dolosas e imprudentes	270

2. Diferentes interpretaciones del principio de autorresponsabilidad	276
2.1. El principio de autorresponsabilidad como expresión de la imputación o como fundamento de un particular criterio de imputación	277
2.2. El principio de autorresponsabilidad y la ponderación de intereses	278
2.3. El principio de autorresponsabilidad como delimitación del propio ámbito de competencia.....	280
2.4. El principio de autorresponsabilidad y la tradicional teoría de la imputación objetiva.....	281
2.5. El principio de autorresponsabilidad como delimitación de los ámbitos de responsabilidad	283
3. Principio de autorresponsabilidad y <i>neminem laedere</i>	286
3.1. La delimitación normativa de los ámbitos de responsabilidad	286
3.2. Deberes negativos y deberes positivos	287
3.3. Propuesta de interpretación: el principio de autorresponsabilidad como concreción de la idea « <i>neminem laedere</i> »	288
CAPÍTULO 4: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD.....	293
I. El doble alcance del principio de autorresponsabilidad	294

II.	El principio de autorresponsabilidad en la delimitación de la posición de garante: la prohibición de regreso.....	296
1.	La prohibición de regreso y la delimitación negativa de la posición de garante de control de una fuente de peligro.....	296
1.1.	La posición de garante como presupuesto de imputación del suceso lesivo.....	296
1.2.	La delimitación negativa de la posición de garante de control.....	297
1.3.	La prohibición de regreso como criterio de exclusión de la relación de autoría	299
2.	Los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso	301
2.1.	La existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno	301
2.2.	La relación negativa con el bien jurídico: la relación con la fuente de peligro	303
2.3.	La relación negativa con el tercero.....	306
3.	El carácter normativo y objetivo de la prohibición de regreso	306
3.1.	Irrelevancia del carácter activo u omisivo de la conducta del tercero	307
3.2.	Irrelevancia del carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero	309
3.3.	Irrelevancia del carácter doloso o imprudente de la conducta del primer sujeto	312
III.	El principio de autorresponsabilidad en la delimitación del deber de cuidado: el principio de confianza.....	314

1. El principio de confianza y la delimitación negativa del deber de cuidado.....	314
1.1. La constatación de la existencia de una posición de garante como paso previo para la aplicación del principio de confianza.....	314
1.2. La delimitación negativa del deber de cuidado con motivo de la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno	316
1.3. El principio de confianza como criterio independiente y complementario para la determinación del deber de cuidado	317
1.4. El ámbito de aplicación del principio de confianza.....	323
2. Los presupuestos de aplicación del principio de confianza.....	326
2.1. La existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno	327
2.2. La relación negativa con el riesgo: la inexistencia de medidas de doble aseguramiento.....	330
2.3. La relación negativa con el tercero: la inexistencia de deberes de cuidado frente a la actuación de los terceros.....	333
2.4. La inexistencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero	336
3. El carácter normativo y objetivo del principio de confianza.....	341
3.1. Irrelevancia del carácter activo u omisivo de la conducta del tercero	342
3.2. Irrelevancia del carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero.....	343
3.3. Irrelevancia del carácter doloso o imprudente de la conducta del primer sujeto.....	344

TERCERA PARTE
PROPUESTA DE UBICACIÓN SISTEMÁTICA:
EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA TEORÍA DE LA
IMPUTACIÓN OBJETIVA

CAPÍTULO 5: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	351
I. El riesgo como primer criterio de imputación objetiva.....	352
1. Los conocimientos desde los que debe juzgarse la previsibilidad del resultado: el carácter objetivo del riesgo.....	353
1.1. La concepción subjetiva del riesgo	354
1.2. La concepción objetiva del riesgo	356
1.3. La concepción mixta del riesgo.....	357
1.4. Propuesta de interpretación	360
1.5. La determinación del riesgo como criterio del tipo objetivo	371
2. El grado de previsibilidad exigido para reconocer la existencia del riesgo	375
3. La definición del resultado que debe tomarse de referencia	378
II. El riesgo permitido y la adecuación social como criterios generales de imputación objetiva.....	379
1. El riesgo permitido.....	379
1.1. Evolución histórica y ubicación sistemática	379

1.2. El riesgo permitido como criterio del tipo objetivo.....	381
1.3. La fundamentación del riesgo permitido	384
2. La teoría de la adecuación social.....	390
2.1. Exposición	390
2.2. Valoración de las críticas realizadas a la teoría de la adecuación social	393
2.3. El riesgo permitido por legitimación histórica	398
3. El riesgo permitido como criterio de imputación objetiva	401
3.1. El riesgo permitido en sentido amplio	401
3.2. El riesgo permitido en sentido estricto	403
III. El principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva	405
1. La prohibición de regreso como criterio de imputación objetiva.....	406
1.1. Posición de garante y prohibición de regreso	406
1.2. Prohibición de regreso y relación de autoría	410
1.3. El carácter objetivo de la prohibición de regreso	411
2. El principio de confianza como criterio de imputación objetiva.....	412
2.1. Deber de cuidado y principio de confianza	412
2.2. El riesgo permitido y el principio de confianza como criterios indiciarios	414
2.3. El carácter objetivo del principio de confianza	416

3. El principio de autorresponsabilidad y la conducta de la víctima.....	418
3.1. Criterios de valoración relacionados con la intervención de la víctima	418
3.2. La especial relevancia de la intervención de la víctima	424
3.3. Prohibición de regreso e intervención de la víctima	426
3.4. Principio de confianza e intervención de la víctima	431
4. Principio de autorresponsabilidad e imputación objetiva del resultado	435
4.1. La imputación del resultado como valoración de la conducta desde una perspectiva <i>ex post</i>	436
4.2. El principio de autorresponsabilidad como criterio de valoración «ex post».....	443
CONCLUSIONES	453
BIBLIOGRAFÍA	463

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
ap.	Apartado
art.	Artículo
AT	<i>Allgemeiner Teil</i>
BayObLG	<i>Entscheidungen des Bayerischen Oberstenlandesgericht in Strafsachen</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i>
cap.	capítulo
CCir	Código de la circulación
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
cfr.	Confrontar
cit.	Citado
CLR	<i>Chengchi Law Review</i>
coord.	Coordinador
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DAR	<i>Deutsches Autorecht</i>
DP	Doctrina Penal
Dtsch.Z.Philo.	<i>Deutsche Zeitschrift für Philosophie</i>
ed.	Edición
Edit.	Editor
EPCr	Estudios Penales y Criminológicos
FG	<i>Festgabe</i>
FJ	Fundamento jurídico
GA	<i>Goldammer´s Archiv für Strafrecht</i>
GS	<i>Der Gerichtssaal</i>
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JR	<i>Juristische Rundschau</i>

Jura	<i>Juristische Ausbildung</i>
JuS	<i>Juristische Schulung</i>
JW	<i>Juristische Wochenschrift</i>
JZ	<i>Juristische Zeitung</i>
LH	Libro homenaje
LK	<i>Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
n.	nota
NDP	Nueva Doctrina Penal
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NK	<i>Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
n.m./nn.mm.	número/s marginal/es
p./pp.	página/s
PG	Parte General
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
RDCir	Revista de Derecho de la Circulación
RDPCr	Revista de Derecho penal y Criminología -2ª época-
RG	<i>Reichsgericht</i>
RGSt	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen</i>
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RStVO	<i>Reichsstraßenverkehrsordnung</i>
S/S	<i>Schönke/Schröder</i>
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
secc.	Sección
SK	<i>Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
ss.	siguientes
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StVO	<i>Straßenverkehrsordnung</i>
TS	Tribunal Supremo
VersR	<i>Versicherungsrecht</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
ZverkS	<i>Zeitschrift für Verkehrsicherheit</i>

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar el fundamento y alcance del *principio de confianza*; un principio que suele incluirse entre los criterios destinados a determinar el deber objetivo de cuidado, pero que plantea serias dudas acerca de su verdadero significado. Si se observan las distintas manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales realizadas a propósito de este principio, puede comprobarse, efectivamente, que no sólo se discuten aspectos puntuales relacionados con sus presupuestos de aplicación y con su necesaria delimitación frente a otros criterios utilizados para determinar el deber objetivo de cuidado, sino que también se llega a cuestionar su relevancia práctica o su propia existencia como criterio de solución: hay ocasiones en las que se define como un principio vacío de contenido y otras en las que incluso se propone sustituirlo por un principio completamente opuesto basado en la desconfianza.

En el presente trabajo, se pretende averiguar en qué medida el principio de confianza puede ofrecer, realmente, un criterio para determinar el deber objetivo de cuidado. Para ello, se destacará la necesidad de tomar como punto de partida el *principio de autorresponsabilidad* y la delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad. Se intentará demostrar que con este principio de autorresponsabilidad no sólo es posible fundamentar la existencia de un principio de confianza, válido con carácter general, sino también definir de manera coherente sus presupuestos de aplicación y su relación con el resto de los criterios utilizados tanto para determinar el deber objetivo de cuidado como para valorar la intervención de los terceros.

Para situar el problema, en la primera parte del trabajo, se realizará una exposición sobre el *estado de la cuestión*, explicando cómo surgió el principio de confianza en el ámbito del tráfico viario (cap. 1) y cómo se ha venido interpretando hasta la actualidad (cap. 2). En dicha exposición, se pondrá de manifiesto que, a pesar de la formal aceptación que recibe normalmente el

principio de confianza, son muchas las dudas que suscita su validez como criterio de referencia. Cuando no se rechaza directamente la posibilidad de reconocerlo con carácter general o con respecto a determinados ámbitos de actuación, su aplicación se hace depender de tal variedad de factores que resulta difícil entender cuál es su verdadera aportación. Al analizar sus presupuestos de aplicación y su relación con otros criterios utilizados para determinar el deber objetivo de cuidado, da la impresión, efectivamente, de que el principio de confianza corre el riesgo de convertirse en un principio sin contenido propio. No queda claro, en este sentido, si la posibilidad de confiar se deduce, realmente, de la existencia de un principio de validez general, o si resulta de la aplicación de otros criterios relacionados con la previsibilidad de la conducta de los terceros o con la necesidad de realizar una ponderación de intereses para valorar la limitación del deber de cuidado frente a la conducta de los terceros.

Con objeto de plantear la posibilidad de otorgar al principio de confianza un significado independiente, en la segunda parte del trabajo se propondrá centrar la atención en la particular condición de los terceros como factor determinante del reconocimiento de un principio de confianza válido con carácter general. Se ofrecerá así una *propuesta de tratamiento dogmático* del principio confianza basada en su relación con el principio de autorresponsabilidad. Para ello, en primer lugar, se realizará un estudio sobre la importancia que se ha concedido históricamente a la intervención de los terceros y se defenderá la existencia de un principio de autorresponsabilidad, conforme al cual es posible afirmar que, por regla general, los sujetos sólo son responsables de lo que hacen ellos mismos y no de lo que hacen los demás (cap. 3). A partir de ahí, se presentará el principio de confianza como una concreta aplicación o manifestación del principio de autorresponsabilidad, precisando su contenido y su relación con otras categorías dogmáticas, como las relativas a la distinción entre autoría y participación o las utilizadas para determinar el deber objetivo de cuidado (cap. 4). Se intentará demostrar, en definitiva, cómo una fundamentación adecuada del principio de confianza, basada en el principio de autorresponsabilidad, permite definir de manera coherente el alcance de este principio, haciendo ver que la posibilidad de confiar no depende tanto de una mayor o menor previsibilidad o de una genérica

ponderación de intereses, como del tipo de relación que se mantiene con los terceros.

Finalmente, en la tercera parte del trabajo, como *propuesta de ubicación sistemática*, se defenderá la posibilidad de incluir el principio de confianza entre los criterios integrantes de la moderna teoría de la imputación objetiva (cap. 5). Dado que la teoría de la imputación objetiva ha ido acogiendo los diferentes criterios tradicionalmente utilizados para determinar el deber objetivo de cuidado, parece lógico pensar que una de las cuestiones a las que, desde el punto de vista sistemático, tiene hacer frente un estudio sobre el principio de confianza es, precisamente, la de si este principio puede ser definido como un criterio de imputación objetiva. Para responder afirmativamente a esta pregunta, se intentará demostrar que los presupuestos de aplicación con los que cuenta el principio de confianza no son un obstáculo para poder interpretarlo como un criterio de carácter objetivo cuya validez no depende de la existencia o inexistencia de dolo. Por otra parte, al estudiar el papel del principio de confianza en la teoría de la imputación objetiva, se procederá a definir su relación con otros criterios de imputación, intentando demostrar igualmente que, al fundamentarse en el principio de autorresponsabilidad, este principio no sólo constituye un criterio de imputación de carácter independiente, sino que, además, contribuye a arrojar mayor claridad sobre el tratamiento que, en el marco de esta teoría, debe darse a la intervención de los terceros. Por último, para concluir el análisis del principio de confianza como criterio de imputación objetiva, se terminará haciendo referencia a la posibilidad de utilizar este tanto desde una perspectiva *ex ante*, para reconocer la creación de un riesgo típicamente desaprobado, como desde una perspectiva *ex post*, para establecer la relación entre ese riesgo y el resultado.

PRIMERA PARTE

ESTADO DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO 1

EL SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL ÁMBITO DEL TRÁFICO VIARIO

El principio de confianza es un principio de creación jurisprudencial que surgió en Alemania, a mediados del pasado siglo XX, para limitar la responsabilidad por imprudencia en el ámbito del tráfico viario. El progresivo aumento del tráfico motorizado y el creciente número de casos en los que la producción del resultado lesivo aparecía condicionada por la actuación incorrecta de terceras personas llevó a los tribunales alemanes a introducir en este ámbito un nuevo criterio de solución, conforme al cual se le reconocía a los conductores la posibilidad de confiar, por regla general, en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico. De esta forma, se pretendía limitar el excesivo alcance del criterio de la previsibilidad, eximiendo a los conductores de la obligación de adaptar su comportamiento a las posibles o previsibles actuaciones incorrectas de los terceros. En España, el reconocimiento del principio de confianza se produjo, algunos años más tarde, de manera bastante parecida: después de un tiempo en el que la responsabilidad por imprudencia de los conductores se hacía depender exclusivamente de criterios como el de la previsibilidad o el de la velocidad excesiva, el Tribunal Supremo proclamaba la vigencia de este principio en el ámbito del tráfico viario, otorgándole el mismo significado que los tribunales alemanes.

En el presente capítulo se describirán las concretas circunstancias que rodearon el reconocimiento del principio de confianza en la jurisprudencia de uno y otro país, así como las diferentes reacciones que se derivaron de dicho reconocimiento y que contribuyeron a perfilar su definitiva configuración. En primer lugar, se procederá a exponer la evolución seguida a este respecto por la

jurisprudencia alemana (*infra* I) y, en segundo lugar, se analizarán las particularidades que presentó esta evolución en la jurisprudencia española, caracterizada desde un primer momento ya no sólo por una mayor cautela con respecto al reconocimiento del principio de confianza, sino también, sobre todo, por un mayor grado de confusión, llegando, en ocasiones, a proclamar la existencia de dos principios distintos –el de *confianza* y el de *defensa*– de contenidos claramente contradictorios (*infra* II).

I. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA

1. Los primeros años del tráfico motorizado: el deber de los conductores de contar con las posibles conductas incorrectas de los terceros

En Alemania, a principios de siglo XX, cuando se empezaba a desarrollar el tráfico motorizado y se consideraba que el automóvil era ante todo un instrumento peligroso para la seguridad del tráfico, los tribunales se mostraban particularmente exigentes con respecto a las medidas de cuidado que debían adoptar los conductores de automóviles¹. Según el *Reichsgericht*, no sólo debían estar pendientes en todo momento de los obstáculos de la carretera, sino que además debían contar con las posibles conductas incorrectas de los demás participantes del tráfico², incluidas, por ejemplo, las extrañas maniobras que pudieran realizar los otros conductores al ser adelantados³ o las invasiones repentinas de la calzada que pudieran llevar a cabo los peatones despistados⁴.

Cuando en la segunda mitad de los años veinte fueron apareciendo las primeras normas de preferencia, el *Reichsgericht* empezó a limitar, no obstante, ese deber general de contar con las conductas incorrectas de los terceros⁵. A los

¹ Cfr., con más detalle, KLEINWEFERS, *VersR*, 1963, p. 202.

² RG *JW*, 1925, p. 487 (489); 1926, p. 1191 (1192).

³ RG *JW*, 1925, p. 487 (488-489).

⁴ RG *JW*, 1925, p. 973; 1926, p. 2185; 1927, p. 1522.

⁵ Cfr., no obstante, RG *JW*, 1928, p. 3187.

conductores con preferencia de paso les permitía no contar con la posibilidad de que otro conductor lesionase su derecho de preferencia, salvo que otra cosa se desprendiera de las circunstancias del caso concreto⁶. Ello no implicaba, sin embargo, el reconocimiento de una facultad general de contar con la conducta correcta del tercero. Se trataba simplemente de una excepción derivada del *sentido* y la *finalidad* de las normas de preferencia⁷.

Con respecto a las situaciones del tráfico en las que no existía una norma de preferencia, el *Reichsgericht* seguía el criterio general y destacaba el deber de los conductores de contar con las conductas incorrectas o irresponsables de los demás participantes del tráfico. Lo decisivo era que tales conductas pudieran considerarse *previsibles* conforme a la normal experiencia, y dado que la experiencia demostraba, por ejemplo, que los peatones se comportan de manera despistada, el conductor debía adaptarse a esa posibilidad⁸. El *Reichsgericht* hacía a veces hincapié en el carácter especialmente irresponsable de la conducta de los niños, pero no puede decirse que concediera un tratamiento diferenciado a los casos en los que el peatón era un adulto, pues el deber del conductor se establecía con independencia incluso de que éste viera o no a los peatones.

Así, por ejemplo, en una sentencia de 1931 en la que se condenó a un conductor por atropellar a una niña de trece años que había salido repentinamente de detrás de un edificio, el *Reichsgericht* manifestó que cuando el «conductor observa que hay casas a los lados de la calle, debe contar en todo momento con la posibilidad de que alguien salga de las mismas y cruce la calle de manera precipitada»⁹.

Hasta principios de los años treinta del pasado siglo XX, salvo en los casos de preferencia de paso, la jurisprudencia alemana reconocía, por tanto, la

⁶ RG JW, 1930, p. 2868; 1933, p. 2523.

⁷ RG JW, 1933, p. 2523.

⁸ RGSt 65, p. 135 (138-141); RG JW, 1931, p. 3393.

⁹ RGSt 65, p. 135 (137).

existencia de una especie de deber de «desconfianza» hacia el comportamiento de los demás participantes del tráfico.

Esta situación se producía a pesar de las críticas que, ya en aquellos años, se empezaban a realizar en el plano doctrinal¹⁰. Ya en 1930, efectivamente, EXNER había llamado la atención sobre los problemas que podía generar el reconocimiento jurisprudencial de un deber general de contar con las conductas antirreglamentarias de los terceros. A su juicio, la tesis mantenida por el *Reichsgericht* en ese sentido convertía las reglas de la circulación en algo completamente ilusorio, pues la principal labor de tales reglas consiste, precisamente, en hacer predecible la conducta de los demás participantes del tráfico¹¹. Por otra parte, según EXNER, con ese planteamiento jurisprudencial no sólo no se lograba una mayor seguridad, sino que además se ponían serios impedimentos al desarrollo del tráfico viario¹². Por todo ello, EXNER pretendía hacer valer un principio distinto, según el cual el conductor que cumple correctamente con las normas de circulación puede contar con que los demás hagan también lo mismo, salvo que otra cosa se desprenda de las circunstancias del caso concreto¹³.

Con la implantación del régimen nacionalsocialista y la promulgación, en 1934, de una nueva ordenanza del tráfico viario –la *Reichsstraßenverkehrsordnung* (RStVO)–, algunos autores quisieron ver la llegada de una nueva época para el Derecho de la circulación y se mostraron especialmente críticos con las tesis jurisprudenciales basadas en la desconfianza.

Ese fue, sobre todo, el caso de GÜLDE, quien entendía que la RStVO debía suponer una revolución del Derecho del tráfico viario y el comienzo de un Derecho del tráfico motorizado basado en el nuevo paradigma

¹⁰ Cfr., con más referencias, KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 28 y ss.

¹¹ *FG-Frank I*, pp. 579-580.

¹² *FG-Frank I*, p. 580.

¹³ *FG-Frank I*, p. 582.

nacionalsocialista¹⁴. En opinión de GÜLDE, la promoción del automóvil pretendida por la nueva ordenanza del tráfico estaba en consonancia con los planteamientos nacionalsocialistas de un Derecho del tráfico basado en las ideas de «comunidad» y «disciplina»¹⁵. A su juicio, había que tener en cuenta que el tráfico viario se había convertido en un tráfico de masas y que la idea rectora del ordenamiento jurídico nacionalsocialista era, precisamente, convertir la masa en una comunidad: el individuo debía verse como miembro de una comunidad integrada mediante normas¹⁶. Ello, según GÜLDE, era incompatible con aquel principio mantenido hasta entonces por la jurisprudencia alemana, según el cual es necesario contar con la conducta incorrecta de los demás participantes del tráfico, pues la comunidad ordenada sólo puede existir cuando los impulsos contrarios a la comunidad son reprimidos, es decir, cuando los errores y debilidades de sus miembros son contrarrestados por el ordenamiento jurídico. La esencia del ordenamiento jurídico, señalaba este autor, es darle a la comunidad humana un orden fijo que haga posible la convivencia, y para ello es necesario que quien actúa reglamentariamente pueda contar con que los demás hagan también lo mismo. El miembro de la comunidad debe poder «confiar» en que los otros se comporten ante el ordenamiento vital y jurídico como él mismo lo haría, pues en caso contrario se estaría favoreciendo la conducta contraria al tráfico¹⁷. La confianza y la lealtad debían ser, por tanto, los pilares del nuevo paradigma nacionalsocialista. El deber de contar con la conducta incorrecta de los terceros, decía GÜLDE, sería más propio de un liberalismo caracterizado por la duda y la desconfianza, es decir, de un liberalismo en el que el individuo es colocado en el centro del ordenamiento jurídico, siendo protegido en sus defectos y debilidades incluso cuando éstos atentan contra la comunidad. Por todo ello, GÜLDE consideraba necesario establecer un «principio de confianza»¹⁸.

¹⁴ *JW*, 1935, p. 1464; *IDEM, JW*, 1936, pp. 423-424.

¹⁵ *JW*, 1935, p. 1464.

¹⁶ *JW*, 1935, p. 1466.

¹⁷ *JW*, 1935, p. 1466; *IDEM, JW*, 1936, p. 423.

¹⁸ *JW*, 1936, p. 423; *IDEM, JW*, 1938, pp. 2785-2786.

En una línea parecida, F. MÜLLER mostró también su convencimiento de que la RStVO de 1934 debía conducir a los tribunales alemanes a abandonar el criterio de la desconfianza que hasta ese momento habían mantenido con carácter general¹⁹. Según MÜLLER, la imposibilidad de formular una regla para cada suceso del tráfico había conducido, en 1934, al abandono de la regulación más o menos individualizada existente hasta ese momento en favor de una regla general como la recogida en el § 25 de la RStVO²⁰. De acuerdo con ese párrafo, «todo participante en el tráfico debe comportarse de tal manera que no dañe a ningún otro o no lo estorbe o moleste más de lo que sea inevitable según las circunstancias». Entendía MÜLLER que esa nueva regulación se correspondía mejor con una nueva concepción del Derecho penal que quería conceder al juez una posición más libre y discrecional de la que había tenido hasta entonces. En su opinión, esa nueva concepción del Derecho penal se ponía de manifiesto con la creación de normas penales basadas en cláusulas generales y con la sustitución de los elementos descriptivos del tipo por elementos normativos relativos a la sana visión del pueblo²¹. Junto a ello, la RStVO habría supuesto igualmente la exigencia de una recíproca toma en consideración por parte de los participantes del tráfico y el reconocimiento de una comunidad de participantes responsables en la que cada uno debe poder contar con que los otros sean conscientes de sus deberes y se comporten conforme a los mismos. Era necesario, en definitiva, que la jurisprudencia entendiera que con la nueva normativa debía renunciar a las tesis mantenidas con anterioridad²².

A partir del año 1935, se aprecia un cierto cambio en la jurisprudencia del *Reichsgericht*: aparecen ya algunas sentencias que pretenden limitar, incluso ante los peatones, el alcance de la desconfianza²³. No obstante, el hecho de que ese cambio fuera consecuencia de la ordenanza de 1934 o de los postulados del

¹⁹ *Straßenverkehrsrecht*²¹, pp. 722-723.

²⁰ *Straßenverkehrsrecht*²¹, p. 722.

²¹ *Straßenverkehrsrecht*²¹, p. 722.

²² *Straßenverkehrsrecht*²¹, pp. 722-723.

²³ Cfr., a continuación, I.2.

nacionalsocialismo no es algo que resulte evidente²⁴. Hay algunas sentencias en las que el *Reichsgericht* reconoce la importancia de la nueva normativa –así como de la idea de comunidad del tráfico que llevaba implícita–, pero no acepta que ello deba suponer un cambio con respecto a la necesidad de proteger a los participantes del tráfico ante cualquier tipo de peligro. Según el *Reichsgericht*, la idea de que las necesidades del tráfico deben retroceder ante la seguridad de la vida humana –que es la idea que podía encontrarse en las tesis de la desconfianza– podía seguir siendo válida tras la nueva normativa. Cabía pensar, incluso, que la jurisprudencia mantenida hasta ese momento se correspondía plenamente con aquel principio del nacionalsocialismo que sostiene que el interés general debe ser más importante que el interés individual²⁵. El *Reichsgericht* consideraba en este sentido que, aun siendo cierto que la RStVO pretendía desarrollar el tráfico motorizado, no podía dejar de tenerse en cuenta la seguridad de las personas, de manera que había que seguir reconociendo que el conductor debe estar preparado ante las posibles conductas irracionales y descuidadas de los demás participantes del tráfico²⁶.

Hay también sentencias de otros tribunales, sin embargo, que sí vieron una relación directa entre la nueva ordenanza –con la idea de comunidad del tráfico que podía desprenderse de su § 25– y el necesario abandono de las tesis basadas en la desconfianza. En esta línea son significativas dos sentencias del *Oberlandesgericht* de Dresden del año 1935 en las que se juzgaba a un conductor con preferencia de paso que, en primera instancia, había sido considerado responsable de las lesiones producidas en la colisión con el conductor que debía respetar la preferencia²⁷. El OLG de Dresden declaró que, en este tipo de casos, el conductor que goza de preferencia no tiene necesidad de contar con la posible lesión de su derecho por parte del tercero, salvo que haya especiales circunstancias que así lo evidencien. Según este tribunal, ello se desprendía del sentido y la finalidad de la RStVO, que en su § 25 reflejaba la idea de comunidad

²⁴ Lo pone también en duda KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 28.

²⁵ RG *JW*, 1935, p. 3397. En un sentido parecido, RG *JW*, 1935, p. 3110.

²⁶ RG *JW*, 1936, p. 3462.

²⁷ OLG Dresden *JW*, 1935, p. 3403; 1935, p. 3651.

del tráfico y que, con carácter general, tenía como principal objetivo promover un tráfico rápido y motorizado²⁸. En ese sentido, consideraba que incluso en los casos en los que hay bloques de casas que dificultan la visibilidad del cruce, no se incumple el § 25 RStVO si el conductor que tiene preferencia de paso mantiene su velocidad, pues de lo contrario se pondrían trabas innecesarias al tráfico de la gran ciudad, donde los cruces de ese tipo empezaban a ser cada vez más frecuentes²⁹.

Si se analizan detenidamente las decisiones tanto del *Reichsgericht*, como de otros tribunales que dicen basarse en la ordenanza de 1934, se observa, por tanto, que las razones por las que se cuestionaba el deber general de contar con las conductas incorrectas de los terceros no respondían tanto a las exigencias del paradigma nacionalsocialista o al tenor literal de la nueva normativa, como a un deseo más genérico de garantizar las normas de preferencia y promover el desarrollo del tráfico motorizado. Ciertamente, del § 25 de la RStVO resultaba difícil deducir la necesidad de renunciar a las tesis mantenidas hasta ese momento por la jurisprudencia³⁰. La importancia que podía tener la nueva normativa parecía estar más relacionada con el propósito de permitir que el Derecho de la circulación se fuera ajustando a las nuevas condiciones del tráfico viario. Prueba de ello es que las primeras sentencias que empezaron a limitar el alcance del deber de contar con la conducta incorrecta de los terceros no se basaron en dicha normativa, sino en el derecho de preferencia o en el criterio del ámbito normal de la experiencia³¹. El punto de partida, al menos formalmente, seguía siendo el reconocimiento del deber del conductor de contar con las posibles actuaciones irresponsables de los demás participantes del tráfico³².

²⁸ OLG Dresden *JW*, 1935, p. 3403.

²⁹ OLG Dresden *JW*, 1935, p. 3651.

³⁰ Cfr., sin embargo, RG *JW*, 1936, p. 454. Esta sentencia, una de las primeras en admitir la posibilidad de no tener que contar con las conductas descuidadas de los peatones, dice apoyarse en el § 25 RStVO; señala, concretamente, que tal párrafo impone a cada participante del tráfico un deber general de mantener una conducta que se ajuste a las necesidades del tráfico, y que, en consecuencia, debe entenderse que los demás participantes pueden confiar en el cumplimiento de ese deber. No obstante, esta misma sentencia reconoce también que debía llegarse a la misma conclusión con la anterior normativa, pues ya anteriormente sentencias como la de 26 de enero de 1933 (RG *JW*, 1933, p. 2523) habían reconocido esa posibilidad en los casos en los que se tiene preferencia de paso.

³¹ Cfr., por ejemplo, RG *JW*, 1936, p. 450; 1936, p. 454. Cfr., también, *infra* I.2.

³² Así, claramente, RG *JW*, 1936, p. 452.

2. El principio de confianza en la jurisprudencia del *Reichsgericht*

2.1. *Las primeras sentencias que limitan el deber de los conductores de contar con las posibles conductas incorrectas de los terceros*

Entre las primeras sentencias del *Reichsgericht* que, sin aplicar las normas de preferencia, se muestran favorables a una limitación de ese criterio general basado en la desconfianza, deben destacarse las siguientes:

Sentencia de 16 de septiembre de 1935³³. Se trata de un caso en el que el conductor, en un primer momento, había visto a unos niños jugando en medio de la calle y les había hecho señales para que le dejaran el camino libre. Los niños se desplazaron hacia la derecha y el conductor prosiguió su marcha. Al pasar junto a los niños, uno de ellos intentó volver a la carretera. Para evitar atropellarlo, el conductor giró rápidamente a la izquierda y chocó contra una roca. Como resultado de la colisión murió su acompañante. El tribunal de instancia, siguiendo la práctica habitual, había condenado al conductor por entender que, habiendo visto a los niños, debía contar con que de repente pudieran querer cruzar la calle, y que, en esa medida, debía disminuir la velocidad hasta el punto de estar en condiciones de poder dominar su vehículo. El *Reichsgericht*, sin embargo, absuelve al conductor, explicando que si bien se debe contar siempre con las conductas irracionales y descuidadas de los terceros, sobre todo cuando son niños, ello no puede suponer una exigencia que vaya más allá de lo que *cabe esperar conforme a la experiencia normal de la vida*, y en este caso nada hacía pensar que los niños pudieran volver a intentar cruzar la calle.

Sentencia de 9 de diciembre de 1935³⁴. En un día claro y con buena visibilidad, un sujeto va conduciendo su vehículo cuando de repente aparecen dos peatones que se ponen en su camino. Ambos peatones son atropellados y el conductor es condenado por homicidio y

³³ RG JW, 1935, p. 3311.

³⁴ RGSt 70, p. 71.

lesiones imprudentes. El tribunal de instancia había indicado que el conductor no se había comportado con la suficiente atención porque de lo contrario, dada la buena visibilidad, habría podido ver a los peatones y deducir de su conducta su intención de cruzar por delante de él. El acusado había argumentado que no tenía ningún motivo para mirar a la derecha porque la salida para peatones no se encontraba en ese sitio, sino sólo unos cuantos metros más adelante. El tribunal de instancia señaló, no obstante, que la *experiencia* demostraba que era frecuente que los peatones intentaran cruzar por ese sitio y no por donde realmente estaba la salida. El *Reichsgericht*, en cambio, no encuentra convincente esta explicación. Al conductor, según el *Reichsgericht*, sólo le podría ser reprochada su conducta si fuera evidente que los peatones se disponían a cruzar la carretera. Es cierto, reconoce el *Reichsgericht*, que el conductor debe estar preparado para las conductas absurdas y antirreglamentarias de los peatones, pero ello sólo vale *dentro de los límites que resulten de las exigencias de la vida diaria y de la naturaleza y necesidades del tráfico viario*. El conductor, por tanto, no necesita contar con cualquier tipo de descuido, sino sólo con los que se deducen de manera razonable de las circunstancias del caso concreto. Cuando se observan personas adultas en una zona suficientemente iluminada no hay motivo para pensar que puedan introducirse de repente en la calzada.

Sentencia de 15 de septiembre de 1936³⁵. En este caso, una persona había sido atropellada al cruzar de manera antirreglamentaria. El *Reichsgericht* señala de nuevo que si bien el conductor debe estar preparado para conductas irreflexivas y descuidadas de los otros participantes del tráfico, esa exigencia no puede resultar ilimitada. Así, si *conforme a la normal experiencia de la vida* no cabe esperar ningún peligro, el conductor no puede estar obligado a contar con un obstáculo imprevisto resultante de la conducta antirreglamentaria de un tercero.

Estas sentencias marcaron un punto de inflexión en la jurisprudencia existente sobre esta materia. Ciertamente es que no supusieron un cambio de carácter definitivo, pero apuntaban algunos criterios que empezarían a repetirse en

³⁵ RG JW, 1936, p. 3462, esta sentencia se apoya expresamente en la sentencia de 16 de septiembre de 1935 (RG JW, 1935, p. 3311) antes comentada.

posteriores decisiones del *Reichsgericht* y que respondían a las mismas reflexiones que conducirían años más tarde al expreso reconocimiento del principio de confianza³⁶.

Los aspectos más destacables de esas tres sentencias son los siguientes: *en primer lugar*, dicen partir del principio basado en el deber de contar con las conductas irresponsables de los terceros, pero en realidad invierten dicho principio al reconocer que primero hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso para ver si se reconoce el peligro de la conducta del tercero; *en segundo lugar*, toman como criterio principal la previsibilidad, pero poniendo especial énfasis en el límite marcado por la experiencia general de la vida; *en tercer lugar*, introducen un criterio limitador basado en las exigencias de la vida diaria y en la naturaleza y necesidades del tráfico viario.

2.2. *La posibilidad de contar con la conducta correcta de los terceros*

De lo dicho en estas últimas sentencias se deduce que, en realidad, no se produce una ruptura definitiva con la anterior jurisprudencia, pues se sigue aceptando expresamente la vigencia del tradicional deber general de contar con la conducta incorrecta de los terceros. De alguna manera, se considera que esa es la regla general y que lo contrario sólo supone una limitación de carácter excepcional. Todavía en otras sentencias posteriores se encuentra también esa declaración inicial, con independencia de que luego, realmente, lo que se considere excepcional sea el deber de contar con la conducta incorrecta del tercero, limitándose a aquellos casos en los que tal conducta resulta evidente según las circunstancias del caso concreto³⁷.

Un *expreso* reconocimiento del cambio producido a este respecto puede encontrarse, no obstante, en una sentencia de 29 de enero de 1938, en la que se

³⁶ De hecho, la sentencia de 9 de diciembre de 1935 (RGSt 70, p. 71) es identificada por parte de la doctrina alemana como una de las primeras sentencias que reconocen el principio de confianza; así, por ejemplo, WELZEL, *AT*¹¹, pp. 132-133; SCHROEDER, *LK*¹⁶, § 16, n.m. 70; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 18.

³⁷ RGSt 72, p. 55; RG JW, 1938, p. 1318, RGSt 73, p. 239 (241-243).

dice que el principio según el cual, en el tráfico viario, debe contarse con los errores o descuidos de otros participantes no vale con carácter general, sino *sólo* bajo circunstancias especiales; si no se dan esas circunstancias especiales, el conductor puede «confiar» en que los demás participantes se comporten también conforme a las reglas del tráfico³⁸.

Se produce de esta forma una inversión de esa especie de deber general de desconfianza que, salvo en los casos de preferencia de paso, había proclamado la jurisprudencia del *Reichsgericht*. Ya no hay que partir de la posibilidad general de que el tercero se comporte incorrectamente, sino sólo de si tal posibilidad se deriva de las *especiales circunstancias del caso concreto*, lo que no es sino una forma de decir que cuando hay dudas sobre cuál puede ser el comportamiento del tercero, cabe pensar que será un comportamiento adecuado. El conductor debe contar únicamente con aquellas conductas incorrectas del tercero que sean evidentes; es decir, *por lo general*, puede contar con que el tercero se comporte correctamente.

Anteriormente, al adelantar a un peatón, había que prestar un especial cuidado y cerciorarse de que el peatón se va a comportar de manera correcta³⁹. Ahora, a partir de esta nueva jurisprudencia, al observar a los peatones, puede esperarse que crucen por donde deben hacerlo o que no cambien de repente la dirección de su marcha⁴⁰. De la misma forma, anteriormente se debía contar con la posibilidad de que alguien salga corriendo de detrás de un edificio y se ponga en medio de la calle⁴¹, mientras que ahora se dice que no siempre es necesario contar con la conducta antirreglamentaria de los peatones⁴².

³⁸ RG JW, 1938, p. 1461. Esta sentencia es la primera en la que se reconoce como principio general la posibilidad de contar con el correcto comportamiento de los terceros y la primera también en la que se utiliza la expresión «confiar» (*vertrauen*).

³⁹ RGSt 61, p. 120 (121-122).

⁴⁰ RGSt 70, p. 71; RG JW, 1936, 3462; RGSt 72, p. 55.

⁴¹ RGSt 65, p. 135 (138-141).

⁴² RG JW, 1937, p. 2400.

Hay que destacar que la posibilidad de contar con la conducta correcta de los terceros no se desprende, en estos casos, de la existencia de una norma de preferencia. Dicha posibilidad se reconoce incluso ante los peatones, demostrando con ello su pretensión de *generalización*. De hecho, una sentencia del *Reichsgericht* de 22 de diciembre de 1936, aun refiriéndose a un supuesto de preferencia de paso, llegaba a esta misma conclusión y decía basarse en la *nueva jurisprudencia* del *Reichsgericht*, en la que se ponía de manifiesto que el conductor no necesita contar con la conducta antirreglamentaria de los demás participantes del tráfico⁴³.

2.3. *Los criterios en los que se fundamenta la posibilidad de contar con la conducta correcta de los terceros*

Uno de los primeros argumentos en los que se basa el *Reichsgericht* para empezar a reconocer la posibilidad de contar con la conducta correcta de los terceros es el que se refiere a la necesidad de contar solamente con aquellas conductas descuidadas que son *previsibles conforme a la normal experiencia*⁴⁴.

Lo que llama la atención a este respecto es que se llegue a soluciones distintas aplicando un criterio que, en realidad, ya existía desde hacía tiempo⁴⁵. Como se ha visto, en sentencias anteriores, el *Reichsgericht* decía que no se podía contar con la conducta correcta de los peatones porque la *experiencia* demuestra que suelen comportarse de manera descuidada⁴⁶. Ahora, sin embargo, apelando al *ámbito normal* de la experiencia, se excluye la necesidad de contar con que un peatón cruce de manera antirreglamentaria o que unos niños que se han apartado al ver un vehículo intenten volver a la carretera⁴⁷. Desde luego, lo que es

⁴³ RGSt 71, p. 25 (28). Al referirse a esa nueva jurisprudencia, menciona concretamente la sentencia de 9 de diciembre de 1935 (RGSt 70, p. 71)

⁴⁴ RG JW, 1935, p. 3311; 1936, p. 452; 1936, p. 3462,

⁴⁵ Recuérdese, por ejemplo, la sentencia de 11 de abril de 1931 (RG JW, 1931, p. 3393), que decía que sólo hay que contar con descuidos que queden dentro del ámbito normal de la experiencia, y que esa experiencia demuestra que los niños se comportan por lo general de manera irresponsable.

⁴⁶ RGSt 65, p. 135 (138-141); RG JW, 1931, p. 3393.

⁴⁷ RG JW 1936, p. 3462; 1935, p. 3311.

previsible conforme a la normal experiencia va cambiando con el paso del tiempo, pero cabe pensar también que lo decisivo era el deseo de responder de alguna manera a las nuevas necesidades del tráfico viario y al nuevo papel que el automóvil empezaba a desempeñar dentro del mismo. La referencia al ámbito normal de la experiencia podía servir para evitar los resultados insatisfactorios a los que se llegaba aplicando el criterio de la previsibilidad⁴⁸.

En otras sentencias, el *Reichsgericht* llega a declarar abiertamente que si bien hay que partir siempre del deber de contar con las conductas antirreglamentarias de los terceros, ese deber ha de ser limitado en atención a *las exigencias de la vida diaria y a las necesidades del tráfico viario*⁴⁹. La importancia que tiene el reconocimiento de este criterio es doble: por una parte, viene acompañado de una nueva formulación del principio anteriormente existente: se niega el deber de contar con las conductas imprudentes de los terceros, salvo que ello se desprenda de manera razonable de las circunstancias del caso concreto⁵⁰; por otra parte, se abre la puerta a la posibilidad de tener en cuenta otros criterios para identificar aquellas conductas imprudentes con las que realmente es necesario contar, unos criterios que ya no se basan propiamente en la previsibilidad⁵¹: así, en el caso de los peatones que acostumbran a cruzar unos cuantos metros antes del lugar indicado, se niega el deber de contar con esa conducta con independencia de que quede dentro del ámbito normal de la experiencia⁵².

⁴⁸ El criterio basado en la previsibilidad conforme a la experiencia general de la vida fue pronto criticado por GÜLDE (*JW*, 1935, p. 1466; *IDEM*, *JW*, 1938, p. 2787) por entender que suponía una renuncia al principio de confianza. A su juicio, no es posible apelar a la experiencia general de la vida porque apenas hay infracciones del tráfico, por absurdas que sean, que no se correspondan con esa experiencia.

⁴⁹ RGSt 70, p. 71; 72, p. 55; 73, p. 239 (241-243); RG *JW*, 1938, p. 1318.

⁵⁰ Así, claramente, RGSt 70, p. 71.

⁵¹ Cfr., en este mismo sentido, R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, pp. 17-18.

⁵² RG *JW*, 1936, p. 3462.

Ahora bien, esto no significa que se produjera un abandono del criterio de la *previsibilidad*⁵³. Por lo general, se seguía pensando que lo único que variaba era el punto de partida desde el que se debía realizar el juicio de previsibilidad. Con las nuevas tesis lo importante era que la previsibilidad se juzgase en atención a las circunstancias del caso concreto. Incluso cuando se apelaba al criterio de las necesidades del tráfico, se llegaba a la conclusión de que había que atender a las conductas imprudentes de los terceros que fueran previsibles según las circunstancias existentes en cada caso⁵⁴.

Con todo, no puede dejar de destacarse el importante cambio que se estaba produciendo en la jurisprudencia del *Reichsgericht*: cada vez eran menos los casos en los que se exigía que el conductor adaptara su conducta al posible comportamiento irresponsable de los terceros. Poco a poco se iban sentando las bases de un principio de confianza que consolidaría más tarde el *Bundesgerichtshof*.

3. El principio de confianza en la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*

3.1. El reconocimiento expreso del principio de confianza en el Derecho de la circulación

Tras la II Guerra Mundial, el *Bundesgerichtshof* siguió los pasos del *Reichsgericht* y dictó una serie de resoluciones en las que volvía a reconocer, con carácter general, la facultad del conductor de no tener que contar con la conducta antirreglamentaria de los demás participantes del tráfico. Así, en el año

⁵³ Así, por ejemplo, la sentencia de 24 de junio de 1937 (RG JW, 1937, p. 2400), habiendo reconocido que con la nueva jurisprudencia sólo se debe contar con la conducta imprudente del tercero cuando así se desprenda de las circunstancias del caso, sostiene que la consecuencia de ello es que el conductor «no debe contar con todos los posibles peligros, sino sólo con los que le son cognoscibles» (con cursiva en el original). Así también, la sentencia de 29 de enero de 1938 (RG JW, 1938, p. 1461), después de afirmar que si no existen especiales circunstancias el conductor puede «confiar» en que los demás participantes se comporten conforme a las reglas del tráfico, añade que «el conductor no puede estar obligado a contar con un impedimento *imprevisible* colocado por la conducta antirreglamentaria de un tercero» (sin cursiva en el original).

⁵⁴ RGSt 70, p. 71; 72, p. 55; 73, p. 239 (241-243); RG JW, 1938, p. 1318.

1951, en una de sus primeras sentencias, el *Bundesgerichtshof* se hace eco expresamente de las tesis mantenidas por el *Reichsgericht* y declara que el conductor no debe contar con toda posible conducta antirreglamentaria de los otros usuarios de la vía, sino sólo con aquellas que se desprendan de las circunstancias del caso concreto⁵⁵. Se trata de la primera de una serie de sentencias que conducirían al *Bundesgerichtshof* a proclamar abiertamente, en 1955, la vigencia de un *principio de confianza* en el Derecho del tráfico⁵⁶.

3.2. *La fundamentación del principio de confianza*

En las primeras sentencias del *Bundesgerichtshof*, esa posibilidad de no tener que contar con la conducta antirreglamentaria de los terceros se encuentra de nuevo estrechamente relacionada con el criterio de la *previsibilidad*⁵⁷. Al igual que ocurría con las sentencias del *Reichsgericht*, lo que cambia básicamente es la forma de determinar esa previsibilidad, pues se vuelve a dar una mayor importancia a las circunstancias presentes en el caso concreto. Esta relación con el criterio de la previsibilidad tiene como consecuencia, por una parte, que la posibilidad de no tener que contar con las conductas antirreglamentarias de los terceros se justifique inicialmente por el hecho de que tales conductas no son previsibles para el conductor⁵⁸ y, por otra parte, que los límites que se reconocen a esa posibilidad se deban bien a que, en atención a las circunstancias del caso concreto, sí quepa esperar una conducta descuidada del tercero –como, por ejemplo, en el caso de los niños pequeños⁵⁹, o bien a que el tipo de conducta

⁵⁵ BGH *NJW*, 1951, p. 770. Se remite a la sentencia del RG de 22 de diciembre de 1936 (RGSt 71, p. 28).

⁵⁶ BGHSt 8, p. 200 (203).

⁵⁷ Hasta tal punto que a veces se llegaba a hablar de la posibilidad de confiar en casos no relacionados con el comportamiento de terceras personas. Así, por ejemplo, la sentencia de 30 de abril de 1953 (BGHSt 4, p. 140) decía que el conductor que estaciona su vehículo debajo de una farola no puede «confiar» en que las condiciones meteorológicas permanezcan invariadas y no aparezca una niebla que dificulte la visibilidad del vehículo.

⁵⁸ BGH *NJW*, 1952, p. 35 (36); BGHSt 3, p. 49 (52); 4, p. 182 (187).

⁵⁹ BGH *NJW*, 1951, p. 770.

antirreglamentaria del tercero resulte frecuente o quede dentro del ámbito normal de la experiencia⁶⁰.

En atención a esos límites, podría pensarse que, en realidad, no se estaba reconociendo la posibilidad de contar con la conducta reglamentaria de los terceros, sino que, simplemente, se apuntaba la necesidad de valorar en cada caso en qué medida la conducta antirreglamentaria es o no previsible, pero lo cierto es que el *Bundesgerichtshof* insistía en reconocer esa posibilidad con carácter general. Al hacer esas consideraciones con carácter general y mantener la relación con el criterio de la previsibilidad, el *Bundesgerichtshof* venía a decir implícitamente que, en principio, no es previsible la conducta antirreglamentaria de los demás participantes del tráfico. Esa afirmación podría verse, sin embargo, como algo meramente formal desde el momento en que existían sentencias que señalaban determinadas conductas antirreglamentarias con las que sí era necesario contar. El debate sobre la posibilidad de contar con el comportamiento responsable de los terceros amenazaba con convertirse, efectivamente, en un debate sobre el tipo de conductas antirreglamentarias que resultan previsibles.

No obstante, el *Bundesgerichtshof* volvió a completar el criterio de la previsibilidad con el criterio basado en las *exigencias y necesidades del tráfico viario*. Aparecen así sentencias en las que se niega el deber de contar con las conductas antirreglamentarias de los demás participantes del tráfico por entenderse que de lo contrario sería imposible un tráfico fluido.

En 1952⁶¹, por ejemplo, era absuelto un conductor que había atropellado a una persona que se había puesto de repente en medio de la calle. La sentencia explicó que los peatones pueden tardar sólo unos segundos en saltar a la calzada y que, por tanto, si el conductor tuviera que contar en todo momento con ese tipo de conductas, tendría que conducir tan despacio que se acabaría con la fluidez del tráfico viario. En esta sentencia se terminaba diciendo que el conductor no podía ser

⁶⁰ BGHSt 1, p. 309 (312); 2, p. 188 (189-190); 3, p. 54 (59-61); 3, p. 157 (160).

⁶¹ BGHSt 3, p. 49 (51-52).

culpable por falta de previsibilidad, pero la fundamentación se había apoyado en la necesidad de respetar las exigencias del tráfico viario.

Esa especial importancia otorgada a las exigencias del tráfico viario se aprecia con gran claridad en los casos de preferencia de paso. En estos casos, se seguía manteniendo el principio defendido por el *Reichsgericht* en el sentido de que quien goza de preferencia de paso no necesita contar con que los otros conductores lesionen su derecho de preferencia, y ello incluso reconociendo que muchos accidentes se producen precisamente porque los terceros no respetan la preferencia⁶². Para el *Bundesgerichtshof*, este principio se desprendía del *sentido y la finalidad de las normas de preferencia* que habían sido aprobadas en la segunda mitad de los años veinte, unas normas que, a su juicio, no sólo pretendían prevenir accidentes, sino también asegurar la fluidez del tráfico viario. Según el *Bundesgerichtshof*, se trataba de evitar que cuando el conductor se acercase a un cruce con poca visibilidad, se viera obligado a reducir en exceso la velocidad, pues en caso contrario, dado que estos cruces eran cada vez más frecuentes, el derecho de preferencia se vería inutilizado y no se conseguiría la fluidez del tráfico pretendida por la normativa de preferencia⁶³. El *Bundesgerichtshof* llegaba a reconocer de este modo la plena vigencia de un *principio de confianza* en los casos de preferencia de paso⁶⁴. El fundamento del principio de confianza no se buscaba en estos casos en la falta de previsibilidad del comportamiento antirreglamentario del tercero, sino en la propia normativa de preferencia o en la finalidad perseguida por dicha normativa.

En ocasiones, el *Bundesgerichtshof* llegaba además a reconocer la posibilidad de aplicar el principio de confianza aun en casos en los que la conducta antirreglamentaria del tercero no queda fuera del ámbito de la experiencia⁶⁵. El *Bundesgerichtshof* declaraba expresamente que *de no ser así el principio de confianza acabaría perdiendo su significado*. Así lo entendió en un

⁶² BGHSt 7, p. 118 (125).

⁶³ BGHSt 7, p. 118 (124).

⁶⁴ BGHSt 7, p. 118.

⁶⁵ BGHSt 8, p. 200 (203).

caso en el que el acusado, intentando realizar un adelantamiento, había colisionado con otro vehículo que venía en sentido contrario a gran velocidad. Aquí el *Bundesgerichtshof* no se basó ni en la previsibilidad ni en la normativa de preferencia, sino en el *carácter irrazonable de la conducta del otro conductor*⁶⁶.

Iban apareciendo, en definitiva, nuevas formas de fundamentar el principio de confianza, al tiempo que se mantenía la generalización de su ámbito de aplicación dentro del contexto del tráfico viario. Lo importante era reconocer la posibilidad de contar con el comportamiento reglamentario del tercero, salvo que otra cosa se desprendiera de las circunstancias del caso concreto. El principio de confianza se consolidaba así como un principio general del Derecho del tráfico viario⁶⁷.

Debe quedar claro, no obstante, que si bien es cierto que con el tiempo la fundamentación del principio de confianza dejaba de buscarse, al menos expresamente, en el criterio de la previsibilidad⁶⁸, no puede decirse que este criterio desapareciera por completo. Se seguía utilizando para *limitar* el principio de confianza cuando el comportamiento antirreglamentario del tercero resulta previsible en atención a las circunstancias del caso concreto⁶⁹ o es un tipo de comportamiento frecuente en la práctica⁷⁰.

⁶⁶ En este caso el principio de confianza no se define como la posibilidad de contar con una conducta *reglamentaria* del tercero, sino como la posibilidad de contar con una conducta *razonable*, pero en posteriores sentencias se prescinde de esa referencia a la razonabilidad y se vuelve a apelar al carácter reglamentario de la conducta que cabe esperar de los terceros.

⁶⁷ Así lo reconocen expresamente BGHSt, 8, p. 200 (203), 9, p. 92 (93-94); 10, p. 3 (4); 12, p. 81 (83); 13, p. 169 (172-173); 14, p. 201 (210-211); BGH *NJW*, 1961, p. 266.

⁶⁸ Cfr., todavía, no obstante, BGHSt 12, p. 75 (77-78)

⁶⁹ Así, por ejemplo, BGHSt 10, p. 3. En esta sentencia se acepta la vigencia del principio de confianza atendiendo a la propia jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, pero se indica que este principio no rige cuando, como ocurría en ese caso, está presente en la situación del tráfico un elemento que impida entender que la confianza se encuentra plenamente justificada. Si el conductor aprecia un obstáculo en medio de la carretera en una zona urbana muy transitada, debe contar con la posibilidad de que se trate de una persona, pues tal posibilidad no queda fuera de la experiencia de la vida.

⁷⁰ BGHSt 12, p. 81 (83-84); 15, p. 191 (192-193); 16, p. 145 (147-149).

Se produce así una situación de cierta confusión acerca de la posible fundamentación del principio de confianza. Por un lado, no puede decirse que esa fundamentación se encontrase por completo en la previsibilidad, porque si bien es cierto que se hacían distinciones sobre el tipo de conductas antirreglamentarias con las que era necesario contar, se insistía también en declarar la vigencia general de un principio de confianza sobre todo tipo de conductas y se llegaba a aplicar incluso frente a conductas antirreglamentarias que quedaban dentro del ámbito de la experiencia. Por otro lado, tampoco puede decirse que se prescindiera de tal criterio, pues estaba presente no ya sólo a la hora de limitar o precisar el principio de confianza, sino también al apelar a la mayor educación vial en el momento de justificar un cambio de criterio sobre el tipo de conductas antirreglamentarias con las que no es necesario contar.

3.3. La progresiva expansión del ámbito de aplicación del principio de confianza

Las nuevas formas de fundamentar el principio de confianza, basadas sobre todo en la fluidez y demás exigencias del tráfico viario⁷¹, fueron unidas a una progresiva expansión del ámbito de aplicación de este principio⁷². Por una parte, se cambiaba de opinión con respecto al tipo de conductas antirreglamentarias con las que era necesario contar y, por otra parte, se empezaba a aplicar el principio de confianza a nuevas situaciones del tráfico. Así, por ejemplo, en los primeros años cincuenta, el *Bundesgerichtshof* decía que había que contar con la posibilidad de que el conductor que viene de frente conduzca a una velocidad excesiva⁷³ o que deslumbre por la noche por no poner a tiempo sus luces de cruce⁷⁴, mientras que en sentencias posteriores llega a soluciones

⁷¹ Hacen referencia expresamente a las necesidades del tráfico viario: BGHSt 3, 49 (51); 4, p. 47 (50); 7, p. 118 (122); 12, p. 81 (83); 13, p.169 (172-174); 14, p. 201 (210-221).

⁷² De hecho, tomando como referencia la previsibilidad sólo podría justificarse un cambio de opinión respecto a las conductas antirreglamentarias con las que es necesario contar apelando a la mayor educación vial, que sólo aparece expresamente mencionada en las sentencias BGHSt 13, p. 169 (172-176); 14, p. 201 (210-211) e, implícitamente, en BGHSt 12, p. 81 (83-84), que dice que «ya no es tan frecuente» que los conductores no pongan a tiempo las luces de cruce.

⁷³ BGHSt 3, p. 54 (59-61); 3, p. 157 (160).

⁷⁴ BGHSt 1, p. 309 (312).

completamente distintas⁷⁵. Paralelamente, aparecen sentencias en las que se aplica el principio de confianza en una gran cantidad de nuevos supuestos: se permite confiar, por ejemplo, en que el conductor que va a ser adelantado no gire a la izquierda sin haberlo señalado previamente⁷⁶, en que los peatones que salen de un autobús no crucen la calle sin haberse cerciorado de que la vía está libre de peligros⁷⁷, en que los peatones no crucen la calle de manera descuidada en zonas con suficiente visibilidad⁷⁸ o en que, en general, ningún participante del tráfico obstaculice el camino mediante infracciones de carácter grave⁷⁹. El ámbito de aplicación del principio de confianza se iba extendiendo, en definitiva, de manera progresiva.

Esta progresión se aprecia muy claramente, por ejemplo, en los sucesivos cambios de opinión protagonizados por el *Bundesgerichtshof* con respecto a las medidas que debe adoptar el conductor que desea girar a la izquierda. Con el tiempo se van reduciendo esas medidas y se va admitiendo la posibilidad de contar con un comportamiento responsable de los conductores que vienen por detrás. En las declaraciones del *Bundesgerichtshof* realizadas a este respecto se refleja, por otra parte, la importancia que tuvo el criterio de las exigencias del tráfico viario para ampliar el ámbito de aplicación del principio de confianza.

El punto de partida puede encontrarse en una sentencia de 1955⁸⁰ en la que el *Bundesgerichtshof* manifestaba que cuando un conductor desea girar a la izquierda para introducirse en un inmueble, no basta con que se coloque en medio de la calle e indique su cambio de dirección, sino que debe esperar en la derecha hasta poder realizar el giro sin poner en peligro a los demás participantes del tráfico. Se establecían así diferencias con respecto al giro a la izquierda realizado en un cruce,

⁷⁵ Cfr., respectivamente, BGHSt 8, p. 200 (203); 12, p. 81 (82).

⁷⁶ BGH NJW, 1952, p. 35 (36); BGHSt 4, p. 182; 4, p. 188 (191); 12, p. 162 (164-165).

⁷⁷ BGHSt 13, p. 169 (172-173).

⁷⁸ BGHSt 15, p. 191 (193-194).

⁷⁹ BGHSt 16, p. 145 (147).

⁸⁰ BGHSt 8, p. 285.

donde sí era suficiente colocarse en medio de la calle e indicar el cambio de dirección. Según la sentencia citada, en caso de giro a la izquierda para introducirse en un inmueble, ese cuidado no resulta suficiente porque no siempre queda clara la intención del conductor. Se imponía así un deber de colocarse a la derecha y controlar constantemente el tráfico que viene por detrás. Sin embargo, en una sentencia posterior de 1958⁸¹, el *Bundesgerichtshof* rechaza expresamente ese criterio y entiende que en estos casos de giro a la izquierda para entrar en un inmueble deben seguirse los mismos criterios que en los casos de giro a la izquierda que se realizan en un cruce. De esta forma, el *Bundesgerichtshof* negaba que el conductor que, deseando girar a la izquierda, se hubiera colocado en medio de la calle y hubiera señalado su dirección, estuviese obligado a observar en todo momento el tráfico que viene por detrás. El conductor cumpliría su deber realizando esas maniobras y prestando atención únicamente al tráfico que tiene delante. En otra sentencia se añade, en este mismo sentido, que sólo cuando la situación del tráfico no es suficientemente clara, puede establecerse un deber de comprobar nuevamente el tráfico que viene por detrás⁸². Un deber que fuera más allá, advierte el *Bundesgerichtshof*, no puede ser ya sostenido a causa del constante *aumento de las exigencias de rapidez y fluidez del tráfico viario* y del *reconocido desarrollo del principio de confianza*, que encuentra su justificación en la mejora general de la educación vial⁸³. Así pues, según esta línea jurisprudencial, el conductor que quiere girar a la izquierda puede confiar, con carácter general, en que los conductores que van por detrás reconozcan su intención de girar a la izquierda y no lo adelanten de manera antirreglamentaria⁸⁴.

La extensión o ampliación del campo de aplicación del principio de confianza llega a su punto álgido a principios de los años sesenta. Ante esa situación, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, empiezan a surgir voces que abogan por una restricción del principio de confianza. El propio

⁸¹ BGHSt 11, p. 296. Cfr. también, en sentido parecido, BGHSt 11, p. 357; 12, p. 21.

⁸² BGHSt 14, p. 201 (209).

⁸³ BGHSt 14, p. 201 (210-211). Sin cursiva en el original.

⁸⁴ BGHSt 15, p. 178 (181-183).

Bundesgerichtshof decide poner en duda las bases en las que se venía apoyando dicho principio y la doctrina intensifica el debate sobre la relación entre la *fluidez* y la *seguridad* del tráfico viario.

4. Primeras críticas y restricciones al principio de confianza: el principio de conducción defensiva

Aunque durante los años cincuenta del pasado siglo XX se dictaron algunas sentencias que limitaban el alcance del principio de confianza o negaban su aplicación en el caso concreto, es a principios de los años sesenta cuando el *Bundesgerichtshof* empieza a advertir del riesgo que encierra una excesiva expansión del ámbito de aplicación de este principio. A partir de ese momento, el *Bundesgerichtshof* critica el fundamento basado en la fluidez y demás exigencias del tráfico viario destacando la mayor importancia que tienen la vida y la seguridad de las personas que participan en el mismo.

Una de las primeras sentencias que se manifiesta en este sentido es la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 1 de julio de 1961⁸⁵. En esta sentencia se establece el deber del conductor de conducir por la noche a una velocidad que le permita detenerse dentro del campo de visión. Se le reconoce al conductor, con carácter general, la posibilidad de confiar en que los peatones no se pongan de repente en medio de la carretera o en que el resto de los participantes del tráfico no le obstaculicen su camino mediante infracciones de carácter grave, pero a continuación se llama la atención sobre la posibilidad de que el conductor encuentre obstáculos debido a otra serie de circunstancias como, por ejemplo, los fallos mecánicos producidos en los otros vehículos⁸⁶. Después de indicar que estas situaciones no son tan infrecuentes como para que el conductor no tenga que contar con ellas, el *Bundesgerichtshof* afirma que ese deber del conductor resulta imprescindible porque *la vida humana es algo*

⁸⁵ BGHSt 16, p. 145 (149-150).

⁸⁶ Se ha dicho, con razón, que esta sentencia en realidad no implica una limitación del principio de confianza porque las salvedades que introduce no se refieren propiamente a los comportamientos antirreglamentarios de los terceros (KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 78-80), pero en todo caso mantiene su interés por la importancia otorgada a la seguridad del tráfico.

inviolable y su protección es la principal tarea de la comunidad jurídica. Desde ese punto de vista, se critica la importancia dada a la rapidez y fluidez del tráfico viario por entender que, en atención a los principios propios del estado de necesidad, no puede decirse que sea algo comparable con la vida humana.

Otra sentencia importante en la que se cuestiona la expansión del principio de confianza es la sentencia de 20 de julio de 1966⁸⁷. Esta sentencia viene a reaccionar contra aquella expansión producida concretamente en el contexto de los deberes del conductor que desea girar a la izquierda. Después de aceptar en estos casos el cambio producido con respecto al deber de ubicarse en el medio de la calle e indicar la dirección deseada, el *Bundesgerichtshof* restablece el deber añadido de mirar nuevamente a la izquierda para controlar el tráfico que viene por detrás. Se produce así un rechazo expreso de las tesis mantenidas anteriormente y se justifican los nuevos planteamientos mediante una crítica a la creciente expansión que estaba experimentando el principio de confianza. El *Bundesgerichtshof* recuerda que las tesis anteriores se habían basado en la rapidez y fluidez del tráfico viario, dando a entender que un deber general de mirar a la izquierda inmediatamente antes de girar supondría una negación del desarrollo del principio de confianza que se estaba reconociendo en otros ámbitos del tráfico. Igualmente, pone en duda la mayor educación vial en la que, en esos casos, se fundamentaba también el principio de confianza y destaca la frecuencia con la que se producen los adelantamientos por la izquierda en este tipo de situaciones. Dada la frecuencia con la que se realizan esos adelantamientos y dado el gran número de accidentes que se producen a partir de los mismos, entiende el *Bundesgerichtshof* que es necesario restablecer el deber de mirar a la izquierda antes de girar, pues *la rapidez y fluidez del tráfico encuentran sus límites ante la vida y la seguridad de las personas*, tal y como había señalado la sentencia de 1 de julio de 1961.

⁸⁷ BGHSt 21, p. 91 (95-100).

Algunos autores vieron en estas sentencias si no un abandono del principio de confianza, sí al menos una expresa oposición a su progresiva ampliación⁸⁸. Ya a principios de los años sesenta, algunos miembros del *Bundesgerichtshof* se habían desmarcado de esa línea expansionista que se apreciaba en las últimas sentencias y habían manifestado su deseo de limitar la aplicación del principio de confianza tomando como referencia la seguridad del tráfico⁸⁹. Las consideraciones de estos miembros del *Bundesgerichtshof* fueron tenidas en cuenta en el proyecto de ordenanza del tráfico viario (StVO) de 1963⁹⁰, en el que se criticaba igualmente la expansión del principio de confianza que venía propiciando la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*⁹¹. Este proyecto de 1963 llama la atención sobre la poca claridad que caracterizaba al ámbito de aplicación del principio de confianza y se muestra favorable a una interpretación restrictiva del mismo, al tiempo que advierte de los peligros de su expresa regulación. Señala, en este sentido, que el explícito reconocimiento del principio de confianza en la ordenanza del tráfico tendría graves consecuencias desde el punto de vista psicológico porque los participantes del tráfico podrían ver en ello un cierto relajamiento de sus deberes de atención. Aclara, sin embargo, que su intención no es negar la vigencia de dicho principio, sino sólo limitar su ámbito de aplicación. Se trata, en definitiva, de imponer conductas cuidadosas y establecer, con carácter general, una especie de *principio de conducción defensiva (defensives Fahren)* como el que existía en los Estados Unidos de América⁹².

Esa idea de «conducción defensiva» había sido apuntada originariamente por WIMMER para limitar el principio de confianza y reivindicar una mayor seguridad del tráfico viario⁹³. Partiendo de una comparación entre el Derecho del tráfico alemán y el estadounidense, WIMMER había llegado a la conclusión de que

⁸⁸ MARTIN, *DAR*, 1964, p. 305; SANDERS, *DAR*, 1969, pp. 9-11; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 75-77 y 85-89.

⁸⁹ Véanse las referencias en KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 83-85.

⁹⁰ *DAR*, 1963, pp. 29 y ss.

⁹¹ El proyecto pone como ejemplo de esa extensión, precisamente, la limitación de los deberes de cuidado establecida a los conductores que desean girar a la izquierda. Cfr. *DAR*, 1963, p. 48.

⁹² *DAR*, 1963, p. 48.

⁹³ *DAR*, 1961, pp. 3 y ss.

el principio de confianza era un principio típicamente alemán que resultaba desconocido en Estados Unidos. En Estados Unidos, decía WIMMER, no se entendía que en Alemania pudiera ser absuelto el conductor que atropella a un peatón por el mero hecho de que el peatón hubiera cruzado imprudentemente la carretera. En ese país, a su juicio, se le exigía al conductor un mayor cuidado porque regía un mandato de conducción defensiva⁹⁴. Para WIMMER, era necesario importar ese mandato de conducción defensiva porque recogía un importante conjunto de pautas destinadas a reducir el número de accidentes, unas pautas que debían estar presentes tanto a la hora de legislar en materia de tráfico, como a la hora de orientar la actuación de los conductores y determinar el alcance de sus deberes de cuidado⁹⁵. Dichas pautas se podían reflejar en diferentes tipos de deberes que irían desde el estricto cumplimiento de la normativa de tráfico, hasta la adopción de medidas relacionadas con el buen estado de los vehículos⁹⁶. En lo que aquí importa, destacaba también WIMMER la necesidad de apelar al principio de conducción defensiva para limitar el ámbito de aplicación del principio de confianza. Según WIMMER, una buena manera de reducir el número de accidentes es obligar a los conductores a evitar los posibles accidentes producidos por los descuidos de los demás participantes del tráfico. En determinadas circunstancias, decía WIMMER, los conductores deben dejar de apelar al principio de confianza y a su derecho de preferencia no tanto para aumentar los derechos de los terceros como para garantizar su seguridad⁹⁷. El principio de confianza, en este sentido, sólo debería ser aplicado dentro de los límites marcados por su propia finalidad, es decir, solamente cuando en caso contrario el tráfico moderno corriera el riesgo de desaparecer o hacerse insoportable⁹⁸. Ello implicaba, a juicio de WIMMER, una aplicación restrictiva del principio de confianza contraria a la tendencia jurisprudencial existente hasta ese momento⁹⁹.

⁹⁴ *DAR*, 1961, p. 3.

⁹⁵ *DAR*, 1964, pp. 38-39.

⁹⁶ *DAR*, 1964, pp. 38-39.

⁹⁷ *DAR*, 1961, p. 4.

⁹⁸ *DAR*, 1963, p. 374; *IDEM*, *DAR*, 1964, p. 40.

⁹⁹ *DAR*, 1964, p. 40.

Por otra parte, del criterio de conducción defensiva se podían deducir también, según WIMMER, dos ideas igualmente importantes para garantizar la seguridad del tráfico viario. Una se refiere al deber de abstención por parte del conductor en *situaciones del tráfico poco claras* y otra a los casos de *doble aseguramiento*¹⁰⁰. En el primer caso, se hace referencia al deber del conductor de renunciar a su derecho de preferencia en situaciones susceptibles de producir confusión en los distintos participantes del tráfico, lo cual era algo que, en realidad, ya venía admitiendo la jurisprudencia a la hora de limitar la aplicación del principio de confianza en función de las circunstancias del caso concreto. En el segundo caso, se alude a aquellas maniobras del tráfico especialmente peligrosas que obligan a quien tiene preferencia a observar un especial cuidado en atención a la posible actuación de quien debe respetar esa preferencia, lo que significa, según WIMMER, que ninguno de los dos conductores tiene la posibilidad de confiar en el comportamiento cuidadoso del tercero¹⁰¹.

De las consideraciones realizadas por WIMMER y por el propio proyecto de 1963, parece deducirse, sin embargo, que la intención no era negar la vigencia del principio de confianza, sino únicamente proponer una interpretación restrictiva del mismo con objeto de garantizar la seguridad del tráfico. Aun así, algunos autores quisieron matizar el alcance del principio de conducción defensiva para evitar que acabara identificándose con un principio general de desconfianza. Entre los autores que se mostraron reticentes con ese criterio o principio de conducción defensiva se encontraba incluso Ludwig MARTIN, uno de los magistrados del *Bundesgerichtshof* que se había manifestado en contra de la progresiva ampliación del ámbito de aplicación del principio de confianza¹⁰². Este autor llamaba la atención sobre el carácter excesivamente abstracto de la idea de conducción defensiva, una idea que, a su juicio, constituía más una especie de eslogan relacionado con un general deber de cuidado que un concreto principio sobre el modo de conducción. En su opinión, ni el proyecto de 1963 ni el propio WIMMER habían conseguido fundamentar correctamente ese deber de conducción defensiva.

¹⁰⁰ DAR, 1964, pp. 41-42.

¹⁰¹ DAR, 1964, p. 42.

¹⁰² En especial DAR, 1964, pp. 299 y ss.

Si se identificaba únicamente con una forma de conducción cuidadosa ajustada a las circunstancias del tráfico y tendente a evitar la producción de accidentes, no podía decirse que se tratara de algo nuevo. Si, por otra parte, servía sólo para recortar el ámbito de aplicación del principio de confianza, debía tenerse en cuenta que tampoco la jurisprudencia había adjudicado a dicho principio un carácter ilimitado. Se podía discutir en qué medida debía ser limitado el principio de confianza, pero en ningún caso podía dejar de verse este principio como una figura irrenunciable del Derecho del tráfico¹⁰³. La conducción defensiva, según MARTIN, parecía reivindicar una obligación de adaptarse a las infracciones de los demás participantes del tráfico, y, en esa medida, amenazaba con presentarse como una forma de conducción basada en la desconfianza¹⁰⁴. Lo importante, por tanto, era dejar claro que la idea de conducción defensiva debía renunciar a una supresión del principio de confianza y conformarse con pretender su limitación en determinadas situaciones del tráfico¹⁰⁵.

En todo caso, con independencia de lo acertado que pudiera resultar tomar como referencia esa idea de conducción defensiva, lo cierto es que en el fondo latía una preocupación por garantizar la seguridad del tráfico y limitar el alcance del principio de confianza. En los años sesenta, a medida que aumentaba el número de accidentes de tráfico, se iba haciendo más intenso el debate sobre la tensión existente entre la *seguridad* y la *fluidez* del tráfico viario. Existía la impresión de que la seguridad había ido cediendo terreno en interés de la fluidez del tráfico y de que, en general, faltaba la necesaria toma en consideración recíproca de los distintos participantes del tráfico¹⁰⁶. Naturalmente, esa preocupación terminó manifestándose en la determinación del deber de cuidado y en la valoración del principio de confianza. Desde un primer momento, el

¹⁰³ DAR, 1964, pp. 301-305.

¹⁰⁴ De hecho, WIMMER (DAR, 1963, p. 369), cuando hace referencia al deber de toma de consideración recíproca recogido en el § 1 StVO, reconoce que le gustaría pensar que en ese deber se incluye la consideración de los posibles errores de los demás participantes del tráfico.

¹⁰⁵ MARTIN, DAR, 1964, pp. 305-306. Posteriormente, WIMMER (DAR, 1965, pp. 172-173, n. 4) acepta esa matización y dice que Martin le había malinterpretado, pero lo cierto es que, al enumerar los distintos aspectos que conforman la idea de conducción defensiva, hace mención expresamente al principio de desconfianza (pp. 170-171).

¹⁰⁶ Así lo advierte, por ejemplo, el proyecto de StVO de 1963 (DAR, 1963, p. 48).

principio de confianza había ido unido al desarrollo del tráfico viario y a la asunción de determinadas prácticas peligrosas dentro del mismo. La fluidez y demás necesidades del tráfico eran aducidas en numerosas ocasiones para defender la facultad de no tener con contar con la conducta antirreglamentaria de los demás participantes del tráfico. Ello implicaba reducir los deberes de cuidado y, en consecuencia, exponer la vida y la integridad de las personas a un mayor grado de peligro. De este modo, el debate sobre la seguridad del tráfico se acababa centrando en gran medida en la naturaleza y alcance del principio de confianza.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que ni la jurisprudencia ni la doctrina abogaron nunca por un reconocimiento ilimitado del principio de confianza. De hecho, eran muchas los casos en los que se le imponían limitaciones¹⁰⁷: cuando según las circunstancias concretas se pudiera apreciar el inminente comportamiento irresponsable del tercero, cuando debido a las condiciones del tercero cabía esperar una conducta descuidada, cuando se trataba de conductas antirreglamentarias especialmente frecuentes o, incluso, cuando el propio sujeto que quería apelar al principio de confianza se había comportado de manera antirreglamentaria. Así lo declaraba una y otra vez la jurisprudencia y así lo reconocían también los primeros autores que se dedicaron a estudiar el principio de confianza¹⁰⁸. Los defensores de este principio rara vez negaban esas limitaciones¹⁰⁹, y los autores preocupados por la seguridad del tráfico aceptaban también la necesidad de reconocer este principio en determinadas circunstancias¹¹⁰, por lo que la discusión sobre la relación entre el principio de confianza y la seguridad del tráfico viario se planteaba realmente como una discusión sobre el alcance y los límites de este principio. Con respecto a la

¹⁰⁷ Sobre estas limitaciones impuestas a la posibilidad de confiar, cfr. *infra* cap. 2, ap. II.

¹⁰⁸ Cfr., por todos, MARTIN, *DAR*, 1953, pp. 164 y ss., IDEM, *DAR*, 1964, p. 300, con más referencias.

¹⁰⁹ Cfr., sin embargo, GÜLDE, *DAR*, 1951, p. 161, quien tiende a un reconocimiento ilimitado al fundamentar el principio de confianza en una idea de justicia material según la cual quien se comporta de manera cuidadosa debe poder esperar que los otros también lo hagan.

¹¹⁰ Se muestra, sin embargo, totalmente contrario al principio de confianza CLAUB, *JR*, 1964, pp. 207-209. Este autor, después de criticar la expresión «confiar» por al alto grado de peligro que encierran estas situaciones, señala que con ello se reduce el deber de cuidado incluso en los casos en los que ese deber resulta razonable, y que cuando realmente no se exige un especial cuidado no es necesario acudir a ningún principio de confianza.

existencia y vigencia del principio de confianza existía, en cambio, un cierto acuerdo entre la doctrina. Se admitía el hecho de que el principio de confianza estaba necesariamente sometido a la constante tensión entre seguridad y fluidez del tráfico¹¹¹, pero se reconocía que la concreta configuración jurisprudencial de este principio había reflejado siempre esa relación de tensión¹¹². Lo que se discutía, básicamente, era si resultaba suficiente el grado de seguridad garantizado por la nueva jurisprudencia, pues algunos autores afirmaban que con la expansión experimentada en los años cincuenta se habían reducido los niveles de seguridad¹¹³.

Los autores que defendieron la necesidad de limitar el principio de confianza con objeto de aumentar la seguridad del tráfico no explicaron, sin embargo, de qué forma debía llevarse a cabo esa limitación. No proponían un nuevo criterio de limitación distinto a los que ya reconocía la jurisprudencia con carácter general, sino que simplemente criticaban la aplicación del principio de confianza en situaciones concretas o aplaudían las últimas sentencias del *Bundesgerichtshof* que limitaban el alcance de este principio también en situaciones concretas¹¹⁴. Sus consideraciones se dedicaban por lo demás a advertir de los riesgos que llevaba consigo el principio de confianza y a proponer una aplicación cuidadosa del mismo. Se insistía, sobre todo, en el hecho de que la experiencia demostraba que no podían ser descartadas las conductas antirreglamentarias y descuidadas de los distintos participantes del tráfico, de

¹¹¹ Reconocía así KLEINWEFERS (*VersR*, 1963, p. 202) que cuanto más amplio fuera el ámbito del principio de confianza, tanto más fluido sería el tráfico pero también tanto más inseguro. Cfr., también, SANDERS, *DAR*, 1969, p. 8.

¹¹² KLEINWEFERS, *VersR*, 1963, p. 202; SANDERS, *DAR*, 1969, p. 8. Incluso existen sentencias en las que no sólo se refleja esa preocupación por la seguridad del tráfico, sino que también se apela a ella para justificar la vigencia del principio de confianza. Cfr., en este sentido, claramente, BGHSt 7, p. 118 (124-125). Cfr., también, BGHSt 4, p. 47 (50). Lo destaca asimismo KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 108-111, con más referencias jurisprudenciales. Según este autor, es necesario por ello distinguir entre la fluidez del tráfico que está relacionada con la seguridad y la que simplemente es entendida como mayor velocidad.

¹¹³ MARTIN, *DAR*, 1963, p. 117; IDEM., *DAR*, 1964, p. 305; WIMMER, *DAR*, 1964, p. 40; SANDERS, *DAR*, 1969, p. 8, si bien este último autor reconoce que después de la sentencia de 1 de julio de 1961 (BGHSt 16, p. 145) la seguridad había conseguido imponerse a la fluidez del tráfico gracias al esfuerzo realizado por la jurisprudencia para establecer un equilibrio entre ambas exigencias.

¹¹⁴ Cfr., MARTIN, *DAR*, 1964, p. 305; SANDERS, *DAR*, 1969, pp. 9-12, quienes valoran positivamente las sentencias de 1 de julio de 1961 (BGHSt 16, p. 145) y de 20 de julio de 1966 (BGHSt 21, p. 91).

manera que si el conductor estuviera dispensado del cuidado de los terceros, la vida y la salud de las personas se verían necesariamente sometidas a un mayor grado de peligro¹¹⁵. Se añadía, en este mismo sentido, que el principio de confianza no podía estar basado en un mero deseo, sino que tenía que ajustarse a la realidad para comprender que hay infracciones del tráfico que, a pesar de su denuncia pública, se producen de manera constante¹¹⁶.

En esos mismos años sesenta, sin embargo, había también autores que no se manifestaban en contra de esa concreta aplicación jurisprudencial del principio de confianza y que siguieron destacando la importancia de este principio¹¹⁷, llegando a definirlo como un pilar básico del Derecho del tráfico viario¹¹⁸. Algunos entendían que la idea de seguridad ya había sido tenida en cuenta por la jurisprudencia al establecer los límites del principio de confianza¹¹⁹, mientras que otros simplemente consideraban que la preocupación por la seguridad no podía conducir en ningún caso a un cuestionamiento de este principio¹²⁰. Criticaban, por ello, las tesis de WIMMER relativas a la conducción defensiva y advertían del riesgo que podía suponer para el tráfico viario la renuncia al principio de confianza¹²¹.

¹¹⁵ Así MARTIN, *DAR*, 1953, p.164; WIMMER, *DAR*, 1964, p. 41; SANDERS, *DAR*, 1969, p. 11, poniendo en duda la mayor educación vial a la que suele apelar en estos casos el *Bundesgerichtshof*.

¹¹⁶ WIMMER, *DAR*, 1964, p. 41.

¹¹⁷ Cabría incluir aquí también a MARTIN (*DAR*, 1964, pp. 301-306), quien aun habiendo advertido de los riesgos que implicaba una excesiva extensión del principio de confianza, definía este principio como un fundamento imprescindible del tráfico cuyas limitaciones ya venían reconociéndose desde hacía tiempo.

¹¹⁸ KLEINWEFERS, *VersR*, 1963, p. 201. Por su parte, BÖHMER (*JR*, 1967, p. 291) afirma que se trata de un principio no discutido del Derecho del tráfico que goza de un general reconocimiento.

¹¹⁹ KLEINWEFERS, *VersR*, 1963, p. 202; MÖHL, *DAR*, 1964, p. 6; y, en cierta medida, también MARTIN, *DAR*, 1964, pp. 303-305. BÖHMER (*JR*, 1967, p. 292) criticaba incluso las sentencias que habían limitado el principio de confianza apelando a la mayor seguridad del tráfico y consideraba que finalmente la jurisprudencia había comprendido que, aun siendo importante la seguridad, es necesario el principio de confianza para que resulte posible el tráfico viario.

¹²⁰ BAUMANN, *DAR*, 1966, p. 32; BÖHMER, *JR*, 1967, pp. 291-292.

¹²¹ Se entendía que podía implicar un deber de omitir conductas peligrosas o, cuando menos, generar un cierto temor a la hora de ejercitar el derecho de preferencia, lo que supondría, en todo caso, el desmoronamiento del tráfico de masas. Cfr., en este sentido, BAUMANN, *DAR*, 1966, p. 32; CRAMER, *Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, n.m. 12.

5. Posible anclaje jurídico-positivo del principio de confianza

Al principio de confianza se le intentó dar un anclaje jurídico-positivo en la normativa de tráfico. Ese anclaje, sin embargo, ni fue siempre el mismo, ni fue siempre destacado con la misma intensidad. Unas veces se buscaba en una normativa concreta del tráfico como la normativa de preferencia y otras veces se buscaba en un criterio o principio de carácter general, para lo que se acudía a diferentes preceptos de la normativa de tráfico. En cualquier caso, lo cierto es que, a diferencia de lo que había terminado ocurriendo en otros ordenamientos, en el ordenamiento alemán el principio de confianza no aparecía expresamente regulado¹²².

Ciertamente, si el fundamento se busca en el sentido y la finalidad de las propias normas reguladoras del tráfico, ese anclaje jurídico-positivo se podría encontrar también en esas normas¹²³, pero tanto la jurisprudencia como la doctrina intentaron buscar ese fundamento en un único precepto de la normativa del tráfico. Como se ha visto, en los años treinta del pasado siglo XX, un sector jurisprudencial quiso deducir el principio de confianza de la idea de comunidad del tráfico que recogía el § 25 de la RStVO de 1935, según el cual «todo participante en el tráfico debe comportarse de manera que no dañe a ningún otro o no lo estorbe o moleste más de lo que sea inevitable según las circunstancias». Incluso el *Reichsgericht* llegó a sostener en alguna sentencia que ese parágrafo establecía el deber de los distintos participantes del tráfico de comportarse conforme a los requisitos o necesidades del tráfico y que, consecuentemente, debía entenderse que los demás participantes podían confiar, por su parte, en el

¹²² En Austria, por ejemplo, se terminó reconociendo expresamente en el § 3 StVO de 1960: «Todo usuario de la vía pública puede confiar que las otras personas observen las normas jurídicas relativas a la utilización de la vía, salvo que reconozca que se trata de niños, ciegos, sordos, personas con bastón blanco o brazalete amarillo, claramente impedidos o débiles o personas de cuya manifiesta actitud se deba deducir que son incapaces de valorar los peligros del tráfico y comportarse conforme a los mismos». Cfr., a este respectivo, en sentido crítico, CLAUB, *JR*, 1964, p. 207.

¹²³ Cfr., en este sentido, CRAMER, *Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, n.m. 41, quien entiende que el principio de confianza se desprende de las normas de conducta recogidas en los §§ 2 y ss. StVO.

cumplimiento de ese deber¹²⁴. Tras la aprobación de la StVO de 1937, ese deber frente a los terceros pasaba a recogerse en el § 1.2, que reproducía exactamente la redacción del anterior § 25 RStVO¹²⁵. Por otra parte, el proyecto de StVO de 1963 explicaba que si bien seguía con la tradición de no reconocer expresamente el principio de confianza en la ordenanza del tráfico, ello no significaba que tal principio no quedara recogido en el proyecto, pues su vigencia se desprendía del § 10 E, en el que se decía que no es posible confiar en la renuncia a la preferencia. Según el proyecto de StVO, tal precepto carecería de sentido si no partiese de la existencia de un principio de confianza¹²⁶. Un precepto parecido a ese § 10 E, previsto en el proyecto de 1963, aparece también en la StVO aprobada en 1970. El § 11.2 de la ordenanza de 1970 señala que «también quien puede continuar su marcha según las reglas del tráfico o tiene preferencia de algún otro modo debe renunciar a ello si la situación del tráfico así lo exige; el tercero sólo puede confiar en una renuncia cuando se ha puesto de acuerdo con quien renuncia». La jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* no llegó a mencionar expresamente ninguno de estos preceptos de la ordenanza del tráfico, pero la doctrina reconoció su relación con el principio de confianza: por un lado, se afirmaba que el principio de confianza se desprendía del § 1 StVO¹²⁷ (que reproducía el § 25 RStVO de 1934) y, por otro lado, se entendía que el § 11.2 StVO implicaba un implícito reconocimiento de dicho principio, pues, como había indicado el proyecto de 1963, ese último inciso no tendría sentido si no estuviera vigente el principio de confianza; había que interpretarlo, por tanto, como una excepción a la regla general¹²⁸.

¹²⁴ RG JW, 1936, p. 454.

¹²⁵ En el apartado 1 de ese § 1 StVO se dice, además, que «la participación en el tráfico viario requiere una atención constante y una recíproca toma en consideración».

¹²⁶ DAR, 1964, p. 48.

¹²⁷ MÖHL, DAR, 1964, p. 6; IDEM, DAR, 1975, p. 62; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 20-21, destacando ambos, no obstante, la relación entre los §§ 1 y 11.2 StVO.

¹²⁸ CRAMER, *Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, n.m. 13; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 19-20.

Hay que insistir, sin embargo, en que el principio de confianza no contaba con un expreso reconocimiento en el Derecho positivo¹²⁹. En cualquier caso, tampoco era reconocido un principio opuesto de conducción defensiva, con independencia de que en ocasiones se intentara deducir también del § 1 StVO¹³⁰. Ciertamente, del deber de no molestar a los otros participantes del tráfico y prestarles una constante atención podría desprenderse una especie de principio de conducción defensiva, pero ello significaría desconocer la génesis histórica de ese precepto y su inicial relación con el principio de confianza¹³¹. Por esa razón, parece más acertado pensar que tal precepto permite ambas interpretaciones y que lo decisivo es indagar sobre el fundamento y el alcance del principio de confianza. Sólo así se podrá determinar la relación existente entre este principio de confianza y un principio, aparentemente opuesto, de conducción defensiva¹³².

6. Valoración

En Alemania, el principio de confianza es un principio creado y desarrollado por la jurisprudencia para determinar la responsabilidad jurídico-penal en el contexto del tráfico viario. Con independencia de cuál sea el concreto anclaje jurídico-positivo que pueda tener la existencia de este principio, lo cierto es que la jurisprudencia alemana se ha encargado de ir consolidándolo. El debate jurisprudencial y doctrinal que tuvo lugar a mediados de los años sesenta del siglo XX sobre el principio de confianza y su relación con el principio de conducción

¹²⁹ El proyecto de 1963 (*DAR*, 1964, p. 48) había explicado que ello hubiera tenido efectos psicológicos negativos porque podría verse como una invitación al relajamiento de los deberes de cuidado. Así, también, *CLAUB, JR*, 1964, p. 209. En cambio, *BAUMANN (DAR*, 1966, p. 32) entiende que la razón por la que no tendría sentido la regulación expresa es que se trata de un principio que rige en todos los ámbitos jurídicos, pues también en el Derecho privado se puede confiar en la validez de los preceptos y en el cumplimiento de los mismos por parte de los terceros. En la actualidad sigue sin existir ese reconocimiento expreso del principio de confianza, pero hay quien entiende que, en cierta medida, podría desprenderse *sensu contrario* del § 3. II a StVO de 2004, que establece que el conductor debe reducir la marcha ante la presencia de niños, ancianos o personas con discapacidad para evitar el peligro que pueda derivarse de su conducta. Cfr., en este sentido, *CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, S/S*²⁶, § 15, n. m. 213.

¹³⁰ *WIMMER, DAR*, 1963, pp. 369-370; *CRAMER, Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, n. m. 8; quien, no obstante, entiende que ese principio de conducción defensiva no puede desplazar al principio de confianza vigente para cada norma de tráfico.

¹³¹ *KIRSCHBAUM, Vertrauensschutz*, pp. 20-21.

¹³² Cfr., en este mismo sentido, *KIRSCHBAUM, Vertrauensschutz*, p. 40.

defensiva no supuso un rechazo del principio de confianza o una vuelta a los iniciales criterios de solución basados en la desconfianza, sino que acabó convirtiéndose en una especie de llamada de atención sobre la necesidad de precisar el alcance de un principio confianza, cuya vigencia, de hecho, iba a seguir reconociéndose en años posteriores¹³³. Aunque en los últimos años el número de sentencias alemanas que hacen referencia expresamente al principio de confianza es bastante menor, su existencia se sigue admitiendo implícitamente mostrando el interés en precisar los criterios con los que limitar su aplicación¹³⁴. Actualmente, la mayor parte de la doctrina alemana considera acreditado que en el ámbito del tráfico viario se encuentra claramente vigente el principio de confianza desarrollado por la jurisprudencia a mediados del siglo pasado¹³⁵.

Este principio, de acuerdo con la definición dada por la propia jurisprudencia, dispone que «el participante que cumple con las reglas del tráfico puede confiar en que los demás participantes se comporten de manera reglamentaria, siempre que no se desprenda otra cosa de las circunstancias del caso concreto»¹³⁶. En atención a la aplicación concreta dada a este principio, hay que entender que dentro de las limitaciones al principio de confianza basadas en las circunstancias del caso concreto, se incluyen tanto las que se derivan de la

¹³³ Cfr., por ejemplo, BGH *NJW*, 1968, p. 153; BayObLG *NJW*, 1978, p. 1401.

¹³⁴ Como ha señalado BÖHMER (*JZ*, 1975, p. 169), el principio de confianza poco a poco se había ido haciendo tan evidente que las resoluciones al respecto rara vez eran publicadas; sólo jugaban un papel importante las resoluciones que se dictaban para establecer restricciones cuando, por ejemplo, los terceros son niños pequeños. Entre las sentencias más recientes que admiten, con carácter general, la vigencia del principio de confianza en el ámbito del tráfico viario, cfr., por ejemplo, BGH *NJW*, 2003, p. 1929.

¹³⁵ Cfr., por ejemplo, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 149; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 581-582; ROXIN, *AT*³, 24/21; STRATENWERTH, *AT*⁴, 15/67; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 16-18; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 110; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 26; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 1.

¹³⁶ Una definición parecida, incluyendo por primera vez la referencia expresa a la necesidad de que el sujeto que apela a la confianza se haya comportado debidamente, se encuentra en BGHSt 9, p. 92 (93-94): «En el tráfico viario rige el principio de que todo participante que se comporte debidamente puede confiar en que también se comporten así los demás participantes del tráfico, siempre que no haya indicios de una conducta que se desvíe de lo que es ajustado al tráfico». Así, también, BGHSt 10, p. 3 (4): «Como sostiene la jurisprudencia constante del *Bundesgerichtshof*, todo participante del tráfico que se comporte conforme a las reglas del tráfico puede confiar en que los demás participantes del tráfico también se comporten correctamente. Esto no vale, sin embargo, cuando en la situación del tráfico haya alguna circunstancia que impida que la confianza se encuentre plenamente justificada». Esa es también la definición general aceptada por la doctrina. Cfr., por todos, KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 18.

propia situación del tráfico, como las que obedecen a las especiales condiciones del tercero o a la especial frecuencia con la que son cometidas determinadas infracciones¹³⁷.

El reconocimiento jurisprudencial de este principio de confianza no ha ido acompañado, sin embargo, de una clara fundamentación teórica. La mayor parte de las sentencias se limitan a admitir la posibilidad de confiar en el comportamiento correcto de los terceros sin explicar los motivos por los que cabe esa posibilidad. En los casos en los que ese reconocimiento se apoya en algún otro criterio o principio general, no se mantiene ninguna coherencia: unas veces se centra la atención en la *previsibilidad*, otras veces en el *sentido de las propias normas reguladoras del tráfico* –como, por ejemplo, las normas de preferencia– y otras veces en las *exigencias o necesidades del tráfico viario*.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1. El deber general del conductor de un vehículo de moderar o detener la marcha ante el riesgo de accidente (art. 17 CCir)

En España, al igual que en Alemania, los primeros años del tráfico motorizado estuvieron marcados por el especial cuidado exigido a los conductores de automóviles y ciclomotores. Desde un principio, las normas aprobadas en materia de circulación impusieron a los conductores la obligación de ser dueños en todo momento del movimiento de sus vehículos, así como de moderar o incluso detener la marcha cuando ello fuera conveniente para la seguridad de las personas. Concretamente, el art. 17 del Código de la Circulación, aprobado por Decreto de 25 de septiembre de 1934, establecía lo siguiente¹³⁸: «Los conductores

¹³⁷ Sobre las distintas limitaciones o excepciones previstas para la aplicación del principio de confianza en éste y otros ámbitos de actuación, cfr. *infra* cap. 2, ap. II.

¹³⁸ Así también, anteriormente, el art. 17 del Reglamento para la circulación de vehículos de motor mecánico por las vías públicas de España, aprobado por Real Decreto de 23 de julio de 1918, y el

de vehículos deben ser dueños en todo momento del movimiento de los mismos y están obligados a moderar la marcha y, si preciso fuera, a detenerla, en donde lo ordene la Autoridad competente, cuando las circunstancias del tráfico, del camino, de la visibilidad o de los propios vehículos, prudencialmente, lo impongan para evitar posibles accidentes o cualquier perjuicio o molestia a los demás usuarios». Seguidamente, ese mismo precepto enumera una serie de situaciones en las que resulta especialmente obligado el cumplimiento de ese deber: aglomeraciones de personas, cruces, estrechamientos, pasos a nivel, cruces con otros vehículos efectuados durante la noche, superficies en malas condiciones, lluvia, niebla, etc.

Las disposiciones administrativas imponían a los conductores otros muchos deberes, pero es a partir de esta especie de deber general como mejor se pueden estudiar los criterios utilizados por el Tribunal Supremo a la hora de determinar la responsabilidad penal de los participantes del tráfico viario.

En numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo tomaba como referencia este especial deber de cuidado que era exigido a los conductores de vehículos a motor y lo ponía en relación con los criterios comúnmente manejados para determinar la responsabilidad por imprudencia. La ambigüedad y generalidad con la que era formulado ese deber de cuidado obligaba al Tribunal Supremo a tener que precisar su alcance proponiendo unos u otros criterios complementarios. Entre esos criterios fueron apareciendo también aquellos criterios referidos propiamente al deber de los conductores frente a los comportamientos antirreglamentarios o imprudentes de los terceros. Sin embargo, tales criterios no se presentaron de manera clara hasta los años sesenta y setenta del pasado siglo. Hasta ese momento, como se expondrá a continuación, la jurisprudencia española en esta materia se caracterizaba por incurrir en un excesivo casuismo y por dar lugar a un buen número de soluciones contradictorias.

2. El criterio de la velocidad excesiva

art. 15 del Reglamento de Circulación urbana e interurbana, aprobado por Real Decreto de 17 de julio de 1928.

En las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en materia de tráfico se ponía de manifiesto la preocupación existente por los peligros que entrañaban los vehículos a motor. Eran muchas las sentencias en las que se condenaba al conductor por los resultados lesivos producidos y en las que se apelaba precisamente a su deber de moderar o detener la marcha ante el riesgo de accidente previsto en el art. 17 CCir. Dado que el conductor tenía un deber de controlar el riesgo y no se establecían, en un primer momento, limitaciones a ese deber general, frecuentemente se le acababa considerando responsable del resultado lesivo producido. Tal responsabilidad podía desprenderse directamente del incumplimiento del deber general, y de esa forma muchas sentencias justificaban su decisión denunciando simplemente la *velocidad excesiva* a la que circulaba el conductor.

A principios del siglo pasado, efectivamente, la mayor parte de las sentencias condenatorias en materia de tráfico viario se basaban exclusivamente en la *velocidad excesiva* del conductor. A partir de ese único criterio se llegaba a condenar por imprudencia en situaciones muy diversas: cuando se atropellaba a alguien que circulaba por delante del conductor en su mismo sentido¹³⁹, cuando se adelantaba a un carro tirado por un pollino y se atropellaba a quien se caía del mismo por el espanto del pollino¹⁴⁰ o cuando se atropellaba a una persona que se había caído del carro que estaba siendo adelantado por chocar el carro con un guardacantón¹⁴¹. En todos estos casos, el Tribunal Supremo condenaba al acusado con motivo de su *velocidad excesiva*¹⁴². Ni se indicaba cuál hubiera sido la velocidad adecuada ni se explicaban las razones por las que la velocidad resultaba ser excesiva. Incluso se llegaba a decir, en ocasiones, que el llevar o no una

¹³⁹ STS 17-3-1930 (RJ 199).

¹⁴⁰ STS 22-5-1930 (RJ 290).

¹⁴¹ STS 27-5-1930 (RJ 301).

¹⁴² Condenan también apelando exclusivamente a la *velocidad excesiva*: SSTS 24-1-1941 (RJ 103), 15-6-1943 (RJ 779), 3-12-1953 (RJ 2970), 24-5-1955 (RJ 1765). Igualmente, se encuentran sentencias en las que se condena únicamente porque el acusado no había sido dueño en todo momento del movimiento del vehículo. Cfr., por ejemplo, STS 3-2-1934 (RJ 504).

velocidad excesiva era una cuestión fáctica que correspondía valorar, únicamente, al tribunal *a quo*¹⁴³.

En otros casos, al determinarse la responsabilidad del conductor en atención a esa velocidad excesiva, sí se hacían consideraciones sobre los motivos por los que tal velocidad resultaba excesiva y se hacía referencia concretamente a las situaciones especiales en las que el propio art. 17 CCir acentuaba ese deber: al introducirse en un cruce¹⁴⁴, al circular por carreteras rodeadas de casas¹⁴⁵, al constatar la presencia de grandes grupos de personas¹⁴⁶, al circular por zonas con falta de visibilidad¹⁴⁷, etc. En estos casos, sin embargo, bastaba con que se diera esa circunstancia para considerar excesiva la velocidad del conductor y condenar por el resultado lesivo producido. Por lo general, era irrelevante el hecho de que se hubiera visto o no al tercero o la forma en la que se hubiera comportado ese tercero. Así, por ejemplo, si al pasar por un cruce o por una carretera con casas a los lados, salía de repente un peatón y el conductor lo atropellaba, se consideraba que la velocidad había sido excesiva y que, por tanto, se había conducido de manera imprudente¹⁴⁸.

Dado el deber general de reducir o detener la marcha ante el riesgo de accidente y dado el gran número de situaciones en las que, según la normativa, se hacía evidente ese deber, la jurisprudencia española mantenía una especie de *deber general de desconfianza* en virtud del cual el conductor tenía que cuidar también de los posibles comportamientos antirreglamentarios o imprudentes de los terceros.

¹⁴³ SSTS 17-3-1930 (RJ 199), 22-5-1930 (RJ 290), 24-1-1941 (RJ 103). Incluso la falta de atención debida llegó a ser definida en alguna ocasión como un elemento fáctico, STS 20-10-1952 (RJ 1769), matizándose poco después en la STS 29-1-1953 (RJ 137), y más claramente en la STS 22-12-1955 (RJ 1956/37).

¹⁴⁴ STS 28-2-1930 (RJ 172).

¹⁴⁵ SSTS 14-6-1932 (RJ 2054), 7-10-1935 (RJ 1763).

¹⁴⁶ STS 7-7-1932 (RJ 2092).

¹⁴⁷ STS 9-7-1941 (RJ 955).

¹⁴⁸ STS 14-6-1932 (RJ 2054).

El Tribunal Supremo matizaba alguna vez ese criterio de la velocidad excesiva llamando la atención sobre su carácter ambiguo y sobre la necesidad de completarlo por medio de otro tipo de consideraciones. Así, por ejemplo, en una sentencia de 1935¹⁴⁹, el Tribunal Supremo absolvía a un conductor que había sido condenado por imprudencia al atropellar a una niña que salió de repente por delante del carro que estaba siendo adelantado. En este caso, el Tribunal Supremo entendió que la sentencia condenatoria no había dado suficientes datos reveladores de la velocidad excesiva que se le imputaba al conductor. En otras ocasiones, el Tribunal Supremo reconocía ciertas excepciones a ese deber general para los casos en los que no se daban las situaciones especiales descritas en el art. 17 CCir¹⁵⁰ o en los que el conductor cumplía otra serie de normas de circulación: si al llegar a un cruce, por ejemplo, el conductor utilizaba las señales acústicas exigidas por el art. 103 CCir, el Tribunal Supremo consideraba que no había llevado una velocidad excesiva y que, por tanto, se había comportado de manera prudente¹⁵¹. A la inversa, igualmente, el Tribunal Supremo entendía que si el conductor no cumplía alguna otra norma de la circulación se reforzaba la idea de que había circulado con una velocidad excesiva¹⁵².

En todo caso, aunque las distintas normas de circulación eran tenidas en cuenta para delimitar la responsabilidad por imprudencia del conductor del vehículo –tanto para absolver en caso de cumplimiento de esas normas, como para condenar en caso de incumplimiento–, el criterio decisivo acababa siendo la velocidad excesiva y el deber general establecido en el art. 17 CCir.

¹⁴⁹ STS 23-4-1935 (RJ 754).

¹⁵⁰ Así, por ejemplo, la STS 7-12-1940 (RJ 1258), absolvía al conductor considerando que no era excesiva la velocidad porque se circulaba en un sitio con buena visibilidad.

¹⁵¹ STS 1-10-1932 (RJ 2108).

¹⁵² Así, por ejemplo, se condena por ir excesivamente pegado al bordillo de la derecha: STS 13-5-1941 (RJ 606), por circular por la izquierda: STS 31-12-1949 (RJ 1682), por no hacer señales acústicas: STS 9-2-1956 (RJ 728) o, incluso, por circular por la izquierda y no tocar la bocina: STS 30-10-1933 (RJ 443). Aunque también hay sentencias en las que se condena por ir a velocidad excesiva a pesar de circular por la derecha y tocar la bocina: STS 18-4-1953 (RJ 880).

La imprudencia se definía por aquel entonces como la acción u omisión voluntaria, no maliciosa, que causa un mal efectivo y concreto¹⁵³. Lo determinante, por tanto, era la relación de causalidad entre la acción y el resultado producido, una relación que se hacía depender de la previsibilidad del resultado. Las normas que regulaban la circulación condicionaban en ese sentido la previsibilidad que fundamentaba la responsabilidad por imprudencia. Había casos en los que se atendía a la previsibilidad y a la causalidad¹⁵⁴, casos en los que se apelaba al incumplimiento de los deberes establecidos por las normas de circulación¹⁵⁵ y casos, finalmente, en los que se relacionaba expresamente el cumplimiento de las normas con la causalidad y la previsibilidad del resultado¹⁵⁶. Si se circulaba a una velocidad excesiva y de esa forma se infringía el art. 17 CCir, no había problema en reconocer la previsibilidad y considerar imprudente la producción del resultado.

Importa destacar, en definitiva, que a los conductores de automóviles se les imponía con carácter general un deber de reducir o detener la marcha para evitar los riesgos de accidentes, y que el criterio de la velocidad excesiva servía para fundamentar una mayor responsabilidad de los conductores por los daños producidos. Incluso cuando este criterio era complementado con otras normas del tráfico, el deber general acababa resultando decisivo para fundamentar la responsabilidad del conductor, dando desigual importancia a esos criterios complementarios que ofrecían el resto de las normas de circulación. De esta forma, la jurisprudencia incurría en un cierto casuismo y no definía claramente los límites del deber general del art. 17 CCir.

¹⁵³ Cfr., por ejemplo, STS 7-1-1935 (RJ 11).

¹⁵⁴ SSTS 7-1-1935 (RJ 11), 23-3-1935 (RJ 659), 19-6-1935 (RJ 1194), 23-11-1935 (RJ 2213), 7-12-1940 (RJ 1258), 7-12-1940 (RJ 1259), 30-12-1943 (RJ 1350), 15-10-1945 (RJ 1127), 28-5-1949 (RJ 674), 26-2-1951 (RJ 184), 18-4-1953 (RJ 880), 22-9-1953 (RJ 2257), 3-5-1955 (RJ 1265), 5-11-1957 (RJ 2944), 17-3-1958 (RJ 819), 20-3-1959 (RJ 1279), 6-10-1959 (RJ 3460).

¹⁵⁵ SSTS 28-2-1930 (RJ 172), 27-5-1930 (RJ 301), 1-10-1932 (RJ 2108), 7.5.1934 (RJ 979), 23.4.1935 (RJ 754), 7-10-1935 (RJ 1763), 17-3-1936 (RJ 587), 13-5-1941 (RJ 606), 16-12-1941 (RJ 1371), 23-6-1942 (RJ 835), 17-2-1948 (RJ 358), 30-9-1948 (RJ 1181), 18-1-1949 (RJ 41) 31-12-1949 (RJ 1682), 12-11-1951 (RJ 2427), 14-10-1955 (RJ 2941), 19-12-1956 (RJ 3741), 30-3-1957 (RJ 930), 8-3-1958 (RJ 795), 16-3-1958 (RJ 1649).

¹⁵⁶ SSTS 8-2-1935 (RJ 368) 12-3-1947 (RJ 381), 6-12-1949 (RJ 1560), 8-11-1952 (RJ 2002), 2-3-1953 (RJ 446), 1-2-1957 (RJ 236), 13-4-1957 (RJ 957), 21-12-1957 (RJ 3506), 6-2-1958 (RJ 345), 30-6-1958 (RJ 2081), 30-6-1958 (RJ 2447), 6-11-1958 (RJ 3350).

3. La preferencia de paso

Uno de los criterios que podían servir para delimitar el deber general del conductor y determinar su responsabilidad por imprudencia era el que se desprendía de las normas que regulaban la preferencia de paso. El art. 25 d) CCir preveía que «en todo encuentro de vías públicas, urbanas e interurbanas, los conductores tienen la obligación de ceder el paso a los vehículos o animales que vean aproximarse por su lado derecho». Se establecía, por tanto, un derecho de preferencia para los conductores que circulan por la derecha y un deber de ceder el paso para los conductores que circulan por la izquierda. En Alemania, como se ha visto, estas normas de preferencia fueron pronto utilizadas por la jurisprudencia para ir delimitando los deberes de los conductores frente a los comportamientos de los terceros. Se afirmaba, en ese sentido, que el conductor que goza de la preferencia de paso puede contar con que el tercero respete su preferencia, no debiendo responder del posible accidente salvo que se hubiera evidenciado la lesión de su derecho de preferencia por parte del tercero¹⁵⁷. En España, en cambio, este derecho de preferencia no sirvió, en un primer momento, para delimitar el deber general del art. 17 CCir. Durante muchos años, el Tribunal Supremo antepuso la aplicación del art. 17 CCir, desvirtuando por completo la figura de la preferencia de paso y sometiéndola a la confusión y al casuismo a los que anteriormente se ha hecho referencia. Las razones por las que se negaba la aplicación del art. 25 d) CCir no se encontraban en los propios límites del derecho de preferencia, sino en la vigencia general del art. 17 CCir y en el criterio de la velocidad excesiva en el que se veía reflejado. La posibilidad de que el conductor que gozaba de la preferencia de paso fuera considerado responsable del resultado lesivo dependía en última instancia de algo tan ambiguo como la *velocidad excesiva* de su marcha. Con esta idea de la velocidad excesiva se impedía que los criterios derivados de otras normas de circulación, como las normas de preferencia, pudieran servir para completar y precisar el alcance del deber general del art. 17 CCir.

¹⁵⁷ Cfr. *supra* I.1.2. (RG JW, 1930, p. 2868; 1930, p. 2882; 1933, p. 2523).

Repasando la primera jurisprudencia española en esta materia puede apreciarse, efectivamente, el tratamiento poco uniforme que se daba a la preferencia de paso. Después de una primera sentencia de 1931¹⁵⁸ en la que se absuelve al conductor que goza de preferencia de paso, se dictan un gran número de sentencias en las que se condena al conductor que tiene preferencia porque se entiende que, al llevar una velocidad excesiva, habría infringido en todo caso el art 17 CCir¹⁵⁹. Con alguna excepción¹⁶⁰, la práctica seguida por el Tribunal Supremo hasta los años sesenta era no conceder ninguna relevancia a la preferencia de paso, dejando sin aplicación el art. 25 d) CCir.

La STS de 24 de enero de 1942¹⁶¹, por ejemplo, condenó por imprudencia a un conductor que tenía preferencia de paso, justificando su decisión en el hecho de que el conductor había infringido el art. 17 CCir, «que declara obligados a los conductores de vehículos a moderar la marcha y si preciso fuera a detenerla, especialmente en las zonas de las vías públicas que presenten cruces, sin que sea cuestión en el momento presente la preferencia de paso con relación al automóvil conducido por el otro procesado, que la sentencia reconoce, pero que en ningún momento puede exculpar al recurrente de la inobservancia de cautela y prudente conducta».

La STS de 4 de febrero de 1949¹⁶², en esta misma línea, decía que el conductor que gozaba de la preferencia de paso había incumplido el deber establecido en el art. 17 CCir «cuyas previsoras normas a todos los conductores alcanzan independientemente del derecho de preferencia de paso de los vehículos que regula el art. 25 invocado en el recurso con impertinencia notoria, ya que la falta de visibilidad en su cruce de calles

¹⁵⁸ STS 29-10-1931 (RJ 1691).

¹⁵⁹ SSTS 24-1-1942 (RJ 89), 23-6-1942 (RJ 835), 22-10-1945 (RJ 1137), 12-3-1947 (RJ 381), 4-2-1949 (RJ 171), 13-5-1949 (RJ 810), 25-1-1950 (RJ 114), 3-12-1953 (RJ 2970), 9-4-1954 (RJ 1126), 1-2-1957 (RJ 236), 13-4-1957 (RJ 957), 5-11-1957 (RJ 2944), 24-3-1958 (RJ 1201), 24-4-1958 (RJ 1591), 16-5-1958 (RJ 1649), 20-3-1959 (RJ 871), 11-6-1959 (RJ 2672), 16-6-1959 (RJ 2268).

¹⁶⁰ SSTS 14-10-1955 (RJ 2941), 12-11-1958 (RJ 3369).

¹⁶¹ RJ 89.

¹⁶² RJ 171.

no puede autorizar a los más despreocupados y audaces para adelantarse al paso de otros más cuidadosos y prudentes».

La STS de 24 de marzo de 1958¹⁶³ condenaba igualmente a los dos conductores que se habían introducido en un cruce, señalando que «como ambos conductores se habían visto, por ser la visibilidad en las dos direcciones de sesenta metros, era previsible que continuando los vehículos con la misma velocidad sucediera, como así fue, que coincidiesen en el cruce y se originase un accidente que pudo evitarse, por parte del que recurre, si, en vez de haberse confiado en su preferencia de paso, hubiese tenido en cuenta que, sin aminorar la marcha o detenerla, necesariamente habría de producirse la conjunción de los camiones».

En este tipo de sentencias se consideraba lesionado el deber general de reducir o detener la marcha ante el riesgo de accidente previsto en el art. 17 CCir y de esa forma se fundamentaba la responsabilidad por imprudencia del conductor que gozaba de la preferencia de paso. En la medida en que ese art. 17 CCir, en su apartado b), hacía mención expresa a los cruces de vías públicas, no había problema en apreciar la velocidad excesiva de todo aquel que, contando con la preferencia de paso, se introducía en un cruce; de manera que, en la mayor parte de los casos, el art. 25 d) CCir quedaba sin aplicación.

No obstante, sí se encuentran algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que se aplica el art. 25 d) CCir y se absuelve al conductor que goza de la preferencia de paso. La propia STS de 29 de octubre de 1931, que fue una de las primeras sentencias en apoyarse en ese precepto, reconocía incluso que el acusado se había introducido en el cruce a una velocidad excesiva, pero no por ello dejaba de dar importancia a la preferencia de paso, considerando responsable del accidente solamente al conductor que no había respetado esa preferencia. En este tipo de casos en los que sí se aplicaba preferentemente el art. 25 d) CCir, el Tribunal Supremo no justificaba claramente las razones por las que dejaba de aplicar el art. 17 CCir. Condenaba simplemente al que no respetaba la preferencia

¹⁶³ RJ 1201.

de paso¹⁶⁴ o absolvía a quien tenía la preferencia por cumplir con lo establecido en el art. 25 d) CCir¹⁶⁵.

A finales de los años cincuenta, el Tribunal Supremo empezó a buscar otros criterios de solución para determinar la aplicación o inaplicación del art. 25 d). En concreto, se excluía la aplicación del art. 25 d) CCir en los casos en los que el conductor que tiene preferencia observa cómo el otro conductor invade el cruce¹⁶⁶. Ese nuevo criterio resultaba bastante clarificador porque, en cierta medida, venía a decir que no es lo mismo cuidar del *posible* comportamiento antirreglamentario del tercero que cuidar del *inminente* o *efectivo* comportamiento antirreglamentario del tercero. Sin embargo, el Tribunal Supremo no persistió en este criterio, de modo que a finales de los años cincuenta y principios de los años sesenta se hizo más evidente la gran confusión existente a este respecto. Se sucedían las sentencias en uno y otro sentido sin dejar claro los motivos por los que el art. 25 d) CCir podía o no limitar la aplicación del art. 17 CCir¹⁶⁷.

Hasta esos primeros años sesenta, en definitiva, el Tribunal Supremo, en los casos de preferencia de paso, al no establecer restricciones al deber general previsto en el art. 17 CCir, imponía a los conductores el deber de contar con la posible infracción de su derecho de preferencia por parte del tercero. Como se ha visto, el Tribunal Supremo no siempre mantenía esta idea de manera consecuente, pero puede decirse que también en este caso se partía, por lo general, de una especie de desconfianza frente al comportamiento de los terceros.

4. Primeras consideraciones jurisprudenciales sobre la especial relevancia del comportamiento del tercero

¹⁶⁴ SSTS 29-10-1931 (RJ 1691), 12-11-1958 (RJ 3369).

¹⁶⁵ STS 14-10-1955 (RJ 2941).

¹⁶⁶ SSTS 24-4-1958 (RJ 1591), 20-3-1959 (RJ 871), 11-6-1959 (RJ 2672), 8-5-1961 (RJ 1742).

¹⁶⁷ Condenan a pesar de la preferencia de paso, sin hacer alusión al hecho de que el tercero ya hubiera invadido el cruce: SSTS 17-3-1958 (RJ 819), 24-3-1958 (RJ 1201), 16-5-1958 (RJ 1649), 16-6-1959 (RJ 2268), 15-10-1960 (RJ 3051), 3-11-1962 (RJ 4045), 5-12-1962 (RJ 4489), 31-12-1962 (RJ 5039). Absuelven en cambio: SSTS 15-11-1959 (RJ 3479), 4-7-1960 (RJ 2557), 26-1-1961 (RJ 225), 28-11-1961 (RJ 4164).

4.1. *La relevancia del comportamiento del tercero para determinar la causalidad y la previsibilidad del resultado*

Las dificultades que existen a la hora de buscar un criterio sobre los deberes de los conductores frente a posibles comportamientos antirreglamentarios de los terceros en el contexto de la normativa de preferencia, se encuentran también a la hora de analizar las consideraciones generales formuladas a este respecto por parte del Tribunal Supremo.

Como se ha visto, el Tribunal Supremo ponía en relación el criterio de la velocidad excesiva con los criterios determinantes de la responsabilidad por imprudencia. El deber general de reducir o detener la marcha ante el riesgo de accidente imponía un mayor deber de atención que incluía también la necesaria previsión de los comportamientos descuidados o imprudentes de los terceros. En principio, los límites a ese deber general del art. 17 CCir podrían encontrarse en otras normas de circulación, pero, como se indicaba anteriormente, el Tribunal Supremo se mostraba reacio a limitar ese deber incluso ante una normativa tan importante como la normativa de preferencia.

Procede ahora analizar en qué medida la jurisprudencia establecía otros límites generales a la imprudencia y hasta qué punto esos límites tomaban como referencia el carácter imprudente del comportamiento del tercero. Se trata de buscar los límites que se imponían al deber general del art. 17 CCir no apelando a otras normas de circulación, sino concretando o precisando el propio alcance del art. 17 CCir.

En materia de tráfico, al igual que en otros ámbitos, el principal criterio que empleaba la jurisprudencia para determinar la responsabilidad por imprudencia era la *previsibilidad*. Una vez identificada la acción u omisión voluntaria y no maliciosa, lo importante, según el Tribunal Supremo, era que el resultado fuera previsible y, por tanto, hubiera sido *causado* por el conductor¹⁶⁸. De acuerdo con ello, el comportamiento del tercero o de la víctima sólo podía

¹⁶⁸ Cfr., por ejemplo, SSTS 16-11-1934 (RJ 1994), 7-1-1935 (RJ 11).

tener importancia para negar la responsabilidad del conductor en la medida en que fuera un comportamiento imprevisible e interrumpiera la causalidad¹⁶⁹.

El que el comportamiento del tercero fuera o no previsible dependía buena parte de las veces de que el conductor hubiera cumplido o no con las normas de circulación. Si el conductor iba a velocidad excesiva, no hacía señales acústicas o circulaba por la parte izquierda de la calzada, se entendía que el resultado era previsible aunque el tercero o la víctima hubiera aparecido repentinamente¹⁷⁰. Si, en cambio, el conductor respetaba las normas de circulación, el resultado dejaba de ser previsible¹⁷¹.

En todo caso, el criterio decisivo, según el Tribunal Supremo, era que el comportamiento del tercero, en cuanto que elemento integrante del resultado, fuera previsible y, por tanto, no excluyese la relación de causalidad. El que el sujeto hubiera causado el resultado y pudiera responder por imprudencia dependía de que el comportamiento del tercero fuera previsible. Quiere esto decir que lo importante no era, realmente, que el resultado hubiera sido causado por el tercero, sino que hubiera sido o no causado por el autor. El juicio recaía principalmente sobre la conducta del autor. Si se llegaba a la conclusión de que el autor había causado el resultado, la aportación causal del tercero no tenía ninguna relevancia¹⁷².

¹⁶⁹ Cfr., principalmente, SSTS 11-10-1934 (RJ 1726), 16-11-1934 (RJ 1994), 7-1-1935 (RJ 11), 13-6-1935 (RJ 1267), 19-6-1935 (RJ 1194), 23-11-1935 (RJ 2213), 7-12-1940 (RJ 1258), 7-12-1940 (RJ 1259), 15-10-1945 (RJ 1127).

¹⁷⁰ Cfr., por ejemplo, STS 8-2-1935 (RJ 368): «Que si el automóvil marchaba a excesiva velocidad sin avisar con la bocina no obstante existir viviendas en los bordes de la carretera y por estas causas se determinó el accidente es evidente que el resultado fue previsible y pudo ser evitado, sin que la concurrencia por parte de la víctima, de alguna imprudencia tampoco evidenciada según los hechos probados, sea suficiente para exculpar al procesado cuya conducta adoleció de falta grave de diligencia».

¹⁷¹ Cfr. por ejemplo, STS 23-11-1935 (RJ 2213): el conductor de un vehículo se disponía a adelantar a un carro que estaba detenido y para ello tocó la bocina y redujo la velocidad. En el momento del adelantamiento, el conductor del carro sale del mismo y es atropellado. El Tribunal Supremo casa la sentencia y absuelve al acusado por entender que la conducta del afectado no pudo ser prevista por el acusado.

¹⁷² Así, por ejemplo, la STS 16-11-1934 (RJ 1994) afirmaba «que el conductor adoptó cuantas precauciones podían serle exigibles, razón que rompe la relación de causalidad de que antes se hizo mención, *toda vez que por parte de la víctima intervino otro factor que la sentencia impugnada menciona especialmente*» (con cursiva en el original). En esta sentencia, la *razón* por la que se rompe la relación de causalidad es que el acusado ha adoptado las precauciones

Lo mismo ocurría cuando se consideraba imprudente la conducta del tercero. En ocasiones, el Tribunal Supremo señalaba que la conducta imprudente del tercero interrumpía la causalidad y que, por tanto, impedía considerar imprudente la acción del conductor. Ello, sin embargo, no dependía en realidad de que el tercero hubiera actuado imprudentemente, sino de que a su vez el conductor se hubiera comportado correctamente. Sólo después de considerar si la conducta del conductor había sido o no correcta, se afirmaba que el resultado había sido ocasionado o no por la conducta imprudente del tercero. Lo importante era que la conducta del tercero fuera o no previsible, con independencia de que resultara a su vez imprudente. En efecto, si el Tribunal Supremo llegaba a la conclusión de que el resultado era previsible o de que el conductor había infringido alguna norma de circulación y, por tanto, se comportaba de manera imprudente, no concedía ninguna relevancia al comportamiento a su vez imprudente del tercero¹⁷³. En alguna ocasión, el Tribunal Supremo afirmaba, en este sentido, que el deber del tercero cedía ante el deber que tenía el conductor de ser siempre dueño del movimiento de un vehículo tan peligroso como el automóvil¹⁷⁴. En los demás casos, sin embargo, el Tribunal Supremo dejaba de valorar la intensidad de unos y otros deberes y señalaba simplemente que en materia penal *no puede tener cabida la compensación de culpas*¹⁷⁵.

Así pues, si bien el Tribunal Supremo declaraba, en algunas sentencias, que la conducta imprudente del tercero excluía la relación causal con el resultado y, por tanto, la responsabilidad del conductor, lo cierto es que el fundamento último de la responsabilidad del conductor no se encontraba en el posible o efectivo comportamiento imprudente del tercero. A la hora de resolver el caso concreto, el comportamiento del tercero no parecía afectar por sí mismo ni a la previsibilidad ni a la causalidad del resultado.

oportunas. Sólo una vez dicho eso, se hace alusión a la intervención de otro factor causal por parte de la víctima.

¹⁷³ Cfr., en este sentido, la citada STS 8-2-1935 (RJ 368).

¹⁷⁴ STS 7-3-1934 (RJ 504).

¹⁷⁵ Cfr. *infra* II.4.2.

Desde luego, podría ponerse en duda que el Tribunal Supremo no diera importancia realmente a ese comportamiento del tercero para juzgar la responsabilidad del conductor. Es posible que, al afirmar la previsibilidad o la causalidad del resultado, tuviera en cuenta implícitamente el comportamiento del tercero, pero lo cierto es que el Tribunal Supremo nunca fundamentaba su decisión en atención a ese comportamiento. En todo caso, lo que es evidente es que de las consideraciones realizadas por el Tribunal Supremo sobre el concreto comportamiento del tercero no se desprendía ninguna regla o criterio con el que poder determinar la responsabilidad del conductor. De hecho, la única tesis que defendía expresamente el Tribunal Supremo era la que negaba la posible compensación de culpas en materia penal, tesis en la que se ponía claramente de manifiesto la nula relevancia que se le quería conceder al comportamiento del tercero.

4.2. *La tesis que prohíbe la compensación de culpas en materia penal*

En el ámbito del tráfico viario, una de las tesis más claras e indiscutidas que, durante mucho tiempo, fue mantenida por el Tribunal Supremo, es la tesis que niega la posibilidad de compensar las culpas en materia penal¹⁷⁶. Según esta tesis, la responsabilidad por imprudencia de un sujeto no se ve condicionada por la posible responsabilidad de un tercero; es decir, la conducta imprudente del tercero ni excluye ni reduce la responsabilidad del primer sujeto¹⁷⁷. Si bien el Tribunal Supremo, ocasionalmente, afirmaba que la relación de causalidad entre la conducta de un sujeto y el resultado producido puede verse interrumpida por la

¹⁷⁶ En el ámbito del tráfico viario, cfr., por ejemplo, las SSTS 23-3-1935 (RJ 659), 11-1-1945 (RJ 86), 31-5-1947 (827), 8-10-1947 (RJ 1142), 13-11-1947 (RJ 1292), 30-9-1948 (RJ 1181), 18-1-1949 (RJ 41), 6-12-1949 (RJ1560), 31-12-1949 (RJ 1682), 2-10-1950 (RJ 1328), 12-6-1951 (RJ 1731), 7-7-1951 (RJ 2195), 17-10-1951 (RJ 2195), 2-3-1953 (RJ 446), 18-4-1953 (RJ 880), 22-9-1953 (RJ 2257), 27-10-1954 (RJ 2429), 30-3-1957 (RJ 930), 13-4-1957 (RJ 957), 8-3-1958 (RJ 795), 29-4-1958 (RJ 1600), 30-6-1958 (RJ 2081), 11-10-1960 (RJ 3043), 7-2-1961 (RJ 729), 3-3-1961 (RJ 807). Se empieza a criticar expresamente en la STS 30-5-1963 (RJ 2270).

¹⁷⁷ Según la STS 6-12-1949 (RJ 1560) «aunque concurra la conducta imprudente de la víctima a su propio daño, no cabe plantear el problema de valoración de categoría causal de las dos imprudencias sin incidir en la rechazada compensación, dado que sólo puede traerse a debate la cuestión de la culpa de quien hubiere sufrido el daño cuando el acusado no ha concurrido con falta alguna a la producción del mal».

actuación de un tercero¹⁷⁸, en ningún momento ponía en duda la vigencia de la tesis que prohíbe la compensación de culpas. Como se ha dicho anteriormente, ello se explica por el hecho de que tales consideraciones del Tribunal Supremo con respecto a la interrupción del nexo causal se realizaban una vez descartada la imprudencia del primer sujeto. Si la conducta del primer sujeto era imprudente, la imprudencia del tercero no tenía ninguna relevancia.

La cuestión ahora es saber si detrás de esa tesis que niega la compensación de culpas en materia penal se encuentra, realmente, algún criterio que informe sobre el modo en el que puede determinarse la responsabilidad penal de un conductor y, más concretamente, sobre el modo en el que esa responsabilidad puede verse condicionada por la actuación de un tercero. En principio, la respuesta parece ser negativa: la actuación del tercero no puede servir para determinar en modo alguno la responsabilidad por imprudencia porque se parte ya de que la conducta del sujeto es imprudente o culposa; y aunque se llegara a la conclusión de que el comportamiento del tercero es a su vez imprudente tampoco tendría relevancia porque la propia tesis niega expresamente que en tal caso se pueda disminuir la *culpa* del conductor. No obstante, con un análisis algo más detenido se podrá comprender que dicha tesis pretendía servir también para valorar la responsabilidad por imprudencia del conductor. No puede decirse que con esta tesis se pretendiera simplemente valorar la posibilidad de imputar el resultado a un comportamiento imprudente. No se hacía una distinción en función de que la conducta del conductor se hubiera definido previamente como imprudente, sino que simplemente se dejaba de valorar la conducta del tercero porque se negaba la posibilidad de compensar las culpas. En ese sentido, al descartarse el hecho de que la conducta del tercero pudiera compensar o excluir la imprudencia del conductor, lo que se rechazaba era la posibilidad de que el comportamiento del tercero impidiera considerar imprudente la actuación del conductor. Los deberes del conductor no se veían condicionados por los deberes de los terceros y la conducta del tercero formaba parte del curso lesivo que debía controlar el autor.

¹⁷⁸ Así, claramente, la STS 7-12-1940 (RJ 1259).

Con esta tesis que prohíbe la compensación de culpas se estaba reconociendo nuevamente, por tanto, una especie de deber general de desconfianza. El conductor de un vehículo podía ser hecho responsable de los resultados lesivos aunque en la producción de los mismos hubiera contribuido el comportamiento antirreglamentario o imprudente de un tercero. El deber general de reducir o detener la marcha ante el riesgo de accidente no se veía limitado por las posibles actuaciones de los terceros. Se confirma, por tanto, la conclusión a la que se llegaba al estudiar el tratamiento jurisprudencial que recibía la preferencia de paso: la responsabilidad del conductor se determina exclusivamente por el art. 17 CCir o por las normas que establecen otros concretos deberes de actuación como puede ser el de conducir por la derecha o el de hacer señales acústicas. Los deberes que puedan establecerse para los terceros no limitan, en principio, los deberes del conductor.

Sin embargo, con respecto a la preferencia de paso, se ha visto que, si bien podía reconocerse una tendencia general a no aplicar el art. 25 d) CCir y no conceder, por tanto, ninguna importancia a los deberes de los terceros, había sentencias que sí aplicaban la normativa de preferencia y absolvían al conductor que se introducía en un cruce confiando en su derecho de preferencia. Pues bien, también en un plano más general, como el relativo a la tesis de la no compensación de culpas, puede comprobarse que, hasta los años sesenta del pasado siglo, la jurisprudencia se presentaba igualmente contradictoria. A pesar de esta tesis general que venía a negar la relevancia de los posibles comportamientos antirreglamentarios de los terceros, se encuentran sentencias en las que se absuelve al conductor en atención a un determinado comportamiento del tercero¹⁷⁹. El principio general que podía desprenderse de la tesis que negaba la compensación de culpas en materia penal no era, por tanto, de aplicación en todo caso. Sin embargo, al igual que ocurría con la preferencia de paso, en los casos en

¹⁷⁹ En estas sentencias se indica ciertamente que el conductor o bien lleva una marcha moderada o bien ha hecho señales con la bocina, pero llama la atención que, por una parte, se llegue a una solución absolutoria distinta a la que se hubiera llegado teniendo en cuenta el criterio de la velocidad excesiva o el deber general del art. 17 CCir y que, por otra parte, se haga expresa referencia al comportamiento imprudente del tercero, pues ello no se corresponde con la tesis que insiste en negar la compensación de culpas. Véanse a este respecto las SSTS 7-1-1935 (RJ 11), 19-6-1935 (RJ 1194), 15-11-1955 (RJ 3010), 1-12-1958 (RJ 3720), 20-3-1959 (RJ 1279), 29-11-1960 (RJ 3682). Véanse también la SSTS 30-9-1948 (RJ 1181) y 13-10-1958 (RJ 3011), que empiezan a tener en cuenta la infracción del tercero para graduar la responsabilidad del acusado.

los que no se seguía el criterio general, el Tribunal Supremo no justificaba su decisión y no llegaba a poner en duda la vigencia de la tesis que prohíbe la compensación de culpas.

Dada esta situación, cabría decir incluso que la tesis que negaba la compensación de culpas en materia penal, lejos de ofrecer un criterio claro en esta materia, impedía profundizar en el estudio de los motivos por los que se podía delimitar la responsabilidad de los conductores y excluir la aplicación del art. 17 CCir. En la mayoría de los casos en los que concurrían las actuaciones de varias personas, el Tribunal Supremo o bien no reconocía expresamente lo determinante que resultaba el comportamiento del tercero para juzgar la responsabilidad del conductor, o bien resolvía el problema acudiendo a la tesis de la no compensación de culpas sin hacer ulteriores consideraciones.

5. Valoración crítica de la jurisprudencia anterior a los años sesenta

Conforme a lo dicho hasta ahora, y con las puntuales excepciones a las que se ha hecho referencia, podría afirmarse que, en un principio, el criterio seguido por el Tribunal Supremo respecto a los deberes de un conductor frente a los comportamientos antirreglamentarios o imprudentes de los terceros, es que tales deberes no se ven en modo alguno condicionados por el comportamiento de los terceros. El deber general reconocido en el art. 17 CCir no tendría más limitaciones que las derivadas de los propios conceptos de previsibilidad y de causalidad o del cumplimiento de otras normas de circulación como podrían ser, por ejemplo, las de hacer señales acústicas o circular por la derecha.

Hasta los años sesenta del pasado siglo, el Tribunal Supremo consideraba que si el conductor no había respetado el deber de reducir o detener la marcha ante el riesgo de accidente o no cumplía con otras obligaciones que le imponían las normas de circulación, era plenamente responsable de los resultados producidos. Al valorar si el conductor cumplía o no esos deberes, el Tribunal Supremo no daba en principio ninguna relevancia a los posibles deberes que tuvieran a su vez los terceros. Sin embargo, se ha visto que, al igual que ocurría con la preferencia de paso, el Tribunal Supremo absolvía en ocasiones al conductor sin explicar por

qué debía dejar de aplicarse el criterio general del art. 17 CCir. En estos casos, la única explicación habría que buscarla en la posible relación establecida entre ese deber general y los otros deberes derivados del resto de normas de circulación, pero lo cierto es que en muchas ocasiones lo realmente determinante parecía ser precisamente el comportamiento del tercero. Al no verlo así, el Tribunal Supremo incurría en contradicciones: por un lado, no siempre seguía los mismos criterios respecto a las normas de circulación que debía cumplir el conductor y, por otro lado, no siempre daba la misma importancia al comportamiento del tercero. Esto se evidenciaba en las más diversas situaciones del tráfico.

La STS de 14 de junio de 1932¹⁸⁰ condena, por ejemplo, al conductor que atropella a un niño que había aparecido de repente porque considera que el conductor circulaba a velocidad excesiva en zona rodeada de viviendas. Por su parte, la STS de 8 de febrero de 1935¹⁸¹, condena en una situación parecida porque el conductor no había hecho señales acústicas. En cambio, la STS de 8 de noviembre de 1952¹⁸² condena igualmente en la misma situación a pesar de que el acusado sí había hecho tales señales. La STS de 7 de julio de 1932¹⁸³ condena al acusado por atropellar a un niño que había salido de entre un grupo de gente a pesar de reconocer que el acusado había reducido la velocidad a 15 km/h. La STS de 18 de abril de 1953¹⁸⁴ condena en un supuesto semejante aun cuando el acusado había realizado señales acústicas, mientras que la STS de 9 de febrero de 1956¹⁸⁵ condena al conductor que causa un atropello en lugar concurrido precisamente por no haber realizado esas señales acústicas.

¹⁸⁰ RJ 2054.

¹⁸¹ RJ 368.

¹⁸² RJ 2002.

¹⁸³ RJ 2092.

¹⁸⁴ RJ 880.

¹⁸⁵ RJ 728.

La STS de 3 de febrero de 1934¹⁸⁶ condena al conductor por un atropello que se produce sobre una persona que sale de delante del tranvía que estaba siendo adelantado a una velocidad de 12 km/h. La STS de 15 de octubre de 1955¹⁸⁷ condena igualmente por el atropello producido sobre un peatón que sale por detrás del autobús que se encontraba parado en sentido contrario. Sin embargo, la STS de 1 de diciembre de 1958¹⁸⁸ absuelve al acusado en una situación semejante porque había tocado la bocina, y la STS de 9 de diciembre de 1958¹⁸⁹ absuelve también en un caso parecido porque, aunque el acusado no había tocado la bocina y no había reducido siquiera la velocidad, no podía afirmarse que la causa del atropello fuera su excesiva velocidad, pues no era seguro que reduciendo la velocidad hubiera evitado el resultado.

La STS de 28 de junio de 1941¹⁹⁰ condena a un conductor que, habiéndose encontrado con dos peatones en medio de la calzada y habiendo hecho señales acústicas para que se apartasen, prosigue la marcha tras observar que le dejan el camino libre y atropella a uno de ellos cuando éste decide cruzar la carretera para encontrarse con el otro. En cambio, la STS de 30 de noviembre de 1943¹⁹¹ absuelve al conductor de un tranvía que, al ver a un peatón despistado, frena y toca el timbre, pero no consigue evitar atropellar al peatón al reanudar la marcha porque éste había terminado de introducirse en la calzada. La STS de 8 de marzo de 1951¹⁹² condena a un camionero que, habiendo divisado a 25 metros de distancia a dos peatones cogidos del brazo, hace sonar la bocina y, al ver que no se apartan, intenta adelantarlos por la izquierda, momento en el que los peatones, percatados de su presencia, giran bruscamente a la izquierda y son atropellados. La sentencia entendió que en tal caso el camionero debía haber detenido la marcha. Igualmente, la STS de 10 de

¹⁸⁶ RJ 310.

¹⁸⁷ RJ 2942.

¹⁸⁸ RJ 3720.

¹⁸⁹ RJ 3743.

¹⁹⁰ RJ 874.

¹⁹¹ RJ 1350.

¹⁹² RJ 512.

octubre de 1955¹⁹³ condena a un conductor que, al encontrarse con dos peatones parados en la calzada, toca la bocina y, tras comprobar que siguen parados, continúa su marcha y atropella a uno de los peatones que en ese momento intenta cruzar la carretera. En cambio, la STS de 4 de junio de 1957¹⁹⁴ absuelve al conductor de un autobús que, al ver a un peatón cruzando la carretera, le hace señales luminosas y sigue su marcha tras comprobar que el peatón se detiene, no pudiendo evitar, sin embargo, que en ese momento el peatón decidiera reanudar su marcha y resultase atropellado.

La STS de 7 de diciembre de 1940¹⁹⁵ absuelve al conductor de un vehículo que choca con un camión que estaba detenido a la derecha cuando éste se inclina a la izquierda para reanudar su marcha. En esta sentencia, el Tribunal Supremo entendió que el accidente se había producido por la falsa maniobra realizada por el conductor del camión. Sin embargo, la STS de 5 de marzo de 1954¹⁹⁶ condenó a un camionero que chocó con un motorista al que había visto parado a la derecha y que se disponía a proseguir la marcha. Aunque el motorista no había comprobado si podía continuar la marcha, la sentencia sostiene que ello no puede excluir la responsabilidad del acusado. Se afirma que el conductor del camión había visto al motorista, pero no se dice que llevara velocidad excesiva, sino simplemente que no había hecho ninguna señal acústica. Por su parte, la STS de 22 de junio de 1954¹⁹⁷ condena al conductor de un vehículo que estaba detenido en la parte derecha e intenta cruzar al otro lado sin cerciorarse de tener la vía libre y choca con un trolebús que avanza a velocidad moderada pero que no había hecho la señal conveniente. La sentencia, sin embargo, condena únicamente al conductor del vehículo.

¹⁹³ RJ 2654.

¹⁹⁴ RJ 1717.

¹⁹⁵ RJ 1258.

¹⁹⁶ RJ 526.

¹⁹⁷ RJ 1689.

La STS de 7 de marzo de 1933¹⁹⁸ absuelve a un conductor que circulando por la noche es deslumbrado porque el conductor que viene de frente no cambia a tiempo las luces y choca con un coche que estaba detenido en medio de la carretera. En cambio, la STS de 28 de febrero de 1951¹⁹⁹ condenó a un conductor que al ser deslumbrado en una situación parecida atropella al peatón que circulaba en su mismo sentido por delante de él. El Tribunal Supremo sostiene en esta sentencia que en caso de deslumbramiento el conductor debe reducir o incluso detener la marcha. Igualmente, la STS de 24 de mayo de 1955²⁰⁰ condena a un conductor que, siendo también deslumbrado por el vehículo que venía de frente, choca con un carro que caminaba sin luces por delante en su mismo sentido. Sin embargo, la STS de 7 de febrero de 1961²⁰¹, en un supuesto en el que el conductor deslumbrado provoca también una colisión, considera responsable únicamente al conductor que no hace el oportuno cambio de luces, con independencia de que el otro conductor hubiera o no disminuido su marcha.

Estos son sólo algunos supuestos en los que se pone de manifiesto la inexistencia de un criterio claro con el que determinar la responsabilidad por imprudencia o con el que delimitar los deberes de los conductores ante los posibles comportamientos imprudentes de terceros. El principal problema se encuentra en la costumbre que tenía el Tribunal Supremo de fundamentar directamente la responsabilidad por imprudencia en el incumplimiento del art. 17 CCir. La gran mayoría de las sentencias condenatorias decían basarse en el hecho de que el sujeto no había cumplido el deber de reducir la marcha ante el riesgo de accidente. Por lo general, se hacía alusión exclusivamente a ese deber general o a las situaciones concretas en las que el propio art. 17 CCir acentuaba ese deber. En contadas ocasiones, el Tribunal Supremo relacionaba ese deber con el cumplimiento o incumplimiento de otras normas de circulación, y cuando así lo hacía, el criterio determinante seguía encontrándose, sin embargo, en el deber

¹⁹⁸ RJ 2282.

¹⁹⁹ RJ 495.

²⁰⁰ RJ 1765.

²⁰¹ RJ 729.

general. De esta forma, la responsabilidad del conductor dependía de que el Tribunal Supremo considerase que, dadas las circunstancias, la velocidad hubiera sido o no excesiva, sin atender a otros criterios que pudieran justificar esa decisión.

Ello implicaba una gran imprecisión porque, lógicamente, todo accidente podía ser atribuido al hecho de que el conductor no hubiera reducido o detenido la marcha ante el riesgo de accidente. Así, incluso en los casos en los que se presentaba una situación de las que menciona el art. 17 CCir, unas veces se consideraba que la velocidad era excesiva y otras no, sin aportar ningún criterio clarificador a esos efectos. No tiene sentido que atendiendo únicamente a ese deber general se llegara a conclusiones distintas en unos y otros casos. Para justificar el tratamiento diferenciado hubiera sido necesario o bien completar ese deber de reducir o detener la marcha atendiendo al resto de normas de la circulación, o bien realizar una interpretación de ese deber que limitase su alcance con carácter general. Los problemas se producían precisamente porque el Tribunal Supremo no llevaba a cabo ninguna de esas dos tareas. Por una parte, supeditaba la aplicación del resto de normas de circulación al criterio general del art. 17 CCir y, por otra parte, sólo hacía consideraciones generales acerca de los deberes del conductor cuando reconocía su relación con los criterios de la causalidad y la previsibilidad o cuando sostenía la tesis que rechaza la compensación de culpas en materia penal. En la medida en que el Tribunal Supremo negaba la compensación de culpas en materia penal y dejaba de tomar en consideración los deberes de los terceros, resultaba más difícil realizar esa labor de concreción del deber general recogido en el art. 17 CCir. Hay que tener en cuenta que muchas de las normas de circulación sirven precisamente para delimitar los deberes de actuación de los distintos participantes del tráfico. Eso sucede claramente con la normativa de preferencia, pero también con otro tipo de normas. Incluso cuando se trata de fijar los deberes de actuación ante posibles atropellos de los peatones, pueden tener relevancia los deberes que se imponen a los propios peatones. Asimismo, al realizar consideraciones generales sobre los deberes de los conductores, más allá de las concretas normas de circulación, también pueden encontrarse criterios delimitadores derivados de los deberes que a su vez corresponden a los otros participantes del tráfico. Por esta razón, al no dar importancia al comportamiento

antirreglamentario o imprudente del tercero, el Tribunal Supremo encontraba muchas dificultades para poder precisar o concretar el deber general previsto en el art. 17 CCir. Aun cuando se quisiera ver un criterio general en el hecho de no dar relevancia al comportamiento de los terceros, ese criterio resultaba insuficiente para interpretar el deber general. Por una parte, porque ello suponía dejar sin aplicación el resto de normas de la circulación que de alguna forma imponían deberes a los terceros, dando un carácter decisivo al art. 17 CCir, y, por otra parte, porque, en realidad, el comportamiento de los terceros sí acababa condicionando la solución del caso: no se obligaba al conductor a cuidar de todos los posibles comportamientos imprudentes o antirreglamentarios de los terceros. Sin embargo, dado que esa importancia del comportamiento de los terceros no se valoraba en su justa medida, se acababan dictando sentencias contradictorias. Quedaban sin aclarar los motivos por los que en algunos casos sí se daba importancia a tales comportamientos de los terceros y en otros casos no. Si, según el Tribunal Supremo, lo único que resultaba decisivo es que el conductor hubiera llevado una velocidad excesiva y no hubiera cumplido el deber de reducir o detener la marcha, se podrían poner en duda todas las sentencias que acaban absolviendo al conductor. En todos los casos podría pensarse que el conductor debía haber reducido o detenido la marcha para evitar el accidente. Parece claro, por tanto, que los criterios de solución no podían encontrarse en ese art. 17 CCir al que tantas veces apelaba el Tribunal Supremo.

6. El acercamiento al principio de confianza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: primeros criterios clarificadores

6.1. Restricciones al deber general del art. 17 CCir

En los años sesenta se empezaron a producir ciertos cambios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que contribuyeron a clarificar la situación y a poner freno al excesivo casuismo de los años anteriores. Poco a poco se iban precisando los deberes de cuidado de los conductores de automóviles y se buscaban criterios con los que fijar la relevancia de los comportamientos antirreglamentarios o imprudentes de los demás participantes del tráfico. Los nuevos criterios apuntaban vías de solución más coherentes que, si bien no

llegaron a producir un cambio inmediato en las tesis jurisprudenciales, fueron reiterándose hasta lograr imponerse a finales de la década de los sesenta y principios de la década de los setenta.

Entre los cambios más importantes que se produjeron en este sentido, merecen ser destacados, en primer lugar, los relativos a los límites que, con carácter general, se fueron estableciendo con respecto al criterio de la velocidad excesiva y a la aplicación del art. 17 CCir. Por una parte, se acababa con la costumbre que tenía la anterior jurisprudencia de mencionar, dentro del relato de hechos probados, la velocidad excesiva o, incluso, la falta de precaución con la que circulaba el acusado, que servía a menudo para considerar sin más la infracción del art. 17 CCir. Por otra parte, se empezaba a cuestionar el carácter incondicionado del deber reconocido en el art. 17 CCir.

Aparecen así, concretamente, algunas sentencias que deciden seguir la línea marcada por aquellas sentencias que, ya a mediados de los años cincuenta, habían denunciado la imprecisión de las consideraciones relativas a la velocidad excesiva o a la falta de precaución del conductor, matizando además su importancia a la hora de determinar la responsabilidad por imprudencia. En esas primeras sentencias, al tiempo que se criticaba la inclusión de tales afirmaciones en el supuesto de hecho, se dejaba claro que no podían llegar a determinar el fallo²⁰². A partir de ahí, se encuentran otras sentencias en las que por fin se reconoce que, llevando a su grado extremo la aplicación del art. 17 CCir en atención a la velocidad excesiva del conductor, se tendría que reconocer la existencia de responsabilidad criminal en todos los accidentes de tráfico²⁰³. En ese sentido, se entiende que exigir al conductor que mantenga una velocidad tal que le permita dominar por completo su vehículo en cualquier momento supondría exigir «un exceso de previsión incompatible con el desarrollo normal del tráfico»²⁰⁴. Se precisa por ello el alcance del art. 17 CCir, indicando que tal precepto no puede

²⁰² SSTS 19-10-1954 (RJ 2220), 22-12-1955 (RJ 1956/37).

²⁰³ STS 28-6-1962 (RJ 3082). Igualmente, declara la STS 17-2-1964 (RJ 824) que el art. 17 CCir «ha de interpretarse no en un sentido absoluto que conduciría a inculpar automáticamente todos los accidentes de tráfico».

²⁰⁴ STS 28-6-1962 (RJ 3082).

verse como una obligación de mantener una velocidad tan reducida que dificulte la circulación, sino que debe limitarse a la velocidad necesaria para controlar los eventos «normalmente previsibles» o, en general, aquellos que por un determinado indicio aparezcan como probables o próximos a la realidad²⁰⁵. A los efectos que interesan en este trabajo, hay que llamar especialmente la atención sobre el hecho de que en esta misma línea se llegara a precisar todavía más el alcance del art. 17 CCir, afirmando que por mucha amplitud que se le concediera no podía «obligar a prever y evitar la imprudencia máxima de los demás»²⁰⁶.

Con estas nuevas consideraciones, el Tribunal Supremo iba delimitando y precisando el deber general que servía para determinar la responsabilidad penal de los conductores. La velocidad excesiva y la infracción del art. 17 CCir resultaban ya insuficientes para condenar al conductor. Se reconocía así la necesidad de acudir a nuevos criterios con los que definir el deber de cuidado del conductor, tanto con carácter general, como en atención a los posibles comportamientos imprudentes de los terceros. De esta forma, por un lado, el carácter excesivo de la velocidad y el consecuente comportamiento imprudente del conductor se hacían depender de que el resultado lesivo fuera previsible de acuerdo con el normal desarrollo del tráfico viario y, por otro lado, se apuntaba la posibilidad de no tener que prever las imprudencias de los demás participantes del tráfico. Lo más importante es que ello no se reconocía sólo para resolver el caso concreto, sino que se manifiesta con carácter general, es decir, como una correcta interpretación del art. 17 CCir. Se evidenciaba, en definitiva, la necesidad de desarrollar nuevos criterios complementarios que pusieran fin al casuismo y la imprecisión con los que se había determinado anteriormente la responsabilidad penal de los conductores. Entre esos criterios se encuentran, de entrada, los criterios basados en la *normal previsibilidad* y en la *general falta de previsibilidad del comportamiento imprudente de los terceros*. El primer criterio se había reconocido alguna vez con anterioridad, pero sólo con objeto de excluir la responsabilidad en el caso concreto²⁰⁷; no se relacionaba expresamente con el art.

²⁰⁵ STS 2-11-1963 (RJ 4416).

²⁰⁶ STS 21-1-1964 (RJ 290).

²⁰⁷ STS 19-6-1935 (RJ 1194).

17 CCir, ni se presentaba como un posible criterio delimitador del deber general establecido en ese precepto. El segundo criterio, en cambio, nunca antes había sido enunciado con tanta claridad e intensidad. Durante los años sesenta este criterio se fue aplicando una y otra vez, contribuyendo con ello al establecimiento de un principio general sobre el concreto deber de los conductores frente a posibles comportamientos imprudentes de los terceros.

6.2. El carácter imprevisible de los comportamientos imprudentes de los terceros

En los años sesenta se dictan varias sentencias en las que se incide en el carácter imprevisible de los comportamientos antirreglamentarios o imprudentes de los terceros. Poco a poco, se va aplicando esta regla en diferentes situaciones del tráfico:

La STS de 30 de enero de 1961²⁰⁸, por ejemplo, aplica esta regla al resolver un caso en el que el conductor de un automóvil, circulando a gran velocidad y por una calle con preferencia de paso, había arrollado al conductor de una motocicleta que se había introducido en el cruce sin cerciorarse de que no venía nadie por la calle preferente. La sentencia señala que el acusado «no tenía obligación alguna de prever que [el conductor de la motocicleta] iba a salir de la plazoleta para irrumpir por dónde él conducía ya que la esencia de la culpa reposa sobre las previsiones de conductas prudentes y no de las imprudentes ajenas, que al interferirse rompan el nexo causal».

La STS de 16 de enero de 1963²⁰⁹ sigue el mismo criterio en un caso de deslumbramiento. El acusado circulaba con su microbús por la noche a 60 km/h cuando es deslumbrado por un vehículo que circulaba en sentido contrario y, no disminuyendo la velocidad, choca con un camión estropeado y sin suficiente iluminación que estaba parado en la derecha de la carretera, produciendo la muerte de tres personas. Se condena al

²⁰⁸ RJ 239.

²⁰⁹ RJ 190.

acusado en primera instancia, pero el Tribunal Supremo estima el recurso y lo absuelve. La sentencia declara expresamente que «la falta de previsión que en la sentencia se le achaca y que es esencia de la conducta culposa según la doctrina jurisprudencial prevalente, no puede tener el alcance meramente material que se le asigna, ni extenderse a prever conductas imprudentes ajenas, de donde resulta que, de haber sobrevenido el evento, cumpliéndose por parte del vehículo parado las normas ordinarias y reglamentarias de situación y alumbrado, las no reglamentarias en que incurrió el recurrente (...) adquirirían la relevancia que la sentencia les atribuye, por ser previsible el caso de aparcamientos en ruta, pero sobre la base de que hayan de hacerlo conforme a las elementales medidas de cautela».

La STS de 27 de enero de 1965²¹⁰ aplica también esta regla en un caso en el que la acusada había atropellado con su vehículo a tres personas que estaban detenidas en la calzada, en un sitio no destinado a paso de peatones. Se condena inicialmente a la acusada por las lesiones producidas, pero el Tribunal Supremo estima el recurso y la absuelve por entender que no es «exigible la previsibilidad de conductas imprudentes ajenas, que al sobrevenir, como en el caso de autos, interfieren en doble dimensión los cauces de la causalidad jurídica y de la culpabilidad».

Se reconoce, por tanto, con carácter general, la posibilidad de no tener que prever los comportamientos imprudentes de los terceros²¹¹. Con ello se establece una regla sumamente importante para determinar la responsabilidad por imprudencia. Se apunta una concreción o limitación del criterio de la previsibilidad y del deber general del art. 17 CCir, un criterio que va más allá de lo que resulta *normal* o *razonablemente* previsible. El criterio de la velocidad excesiva derivado del art. 17 CCir, que se ponía en relación con el criterio general de la previsibilidad, deja de tener carácter absoluto. La regla ahora es que el cuidado no se extiende a todo lo que es previsible, sino sólo a *determinados* resultados previsible: no sólo a los que son normalmente previsible, sino además a los que son producidos *sin la concurrencia del comportamiento imprudente de*

²¹⁰ RJ 210.

²¹¹ Cfr., en ese mismo sentido, SSTS 21-1-1964 (RJ 290), 6-5-1964 (RJ 2418) y 20-6-1964 (3182).

un tercero. El comportamiento imprudente o antirreglamentario del tercero condiciona ahora claramente la responsabilidad penal del conductor. En concreto, se dice que ese tipo de comportamientos interrumpe la relación de causalidad y excluye la culpabilidad por no resultar previsible. De esto modo, el deber de cuidado del conductor se formula partiendo de la posibilidad de contar con el comportamiento prudente del tercero, lo que sin duda es un paso importante para el definitivo reconocimiento del principio de confianza.

Como se deduce de los problemas señalados anteriormente, esta limitación tiene, en realidad, dos importantes consecuencias. Por un lado, se restringe el ámbito de lo que es considerado previsible y, por tanto, el campo de aplicación del art. 17 CCir. Por otro lado, se permite completar o concretar el alcance de ese deber general recogido en el art. 17 CCir atendiendo a otras normas de circulación.

6.3. Matizaciones a la tesis que prohíbe la compensación de culpas en materia penal

Al negarse el carácter previsible del comportamiento imprudente de los terceros y, por tanto, el deber de prever ese comportamiento por parte del conductor, se otorgaba a la imprudencia de los terceros una importancia que contravenía la reiterada tesis jurisprudencial que negaba la compensación de culpas en materia penal. Como se ha visto, esta tesis no concedía ninguna relevancia al comportamiento del tercero y obligaba a valorar la conducta del sujeto atendiendo exclusivamente a la previsibilidad del resultado y al deber de reducir o detener la marcha ante el riesgo de accidente. Sin embargo, el Tribunal Supremo no llegó a rechazar expresamente la tesis mantenida hasta ese momento: durante los años sesenta siguió dictando sentencias en las que negaba abiertamente la compensación de culpas²¹². Lo que sí hizo, en ocasiones, fue matizar el sentido y alcance de esa tesis: hay alguna sentencia, por ejemplo, en la que si bien se reconoce que en Derecho penal no tiene cabida la compensación de

²¹² SSTS 9-1-1960 (RJ 14), 21-1-1960 (RJ 41), 18-3-1960 (RJ 688), 11-10-1960 (RJ 3043), 7-2-1961 (RJ 729), 3-3-1961 (RJ 807), 1-6-1963 (RJ 2840), 17-10-1963 (RJ 5066), 2-6-1964 (RJ 2839).

culpas, se termina diciendo que la imprudencia del tercero sirve para excluir o graduar la imprudencia del acusado²¹³. En otros casos, el Tribunal Supremo llegaba incluso a criticar o poner en duda expresamente la vigencia de esa tesis.

La STS de 30 de mayo de 1963²¹⁴ señala concretamente que «si bien es cierto que, a tenor de la doctrina reiteradamente proclamada por este Supremo Tribunal, la mal llamada “culpa” del ofendido o perjudicado no excluye, por si sola, la causalidad y la culpabilidad de la acción del reo, no lo es menos que la conducta del primero puede llegar a revestir tal entidad que, en determinados y concretos casos, se entronice en única causa eficiente del resultado, o que sin llegar a suprimir totalmente la causalidad de la acción del imputado, elimine la exigibilidad del deber cuya infracción pudo originar la culpa del último, como asimismo es cierto que la del ofendido puede llegar a enervar parcialmente la del reo, permitiendo degradarla desde el escalón más grave de la temeridad al menos elevado de la simplicidad, calificada o no por una concurrente contravención reglamentaria».

En esa misma línea, la STS de 21 de octubre de 1963²¹⁵, en el caso de un conductor que había colisionado con una moto que venía en sentido contrario, estima el recurso y rebaja la gravedad de la imprudencia porque la moto marchaba de forma zigzagueante. Según la sentencia, el accidente no fue causado sólo por la conducta del recurrente, y «aún cuando en nuestra dinámica jurídica viene imperando, quizá anticuadamente, el principio de no existir en lo penal compensación de culpas, al medir y valorar la entidad de éstas, es preciso situarse en el terreno más correcto y conforme a la realidad de la consecuencia punible sobrevenida».

Como puede apreciarse, estas matizaciones referidas a la tesis que negaba la compensación de culpas servían para reconocer la necesidad de valorar la conducta del tercero a la hora de determinar la responsabilidad del conductor. Una

²¹³ STS 21-11-1961 (RJ 3859).

²¹⁴ RJ 2270.

²¹⁵ RJ 4145.

vez que se había defendido expresamente la idea de que el conductor no tiene la obligación de prever los comportamientos imprudentes de los terceros y, de esa forma, se aceptaba la importancia del comportamiento del tercero para limitar el deber de reducir o detener la marcha que le imponía el art. 17 CCir, era sólo cuestión de tiempo que la tesis que prohibía la compensación de culpas dejara de tener sentido o, por lo menos, perdiera el significado que había tenido hasta ese momento. Habría de pasar todavía un tiempo para que el Tribunal Supremo dejara de apelar a la tesis que prohíbe la compensación de culpas, pero por el momento los cambios jurisprudenciales permitían entrar a valorar detenidamente la relación existente entre la imprudencia de los terceros y la del propio conductor.

6.4. *La posibilidad de contar con el respeto a la preferencia de paso*

Otra consecuencia importante que tenía el considerar imprevisibles los comportamientos imprudentes de los terceros era la posibilidad de limitar el deber general de cuidado atendiendo a las diferentes normas de circulación. El art. 17 CCir podía ser completado y concretado con otros preceptos como, por ejemplo, el que regulaba la preferencia de paso.

Como se ha explicado, si se entiende que las normas de circulación fijan determinados deberes de actuación a los participantes del tráfico en general –y, por tanto, también a los terceros–, el hecho de que el Tribunal Supremo no concediera ninguna relevancia al comportamiento de los terceros significaba que las normas reguladoras del tráfico difícilmente podían completar el deber general del art. 17 CCir. El Tribunal Supremo sólo llegaba a valorar aquellas normas que afectaban directamente al propio conductor que estaba siendo enjuiciado, normas como las de hacer señales acústicas o circular por la derecha, por ejemplo. Las normas que establecían un reparto de deberes con los terceros participantes del tráfico no recibían, en cambio, ninguna consideración. Tal era el caso, por ejemplo, de las normas que indican el modo en el que deben comportarse los peatones o, más claramente, el de las normas que regulan la preferencia de paso. Si conforme a los nuevos planteamientos se trataba, sin embargo, de analizar la conducta del tercero para ver si constituía una conducta imprudente que pudiera interrumpir la causalidad o excluir la previsibilidad, se hacía necesario analizar

también las normas que determinaban el deber de cuidado impuesto a ese tercero. Tales normas, por tanto, no podían seguir siendo desvirtuadas por la aplicación preferente del deber general recogido en el art. 17 CCir.

Ello se evidenciaba en el nuevo tratamiento que empezaba a darse a la normativa de preferencia. Esa normativa establecía claros deberes de actuación a los terceros participantes del tráfico, de modo que la lesión del derecho de preferencia podía verse como uno de los comportamientos imprudentes que resultan imprevisibles para el conductor. Así, el conductor que cuenta con la preferencia de paso podría introducirse en el cruce sin tener que prever la lesión de su derecho de preferencia por parte del tercero. La aplicación del art. 17 CCir quedaría limitada por el derecho de preferencia recogido en el art. 25 CCir.

Ese fue el desarrollo natural que siguió la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si bien a mediados de los años sesenta siguen dictándose algunas sentencias en las que se condena al sujeto que tiene la preferencia de paso por entender que su derecho no tiene un alcance absoluto²¹⁶, ya no se niega expresamente la relevancia de esa preferencia, sino que, simplemente, se pretende interpretar o limitar el alcance de la misma²¹⁷. No se trata ya de que el derecho de preferencia quede supeditado al deber de reducir o detener la marcha ante el riesgo de accidente, sino de determinar en qué casos ese derecho debe ser limitado. Así, junto a algunas sentencias que siguen centrando la atención en la velocidad excesiva del conductor²¹⁸, aparecen otras en las que se buscan nuevos criterios con los que poder precisar los términos en los que es posible gozar de la preferencia²¹⁹.

²¹⁶ SSTS 19-1-1963 (RJ 213), 2-7-1963 (RJ 3376), 24-12-1964 (RJ 5628), 12-5-1965 (RJ 2484), 9-6-1967 (RJ 2647).

²¹⁷ La STS 22-6-1967 (RJ 2828) explica que «aunque es cierto que esta Sala tiene declarado que tal derecho no es absoluto, hay que mantenerlo cuando el encuentro de los vehículos en un cruce es visible a distancia suficiente para prevenir el choque y el de la derecha no se presenta súbitamente, que es el caso de autor, porque entonces la más elemental prudencia obliga a llegar a tal punto en condiciones de poder ceder el paso a quien reglamentariamente debe pasar antes» .

²¹⁸ SSTS 2-7-1963 (RJ 3376), 26-10-1964 (RJ 4558), 9-6-1967 (RJ 2647).

²¹⁹ SSTS 12-5-1965 (RJ 2484), 6-6-1966 (RJ 2895), 7-11-1967 (RJ 4204), 29-11-1967 (RJ 4296).

Al mismo tiempo, aumenta de manera considerable el número de sentencias que aplican el art. 25 CCir y absuelven al conductor que, gozando de la preferencia de paso, no prevé la posible colisión con el tercero²²⁰. En ocasiones, ello se hace incluso después de haber reconocido que la velocidad del conductor había sido excesiva²²¹. Se niega, en ese sentido, el deber del conductor de prever la infracción del tercero, apelando al criterio general que considera imprevisibles los comportamientos imprudentes de los terceros²²². Se impone la idea de que la preferencia de paso lleva implícita la posibilidad de no tener que prever la lesión del derecho de preferencia²²³.

Cierto es que seguía habiendo sentencias en las que se limitaba el derecho de preferencia apelando a la velocidad excesiva del conductor y que, de esa forma, se seguía incurriendo en las contradicciones a las que se ha venido haciendo referencia. Sin embargo, poco a poco ese criterio de la velocidad excesiva se ponía en relación con otros criterios más precisos y no se utilizaba simplemente para demostrar que el sujeto no estaba en condiciones de detener la marcha ante el riesgo de accidente, tal y como exigía el art. 17 CCir. Por una parte, se atendía al hecho de que el conductor que goza de la preferencia condujese a tal velocidad que impidiera al tercero cumplir con su deber de ceder el paso²²⁴. Por otra parte, se consideraba determinante que el tercero hubiera llegado antes al cruce y, por tanto, hubiera adquirido una especie de preferencia cronológica o hubiera evidenciado ya la lesión del derecho de preferencia del otro conductor²²⁵. Llega un momento en el que las consideraciones sobre la preferencia de paso se limitan pues a definir el alcance de la misma, sin acudir directamente al criterio de la

²²⁰ SSTS 18-1-1963 (RJ 196), 19-1-1963 (RJ 211), 29-1-1963 (RJ 355), 25-3-1963 (RJ 1213), 13-3-1964 (RJ 1436), 23-5-1967 (RJ 2511).

²²¹ SSTS 19-1-1963 (RJ 211), 13-3-1964 (RJ 1436), 23-5-1967 (RJ 2511).

²²² SSTS 13-3-1964 (RJ 1436), 6-5-1964 (RJ 2418).

²²³ De hecho, es precisamente en este contexto donde por primera vez se hace referencia a la *confianza*. En la STS de 25 de marzo de 1963 (RJ 1213), concretamente, se considera responsable únicamente al sujeto que lesiona la preferencia porque «cierra la marcha a quien creyendo que las normas de circulación serán cumplidas, avanza *confiadamente*». Cfr. también, en un sentido parecido, STS 26-6-1967 (RJ 3411).

²²⁴ STS 19-1-1963 (RJ 211), 10-4-1967 (RJ 1542)

²²⁵ SSTS 6-6-1966 (RJ 2895), 7-11-1967 (RJ 4204), 29-11-1967 (RJ 4296)

velocidad excesiva o a un deber genérico superior como el del art. 17 CCir. De ese modo, se permite que la normativa de preferencia opere por sí misma como criterio determinante de la imprudencia del conductor. Hay que reconocer, sin embargo, que esos criterios delimitadores no siempre resultaban clarificadores. Así, por ejemplo, no siempre se daba la misma importancia al hecho de que el tercero llegase antes al cruce. En ocasiones, se insistía en que incluso en esos casos eran más intensos los deberes de cuidado del tercero. No obstante, lo importante es que se iba reconociendo la necesidad de valorar los deberes de cuidado de los distintos participantes del tráfico. Con independencia de los concretos límites que intentaban ponerse a la preferencia de paso, se establecía como principio general la posibilidad de *confiar* en el cumplimiento de la misma por parte del tercero. A finales de los años sesenta, efectivamente, ya no sólo se indicaba que quien goza de la preferencia de paso actúa *confiando* en la misma, sino que además se reconocía expresamente que queda amparado por el llamado *principio de confianza en la normalidad del tráfico*²²⁶.

7. El reconocimiento expreso del principio de confianza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Fue en los años sesenta del pasado siglo cuando, por primera vez, el Tribunal Supremo hizo referencia expresa a la existencia de un principio de confianza en el ámbito del tráfico viario. Dicho principio surgió como consecuencia de los nuevos criterios jurisprudenciales empleados para determinar la responsabilidad por imprudencia de los conductores de automóviles. Una vez que se había reconocido la posibilidad de no tener que prever el comportamiento imprudente o antirreglamentario de los terceros y una vez que, partiendo de ahí, se permitía que las normas del tráfico que fijaban los deberes de los terceros limitasen el deber general del art. 17 CCir, se estaba en condiciones de afirmar que el conductor que cumple las normas de tráfico puede actuar confiando en que los demás participantes del tráfico se comporten correctamente.

²²⁶ Una de las primeras es la STS 28-4-1967 (RJ 1865).

La primera sentencia que reconoce expresamente este principio de confianza es la STS de 11 de noviembre de 1963²²⁷. En esta sentencia se resuelve un caso en el que el conductor de una motocicleta colisiona con un automóvil que, viniendo en sentido contrario, gira a la izquierda atravesando el carril por el que circulaba la motocicleta. El tribunal de instancia condenó por imprudencia temeraria al motorista por considerar que, habiendo visto detenido el vehículo del otro conductor, debía haber reducido o detenido la marcha en virtud del art. 17 CCir. El Tribunal Supremo, sin embargo, estima el recurso y absuelve al acusado por entender que el conductor del automóvil había infringido el art. 25 a) CCir, que le imponía el deber de asegurarse la posibilidad de girar a la izquierda sin poner en peligro a los conductores que vinieran en sentido contrario. Señala expresamente el Tribunal Supremo que «el desarrollo de la jurisprudencia de esta Sala en torno al Derecho de la circulación, muestra, a la más reciente, inspirada en el *principio de la confianza ajustada a la normalidad del tráfico, según el cual, todo partícipe en la circulación rodada, respetuoso de los demás usuarios –y que, por tanto, no da ocasión de reacciones anormales– puede esperar también lo mismo de los restantes copartícipes, sin que deba pues, contar con el comportamiento antirreglamentario de los últimos, ya que en estos casos de riesgo socialmente útil y habitual, como es el originado por la circulación, el deber de cuidado no puede ser medido de un modo tal que del beneficio de la seguridad absoluta del tráfico, resulte el mal de su total paralización» (sin cursiva en el original).*

En esta sentencia se hace referencia a un nuevo o reciente principio que orienta el Derecho de la circulación y que se denomina «principio de la confianza ajustada a la normalidad del tráfico». Según este principio, *todo participante del tráfico que se comporta correctamente, respetando a los demás usuarios, puede esperar que esos otros usuarios hagan también lo mismo y no se comporten de manera antirreglamentaria*. Para apoyar este principio se acude a la idea de que la circulación es un riesgo socialmente útil o habitual que no puede ser totalmente paralizado en beneficio de la seguridad absoluta.

²²⁷ RJ 4489.

Este principio se reconocía con carácter general, de modo que podía ser de aplicación en diferentes situaciones del tráfico. Sin embargo, las primeras sentencias que utilizaron este principio lo hicieron sobre todo en el contexto de la preferencia de paso.

Así, por ejemplo, la STS 28 de abril de 1967²²⁸ condenaba al sujeto que había lesionado la preferencia de paso afirmando que a favor del otro sujeto «estaba el principio de la confianza en la normalidad del tráfico, que pone de relieve el hecho probado al decir que creía fundadamente que el otro vehículo le cedía el preferente paso que tenía»²²⁹. Igualmente, la STS de 26 de junio de 1967 sostiene que el sujeto que goza de la preferencia «tiene que ir confiado en que nadie le interceptará su camino, y en esta confianza que inspira la normatividad del tráfico no podía prever que el automóvil se le cruzase inesperadamente»²³⁰.

A partir de ese momento, se van sucediendo diversas sentencias en las que, con independencia de que se llegara o no a aplicar este principio, se hacía expresa mención al mismo y se realizaban algunas consideraciones sobre su posible fundamentación y sus posibles limitaciones. Con lo dicho en esas sentencias, se iban perfilando las principales características del nuevo principio jurisprudencial.

Destaca en este sentido, por ejemplo, la STS de 27 de noviembre de 1964²³¹, que, en un caso muy parecido al que resolvía la sentencia mencionada de 1963, reproducía literalmente el texto anteriormente destacado y añadía que: «el anterior principio está matizado en su aplicación, entre otras, por la regla, según la cual el usuario de la vía pública que viene conduciéndose de modo diligente y reglamentario, pero que advierte un comportamiento antirreglamentario por parte de otro copartícipe, engendrador de un peligro específico, no puede escudarse en aquella conducta anterior, ajustada a las reglas de la circulación, para

²²⁸ RJ 1865.

²²⁹ RJ 1865.

²³⁰ RJ 3411.

²³¹ RJ 5138.

liberarse de toda responsabilidad, ya que cuantos hacen uso de las vías públicas deben comportarse de suerte que resulten evitados o disminuidos los peligros específicos».

Por otra parte, la STS de 24 de enero de 1969²³² incide también en la importancia del principio de confianza y declara lo siguiente: «Que la permisión del tráfico, por la utilidad sociológica que proporciona, a pesar de que su desarrollo es necesariamente peligroso, se efectúa a medio de su reglamentación minuciosa que evite o disminuya el riesgo, y que enmarque su desarrollo cauteloso y eficaz y su fluencia, dentro de la necesaria concurrencia de personas que en él participan, por lo que esta normación (sic.) y el lógico cumplimiento de lo mandado, hace forjar la creencia en cada conductor de vehículo o usuario, de que si en su dinámica actitud traslativa, acata las normas que le vinculan, actuando adecuadamente, con normal atención y cuidado, puede tener la confianza de que los otros copartícipes han de circular guardando también las disposiciones reglamentarias —expectativa de un comportamiento correcto—, pues a ello le autoriza el conocido y aplicado principio de la confianza en un comportamiento adecuado, que como regla general deriva de la experiencia práctica conocida».

Esta misma sentencia añadía: «Que esta regla *excepcionalmente se limita*, por la que exige a ultranza la seguridad en el tráfico dada su prevalente y esencial condición, cuando el conductor respetuoso puede prever en otro usuario vial una posible conducta antirreglamentaria de peligro concreto, atendiendo a las circunstancias personales y externas, que le impongan no parapetarse detrás de su actividad respetuosa previa, eliminándolo, atropellándolo o dañándolo, sino que para no ser reprochado en su quehacer, como causante del peligro esencial y específico, debe suplir con su mayor cautela y dejación del uso del ya aparente derecho, las inseguridades o defectos de comportamiento que prevea en los demás» (sin cursiva en el original).

²³² RJ 335.

Finalmente, resulta igualmente ilustrativa la STS de 14 de noviembre de 1970²³³, que en un caso de preferencia de paso sostiene que: «la sentencia *a quo* aplicó correctamente el principio de la confianza ajustado a la normalidad del tráfico, reiteradamente afirmado por la más reciente jurisprudencia de esta Sala, según el cual, todo partícipe en la circulación rodada que se comporta reglamentariamente, tiene derecho a esperar –expectativa legítima– un comportamiento igualmente ajustado a la norma en los demás partícipes del tráfico, y si bien es cierto que este principio puede ceder en casos determinados, en que tratándose de niños, ancianos o minusválidos es previsible su reacción anormal y el conductor debe contar con ella y actuar con una mayor cautela, precisamente en defensa del interés más relevante, esto es, la vida o integridad personal del infractor de la norma, confrontado con el interés general del tráfico, pues de lo contrario y extremado hasta sus últimas consecuencias aquel principio de confianza, se otorgaría al conductor que acata formalmente las reglas circulatorias un inadmisibile *ius vitae acciscuae* sobre quien las vulnera por debilidad o inconsciencia con la consiguiente subversión de las más elementales categorías jurídicas de bienes, no es menos cierto que en el caso contemplado no puede darse paso a esa excepción defensiva, puesto que el procesado, absuelto por la Audiencia, no podía captar la reacción anormal del otro conductor».

De lo establecido en estas sentencias pueden extraerse las siguientes consideraciones generales: *Primera*: el principio de la confianza en la normalidad del tráfico es un principio o regla general que inspira el Derecho de la circulación viaria. *Segunda*: conforme a este principio, todo sujeto que partícipe en el tráfico viario y se comporte reglamentariamente puede confiar en que los demás participantes del tráfico se comportarán igualmente de manera reglamentaria. *Tercera*: el requisito de que el sujeto haya cumplido previamente las normas de circulación y haya respetado a los terceros pretende, en principio, descartar la posibilidad de que el propio conductor provoque las reacciones anormales de los terceros. *Cuarta*: este principio de confianza se relaciona con la idea de que el tráfico viario es una actividad peligrosa que resulta permitida por su utilidad y habitualidad social. *Quinta*: dicho principio cuenta con distintas

²³³ RJ 4653.

fundamentaciones: por una parte, se hace referencia a la idea de que es necesario garantizar cierta fluidez del tráfico; por otra parte, se indica que la existencia de normas que regulan el tráfico tiene como consecuencia que el sujeto que cumpla con esas normas pueda confiar en que los demás participantes del tráfico hagan también lo mismo; finalmente, se declara que esa regla general se deriva de la experiencia práctica conocida. *Sexta*: la posibilidad de confiar en el comportamiento reglamentario de los terceros se encuentra *excepcionalmente* limitada, sin embargo, por otra regla general, según la cual el sujeto que prevé o puede prever el posible comportamiento antirreglamentario del tercero, debe renunciar a su derecho y emplear una especial cautela para anular los riesgos que pudiera generar la conducta del tercero; se entiende, concretamente, que la confianza cede ante niños, ancianos y minusválidos, cuya previsible reacción anormal debe ser tomada en cuenta por el sujeto para anular el posible riesgo y proteger bienes tan preponderantes como la vida y la integridad personal; para justificar a su vez estas limitaciones o bien se apela a un deber general de todos los participantes de velar por la seguridad del tráfico evitando o disminuyendo los peligros específicos que se presenten, o bien se argumenta en el sentido de que lo contrario supondría conceder al sujeto que respeta las normas un derecho para disponer libremente de la vida o integridad física de los terceros infractores (*iuss vitae acciscuae*).

Con independencia de las reflexiones de carácter general que se realizarán más adelante sobre las distintas limitaciones o excepciones reconocidas al principio de confianza²³⁴, resulta conveniente, en este momento, llamar la atención sobre la forma en que empezó a aplicarse este principio de confianza, una vez reconocido como principio rector del Derecho de la circulación y una vez identificadas sus principales excepciones o limitaciones.

Como se ha visto, al mismo tiempo que el Tribunal Supremo enunciaba el principio de confianza, declaraba que dicho principio deja de ser de aplicación en aquellos casos en los que el sujeto prevé o puede prever el comportamiento antirreglamentario del tercero. En la medida en que no se precisaba cuándo ello

²³⁴ Cfr. *infra* cap.2, ap. II.

era así, parecía llegarse a la conclusión de que sólo se puede confiar en el comportamiento prudente del tercero cuando no es previsible el comportamiento imprudente. Se corría el riesgo de volver a centrar toda la atención en la previsibilidad, sin poder determinar claramente los comportamientos ajenos con los que es necesario contar y sin poder delimitar, por tanto, el deber general del art. 17 CCir. Al establecerse un límite *general* basado en la previsibilidad del comportamiento imprudente del tercero, la aplicación del principio de confianza terminaba siendo bastante irregular. Había casos que, aun siendo parecidos, se resolvían unas veces reconociendo el principio de confianza y otras veces apelando a la regla general que excluía o limitaba la aplicación de este principio. Tales distorsiones se pusieron especialmente de relieve cuando el Tribunal Supremo, al definir la regla general que limitaba la aplicación del principio de confianza, empezó a hacer referencia al llamado *principio de defensa*.

8. El principio de confianza y el principio de defensa

Desde el mismo momento en que se empezó a reconocer la vigencia del principio de confianza, se fueron destacando también las limitaciones generales con las que contaba este principio. Muy pronto esas limitaciones fueron agrupadas en torno a un nuevo principio denominado, inicialmente, «principio de defensa».

Así, la STS de 2 junio de 1967²³⁵, en un caso en el que el acusado había atropellado a una mujer que intentaba cruzar la carretera de manera antirreglamentaria, señalaba que los conductores deben conjugar armónicamente los principios de *confianza* y de *defensa*, es decir: «suponiendo y esperando que los usuarios de las vías cumplirán sus respectivos deberes en la circulación, pero aprestados también a defender su propia vida e integridad y la de otros concurrentes en el tránsito viario, si como por desgracia ocurre peatones y conductores olvidan frecuentemente las reglas del juego circulatorio y sin olvidar tampoco, que también niños, enfermos, ebrios, ciegos, impedidos, y la gran masa de oligofrénicos e inconscientes circulan muchas veces con olvido de todo cuidado y atención, sin que por ello tenga justificación ni disculpa

²³⁵ RJ 2811.

que quienes conducen vehículos prepotentes y de notoria peligrosidad, deban desentenderse de las situaciones de emergencia en el tráfico aunque no las hubieren provocado ni fueran, en principio, culpables de las mismas, pues la culpa ajena no legitima la propia y no debe preponderar la Ley del más fuerte en las controversias circulatorias frente a los desmanes o errores del más débil, en este caso el peatón».

Añadía el Tribunal Supremo en esa misma sentencia que: «a esta concepción proteccionista, piadosa y francamente cristiana responde, a pesar de sus imperfecciones, el art. 17 del vigente CCir, que impone al conductor el control en todo momento de la conducción de su vehículo y la obligación de adoptar en cualquier supuesto de emergencia las precauciones necesarias para evitar el daño propio y de los restantes utilizadores de las vías públicas, sin que como reiteradamente ha declarado la doctrina de esta Sala pueda compensarse la culpa de la víctima con el imprudente actuar de los conductores causantes inmediatos del daño».

Según esta sentencia, el principio de defensa implica un deber de los conductores de velar por la seguridad de los terceros en atención a la frecuencia con la que se incumplen las diferentes normas del tráfico. No se aclara si ese deber de cuidado se presenta sólo cuando, dadas las circunstancias, resulta especialmente probable que el tercero incumpla la norma, o también cuando, simplemente, es posible que la incumpla. La mención específica a los niños y enfermos no va acompañada de ninguna matización en ese sentido. Podría pensarse que ese deber sólo aparece cuando el tercero ha incumplido la normativa o cuando se producen situaciones excepcionales, pues ciertamente la sentencia hace referencia expresamente a las «situaciones de emergencia». Sin embargo, también sostiene que «la culpa ajena no legitima la propia», que no cabe la compensación de culpas y que, en todo caso, hay que tener en cuenta el deber general de reducir o detener la marcha que impone el art. 17 CCir.

Con el reconocimiento de este principio de defensa, el Tribunal Supremo parecía a volver a las tesis que había mantenido antes de los años sesenta. Al establecer el deber de prever las infracciones de los terceros y acudir al deber

general del art. 17 CCir, estaba desmarcándose de las recientes tesis jurisprudenciales basadas en la confianza.

Ello se confirmó poco después cuando, en la STS de 4 de diciembre de 1967²³⁶, se desestimó el recurso interpuesto por un conductor que había sido condenado por atropellar a un ciclista que se había saltado un *stop*²³⁷. En este caso, el Tribunal Supremo entendió que el acusado había infringido el art. 17 CCir por llevar una velocidad excesiva. La velocidad resultaba excesiva, según la sentencia, no porque existiera una limitación concreta, sino porque se trataba de un cruce, y el apartado b) del art. 17 CCir obliga a moderar la marcha en ese tipo de casos. Se aclaraba, en este mismo sentido, que el art. 17 CCir no hace ninguna distinción en función de que el sujeto tenga o no preferencia en el cruce. Se concluía afirmando que la preferencia de paso no puede justificar la conducta descuidada del acusado y que: «en la colisión de los principios de “confianza” y “defensa” debe prevalecer este último, ya que aunque los demás usuarios de la vía quebranten la confianza que cabe esperar en que observarán las normas circulatorias, *debe ser prevista la inobservancia, para no acumular a la ajena la imprudencia propia*» (sin cursiva en el original)

En esta sentencia, por tanto, se fijaba el deber de prever la conducta antirreglamentaria del tercero para no acumular a la –posible– imprudencia ajena la imprudencia propia. Al mismo tiempo se volvía a conceder al deber general del art. 17 CCir y al criterio de la velocidad excesiva un carácter ilimitado: incluso en los casos de preferencia de paso, ese deber general no hace distinciones de ningún tipo y no puede, por tanto, dejar de ser observado. Por esa razón, no es de extrañar que el Tribunal Supremo dijera expresamente que el principio de defensa prevalecía sobre el principio de confianza.

²³⁶ RJ 5246.

²³⁷ En un caso idéntico, sin embargo, la STS 14-11-1970 (RJ 4653) llega a una solución completamente distinta aplicando el principio de confianza y absolviendo al conductor que había confiado en que el ciclista respetara el *stop*.

Esa preferencia otorgada al principio de defensa se fue consolidando posteriormente en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. De hecho, a finales de los años sesenta y principios de los años setenta es mucho mayor el número de sentencias que aplican este principio que el de sentencias que aplican el principio de confianza. El Tribunal Supremo, sin embargo, ni siempre justificaba igualmente la primacía del principio de defensa, ni siempre concedía a este principio el mismo alcance. De las consideraciones realizadas a este respecto por el Tribunal Supremo, no resulta nada fácil extraer algún criterio claro sobre el significado del principio de defensa o sobre su relación con el principio de confianza.

Por una parte, aunque se insistiese constantemente en la preferencia del principio de defensa, no se llegaba a negar la vigencia del principio de confianza. Ambos principios eran definidos como los principios reguladores del Derecho del tráfico. Ciertamente es que durante un tiempo se dictaron varias sentencias en las que únicamente se mencionaba el principio de defensa y no se recordaba la vigencia del principio de confianza, pero también es cierto que este principio no llegaba a ser nunca expresamente rechazado. Ello no deja de resultar sorprendente desde el momento en que, al definir el principio de defensa, el Tribunal Supremo hacía alusión al deber general de prever las posibles conductas antirreglamentarias de los terceros²³⁸. Al no relacionar expresamente el principio de defensa con los *límites* del principio de confianza, el Tribunal Supremo parecía aceptar la convivencia de dos principios generales con contenidos contradictorios. Si se proclamaba con carácter general –sin hacer mayores precisiones– el deber de prever el comportamiento antirreglamentario de los terceros, se hacía difícil seguir reconociendo la existencia de un principio de confianza²³⁹.

Buena parte de la confusión generada en este tema por el Tribunal Supremo se debía precisamente al hecho de que no quedaran suficientemente

²³⁸ SSTS 4-12-1967 (RJ 5246), 22-1-1973 (RJ 269), 16-5-1974 (RJ 2303).

²³⁹ Ello fue en su momento advertido y criticado por ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 346, para quien, de esta forma, se vinculaba el principio de confianza con la imprevisibilidad del resultado y se terminaba incurriendo en una cierta confusión, pues el sentido del principio de confianza es precisamente limitar la responsabilidad en los casos en los que es previsible la producción del resultado lesivo.

claras las concretas infracciones de los terceros con las que era necesario contar. En ocasiones, simplemente se decía que hay un principio de defensa que limita el principio de confianza ante niños, ancianos y discapacitados, ya que respecto de tales sujetos es de esperar en todo caso un comportamiento anormal o contrario a las reglas del tráfico²⁴⁰. En otras ocasiones, sin embargo, el deber de contar con los comportamientos antirreglamentarios o imprudentes de los terceros se reconocía con carácter general, sin hacer ulteriores aclaraciones²⁴¹.

Esa misma confusión se reflejaba a la hora de fundamentar la primacía otorgada al principio de defensa. Junto con las consideraciones que se basaban en el creciente peligro que entrañaba la actividad del tráfico viario, en la especial debilidad de los peatones frente a los conductores o en la mayor importancia de la vida y la integridad de las personas, aparecía también a menudo el argumento relativo a la imposibilidad de conceder a los sujetos un derecho a disponer de la vida o integridad de los terceros que se comportan de manera antirreglamentaria. En principio, parecería que este último argumento sólo tendría sentido en los casos en los que el tercero ha infringido la norma del tráfico o está a punto de hacerlo, pues lo que se critica es que el conductor pueda tener una especie de derecho de vida o muerte (*ius vitae accisquae* / *ius vitae necisquae*) sobre los terceros, pero incluso cuando no quedaba claro que el tercero estaba comportándose de manera antirreglamentaria, se apelaba también al principio de defensa²⁴².

Finalmente, tampoco quedaba claro el alcance que se quería conceder al principio de defensa. Al ponerse en relación este principio con la tesis que prohíbe la compensación de culpas en materia penal y con el omnipotente deber general establecido en el art. 17 CCir, parecía que se volvía a negar la relevancia del

²⁴⁰ SSTS 24-1-1969 (RJ 335), 14-12-1970 (RJ 5289).

²⁴¹ SSTS 29-12-1972 (RJ 5578), 22-1-1973 (RJ 269), 16-5-1974 (RJ 2303).

²⁴² No queda claro, por ejemplo, en las SSTS 29-12-1972 (RJ 5578) y 16-5-1974 (RJ 2303), cuando dicen que «no puede otorgarse una especie de *ius vitae necisquae* al que pilota un vehículo de motor sobre el peatón atolondrado, distraído o meramente retrasado en un cruce que no cumple las normas a él destinadas». Parece que se parte de un incumplimiento de la norma, pero lo cierto es que se parte del «deber de prevenir, hasta donde es posible, el defectuoso comportamiento de los demás usuarios de la vía». Por otra parte, al exponer el supuesto de hecho tampoco se precisa el momento en el que se observa la conducta del tercero.

comportamiento imprudente del tercero a la hora de determinar la responsabilidad penal del conductor. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en los casos en los que aplicaba preferentemente el principio de defensa e incluso reivindicaba la tesis que negaba la compensación de culpas en materia penal, decía que el comportamiento imprudente del tercero debía ser tenido en cuenta para valorar el grado de responsabilidad que cabía reconocer al acusado²⁴³, empezando a admitir de esta forma la *conurrencia de culpas* como criterio para degradar la responsabilidad del conductor²⁴⁴.

Así pues, el principio de defensa generaba cierto estado de confusión respecto al principio de confianza. Simplemente se utilizaba para negar la posibilidad de confiar en el comportamiento reglamentario del tercero, sin explicar en qué medida ello respondía a las limitaciones propias del principio de confianza o a una verdadera regla general que pudiese acabar completamente con este principio. Cuando se reconocía un deber de prever las infracciones de los terceros, el principio de defensa no sólo se imponía al principio de confianza, sino que incluso llegaba a privarle totalmente de sentido. No se hacía una clara distinción entre la necesidad de prever el comportamiento imprudente de los niños, ancianos y discapacitados y la necesidad de prever el comportamiento imprudente de los terceros con carácter general.

Por otra parte, empezaba a establecerse una relación entre la seguridad del tráfico y el principio de defensa, hasta el punto de que dicho principio también llegó a ser definido como *principio de seguridad*²⁴⁵, un principio que implicaba el deber de prevenir, en la medida de lo posible, el comportamiento defectuoso de los terceros²⁴⁶. A partir de ahí, se centraba claramente la atención en el deber general del art. 17 CCir, que, según el Tribunal Supremo, establecía como principio central del Derecho del tráfico el principio de seguridad, desplazando

²⁴³ Vid, por ejemplo, las SSTS 29-12-1972 (RJ 5578), 16-5-1974 (RJ 2303)

²⁴⁴ Cfr. *infra* II.9.

²⁴⁵ STS 22-1-1973 (RJ 269).

²⁴⁶ STS 16-5-1974 (RJ 2303).

claramente al principio de confianza²⁴⁷. De esta forma, lo que resultaba determinante era, únicamente, que el sujeto hubiera infringido ese deber de reducir o detener la marcha ante el riesgo de accidente circulando con una velocidad excesiva. Este deber vuelve a imponerse como criterio general y se empieza a ver en él un nuevo principio llamado a inspirar también el Derecho del tráfico²⁴⁸. Se trataba del *principio de conducción dirigida*, en virtud del cual el conductor debe estar en condiciones de ser dueño en todo momento del movimiento de su vehículo, así como reducir o detener la marcha en situaciones en las que exista un riesgo de accidente. Unas veces el principio de conducción dirigida se presentaba como una concreción del principio de seguridad o de defensa que obligaba a prevenir los defectuosos comportamientos de los terceros²⁴⁹, y otras veces se consideraban equivalentes ambos principios²⁵⁰. En cualquier caso, el principio de conducción dirigida, expresado en el art. 17 CCir, terminaba siendo definido como «verdadero frontispicio del derecho del tráfico»²⁵¹.

En la medida en que el principio de defensa, de seguridad o de conducción dirigida, no era correctamente definido y no se explicaba la relación con el principio de confianza, el Tribunal Supremo parecía renunciar al desarrollo jurisprudencial que se había venido produciendo. Se corría el riesgo de incurrir de nuevo en el casuismo y en el confusionismo que habían caracterizado la jurisprudencia española en esta materia hasta los años sesenta del pasado siglo XX.

9. El principio de confianza y la concurrencia de culpas

A partir los años setenta del pasado siglo XX, el Tribunal Supremo tomaba como principal punto de referencia el principio de conducción dirigida y el deber

²⁴⁷ STS 22-1-1973 (RJ 269).

²⁴⁸ SSTs 25-3-1975 (RJ 1497), 5-5-1975 (RJ 1797), 19-5-1975 (RJ 2225).

²⁴⁹ SSTs 14-12-1970 (RJ 5289), 16-5-1974 (RJ 2303).

²⁵⁰ STS 6-5-1975 (RJ 1945).

²⁵¹ STS 6-5-1975 (RJ 1945).

general del art. 17 CCir. Lo importante, según el Tribunal Supremo, ya no es si, en atención a las circunstancias de cada caso, el conductor tiene o no que prever el comportamiento incorrecto de los terceros, sino si ha cumplido ese deber general de dominar en todo momento su vehículo. Con ello, sin embargo, ni se renunciaba expresamente a la existencia de un principio de confianza, ni se dejaba de tomar en consideración la posible conducta incorrecta de los terceros; simplemente se destacaba la primacía del principio de defensa o de conducción dirigida y se relegaba al principio de confianza a un segundo plano. El principio de confianza empezaba a vincularse a la posibilidad de degradar la responsabilidad del conductor cuando concurría la culpa de la víctima o de un tercero. La concurrencia de culpas entre el conductor y el tercero obligaba a valorar la aportación causal de cada uno de ellos para saber en qué medida se podía rebajar la responsabilidad por imprudencia del conductor, pasando de un delito de imprudencia temeraria a un delito de imprudencia simple o, incluso, a una falta²⁵².

Dice la STS de 1 de febrero de 1977²⁵³ que «la circulación nocturna de vehículos a motor se gobierna por un principio fundamental, cual es el de adecuar la velocidad a la distancia iluminada por las luces o proyectores del vehículo (...) que no es sino deducción del principio más amplio y genérico de la conducción dirigida, o de seguridad o autodomínio en el manejo del vehículo consagrado dogmáticamente en el párrafo preliminar del art. 17 CCir. Que si bien debe ser complementado con el principio de confianza o expectativa de que los demás implicados en la circulación (...) cumplirán igualmente las reglas dirigidas conjuntamente a conductores y viandantes (...) no puede perderse de vista que este último principio está subordinado al que le sirve de antecedente, pues *el conductor se haya (sic.) obligado a prevenir el defectuoso comportamiento de los demás usuarios de la vía pública, singularmente cuando de peatones se trate, (...) sin perjuicio, claro está, de que la interferencia de unos y otros factores sirva para graduar la imprudencia*

²⁵² SSTS 23-1-1976 (RJ 175), 17-5-1977 (RJ 2296), 17-10-1977 (RJ 3710), 12-4-1978 (RJ 1331), 17-4-1978 (RJ 1430), 18-11-1978 (RJ 3725), 5-2-1979 (RJ 367), 24-9-1979 (RJ 3134), 15-10-1979 (RJ 3598), 25-6-1980 (RJ 2992), 30-6-1980 (RJ 3968), 21-11-1980 (RJ 4527), 2-7-1981 (RJ 3129), 10-4-1984 (RJ 2346), 8-6-1985 (RJ 2876), 25-9-1986 (RJ 4837), 27-12-1986 (RJ 7997). Se muestra crítica con esta interpretación la STS 18-3-2002 (RJ 6691).

²⁵³ RJ 301.

punible del conductor y aún en casos extremos, de evidente inexigibilidad, hasta hacerla desaparecer» (sin cursiva en el original)

Más claramente, la STS 15-10-179²⁵⁴ afirma que el conductor debe evitar «el riesgo de colisión con vehículos o personas que puedan surgir desde las tinieblas, realizando así el principio de seguridad o de conducción dirigida, sin perjuicio de que si los demás conductores o viandantes no circulan de manera ortodoxa o invaden la calzada o la obstruyen de manera antirreglamentaria, *tal vulneración del principio de confianza* (sin que haya lugar a su excepcional derogación por el de defensa), *deba jugar para graduar desde el plano causal la culpa o imprudencia del conductor* que entre en colisión con tales obstáculos» (sin cursiva en el original).

Con este tipo de planteamientos, el Tribunal Supremo daba lugar a una situación todavía más confusa. Ya no tenía necesidad de establecer un criterio con el que determinar en qué medida el conductor debía adaptar su comportamiento a la posible conducta incorrecta del tercero ni de precisar, por tanto, la relación entre el principio de confianza y el principio de defensa. En lugar de analizar si la conducta incorrecta del tercero, por alguna razón, resultaba ciertamente previsible o había sido provocada por el propio conductor –que, en principio, eran los límites que llevaba unido el principio de confianza–, valoraba de manera independiente la responsabilidad del conductor y la responsabilidad del tercero. Primero determinaba la responsabilidad del conductor apelando a algo tan genérico como la velocidad excesiva –proclamando incluso el deber de prever la conducta incorrecta de los terceros– y, a partir de ahí, graduaba esa responsabilidad en atención a su mayor o menor contribución causal en comparación con la conducta del tercero²⁵⁵. Ello provocaba, en última instancia, un mayor número de sentencias condenatorias, pues una vez admitido que el conductor había infringido el deber general del art. 17 CCir, la contribución causal de la conducta incorrecta del

²⁵⁴ RJ 3598.

²⁵⁵ Lo que de por sí puede resultar criticable si se considera que la gravedad de la imprudencia no ha de depender de la gravedad del resultado producido, sino sólo de la gravedad de la infracción del deber de cuidado. Cfr., este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, pp. 346-347.

tercero rara vez llegaba a considerarse de tal intensidad que pudiera anular por completo la responsabilidad del conductor.

Así, por ejemplo, en la STS de 12 de abril de 1978²⁵⁶ se condena por falta de imprudencia con resultado de muerte al conductor de un vehículo que, al coronar un cambio de rasante, se encuentra a un mulo que viene en sentido contrario por su mismo carril, viéndose obligado a realizar una maniobra para evitarlo y colisionando con otro vehículo cuyo conductor resulta muerto. El Tribunal Supremo rechaza que el acusado pueda apelar al principio de confianza porque este principio «se halla subordinado al de conducción dirigida, por lo que todo conductor debe prever los posibles comportamientos defectuosos de los demás usuarios de la vía, sin perjuicio de que la concurrencia de tal circunstancia pueda servir –como en el caso concreto objeto de la presente causa lo ha hecho la Sala de instancia en su acertada y perfectamente razonada sentencia– para graduar la imprudencia punible del conductor, o, incluso, en casos excepcionales, para hacerla desaparecer».

En esta misma línea, se encuentran distintas sentencias en las que se condena al conductor, a pesar de la conducta incorrecta del tercero, en atención, simplemente, a la infracción del art. 17 CCir que se produce por llevar una velocidad excesiva²⁵⁷ o por no ajustar la velocidad a la distancia iluminada²⁵⁸, partiendo del deber general de prever la conducta incorrecta del tercero y prescindiendo de tomar en consideración el posible incumplimiento de otras normas más concretas –como las relativas al límite de velocidad– o a la existencia de factores relacionados con el contexto o con la persona del tercero que pudieran hacer especialmente previsible la producción del resultado lesivo. Dado que con estos nuevos planteamientos no se contribuía a aclarar la relación entre el principio de confianza y el principio de defensa, ambos principios acababan conviviendo en igualdad de condiciones dándose preferencia a uno u otro de manera poco fundamentada. En algunos casos, el Tribunal Supremo seguía

²⁵⁶ RJ 1331.

²⁵⁷ SSTs 5-2-1979 (RJ 367), 14-5-1979 (RJ 2010), 24-5-1979 (RJ 2151), 14-3-1980 (RJ 1126).

²⁵⁸ SSTs 1-2-1977 (RJ 301), 18-11-1978 (RJ 3725), 25-6-1980 (RJ 2992).

aplicando el principio de confianza para negar el deber de prever la conducta incorrecta del tercero sin explicar por qué dejaba de apelar al deber genérico del art. 17 CCir, incurriendo de nuevo en el casuismo propio de los años cincuenta. Puede apreciarse, efectivamente, cómo en los casos, por ejemplo, en los que el peatón cruza incorrectamente la carretera, unas veces se condena al conductor por no haber dominado suficientemente su vehículo²⁵⁹ y otras se absuelve por entender que, en aplicación del principio de confianza, el conductor no tiene un deber de prever la conducta incorrecta de peatón²⁶⁰, y ello, en ocasiones, incluso cuando el conductor ha rebasado el límite de velocidad²⁶¹.

En un momento dado, el propio Tribunal Supremo comprendió los problemas de imprecisión que implicaba la apelación genérica al deber del art. 17 CCir para determinar la responsabilidad del conductor.

La STS de 19 de noviembre de 1979²⁶² manifestaba, en este sentido, que «el mandato contenido en el art. 17 CCir, según el cual los conductores han de ser, en todo momento, dueños de los movimientos de sus vehículos, es tan genérico como bien intencionado, pero su cumplimiento estricto sin discriminación y sin matizaciones llevaría a una prohibición abstracta de los accidentes de la circulación, y quizás a la de la circulación misma, pugnando con los principios de atribuibilidad y reprochabilidad, dolosa o culposa, que informa todo el orden delictual, habiéndolo proclamado así este Tribunal al interpretar el referido precepto, declarando que sólo es válido y operante para demostrar la culpabilidad del reo cuando es desobedecido y conculcado en alguna de sus prevenciones concretas y específicas, pero que la cita puramente genérica de su primer párrafo, sin determinación ni señalamiento de la cautela o precaución omitidas, es insuficiente para fundamentar por sí sola, un reproche penal aunque sea de índole culposa».

²⁵⁹ Cfr., por ejemplo, SSTS 18-11-1978 (RJ 3725), 5-2-1979 (RJ 367).

²⁶⁰ Cfr., por ejemplo, SSTS 29-5-1978 (RJ 2043), 10-12-1982 (RJ 7400), 4-7-1984 (RJ 3785).

²⁶¹ STS 4-7-1984 (RJ 3785).

²⁶² RJ 4388.

Con este tipo de observaciones, el Tribunal Supremo reconocía parte del problema y parecía comprender la necesidad de concretar el fundamento del reproche dirigido al conductor. Estaba dando a entender, efectivamente, que el conductor que, por ejemplo, atropella a un peatón que cruza incorrectamente la carretera no puede ser condenado por el mero hecho de no haber dominado su vehículo. De alguna manera, reconocía así también la necesidad de precisar hasta qué punto el conductor debe adaptar su conducción a los posibles comportamientos incorrectos de los terceros. Sin embargo, no puede decirse que, a partir de esta sentencia, se produjera un cambio en la línea jurisprudencial. La falta de claridad con respecto a la relación entre el principio de defensa y el principio de confianza seguía impidiendo determinar cuándo el conductor debe contar con los comportamientos incorrectos de los terceros.

10. Valoración

En España, al igual que en Alemania, el principio de confianza se presenta como un principio de creación jurisprudencial formulado y aplicado por primera vez en el ámbito del tráfico viario. Es un principio que, pese al debilitamiento experimentado con motivo del reconocimiento del principio de defensa o de conducción dirigida, ha logrado consolidarse en los últimos años como un criterio fundamental para determinar la responsabilidad jurídico-penal en el ámbito del tráfico viario. Ello es reconocido tanto por la doctrina²⁶³ como por los propios tribunales²⁶⁴.

De acuerdo con su formulación originaria, este principio establece que *el participante del tráfico que se comporta correctamente –y que, por tanto, no da ocasión a reacciones anormales– puede contar con que los demás se comporten*

²⁶³ Cfr., por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 105; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 117; CEREZO MÍR, *PG II*^o, p. 170.

²⁶⁴ Reconocen la vigencia de este principio con independencia de su efectiva aplicación al caso concreto: SSTS 16-11-1983 (RJ 5503), 10-4-1984 (RJ 2346), 24-4-1984 (RJ 2376), 4-7-1984 (RJ 3785), 8-6-1985 (RJ 2976), 25-9-1986 (RJ 4837), 27-12-1986 (RJ 7997), 27-3-1989 (RJ 2735), 18-3-2002 (RJ 6691); SAP La Coruña (secc. 4^a) 23-4-1998, SAP Málaga (secc. 1^a) 21-11-1998, SAP Murcia (secc. 1^a) 21-5-1999, SAP Toledo (secc. 1^a) 5-5-2000, SAP Orense (secc. 2^a) 6-11-2001, SAP Barcelona (Secc. 8^a) 27-12-2001, SAP Vizcaya (secc. 2^a) 5-6-2003, SAP Vizcaya (secc. 1^a) 5-10-2005.

también correctamente, salvo que, en atención a las circunstancias del caso, quepa esperar lo contrario. Coincide fundamentalmente con la formulación dada por la jurisprudencia alemana y con la definición que actualmente acepta la doctrina mayoritaria.

En cuanto al alcance que debe tener este principio, los problemas se derivan de la necesidad de concretar sus propias excepciones y limitaciones. En nuestro país, estos problemas se han visto agravados por el reconocimiento de un principio de defensa o de conducción dirigida que parece fundamentarse en la desconfianza. Este principio de conducción dirigida no ha impedido que, en los últimos años, se haya seguido admitiendo la validez del principio de confianza, pero ha contribuido a generar una gran incertidumbre acerca de su relevancia práctica. La falta de claridad sobre la relación existente entre ambos principios ha dado lugar a una jurisprudencia poco coherente en la que se toma como principal referencia el deber general del art. 17 CCir y en la que no se explica el papel que desempeñan realmente las conductas incorrectas de los terceros. Salvo en algunas sentencias en las que el principio de defensa aparece relacionado con la necesidad de limitar el principio de confianza ante determinadas personas o situaciones del tráfico, da la impresión de que la utilización de uno u otro principio responde al deseo, poco fundamentado, de dar en cada caso mayor o menor importancia a la contribución de los terceros²⁶⁵.

Por lo que se refiere a la fundamentación de este principio de confianza en el ámbito del tráfico viario, la jurisprudencia española tampoco aporta especial claridad. Su reconocimiento ha ido acompañado, simplemente, de manifestaciones genéricas sobre la normal experiencia o sobre la importancia de garantizar la fluidez del tráfico o el sentido de las normas de circulación, sin realizar

²⁶⁵ Vinculan de alguna manera el principio de defensa o de seguridad con los límites propios del principio de confianza: SSTS 30-6-1980 (RJ 3068) (conducta incorrecta del conductor por echar marcha atrás para cruzar una carretera), 8-6-1985 (RJ 2976) (especial condición del tercero), 27-12-1986 (RJ 7997) (especial condición del tercero), 27-3-1989 (RJ 2735) (especial condición del tercero), SAP La Coruña (secc. 4ª) 23-4-1998 (especial condición del tercero), SAP Málaga (secc. 1ª) 21-11-1998 (especial condición del tercero), SAP Toledo (secc. 1ª) 5-5-2005 (especial condición del tercero), SAP Vizcaya (secc. 1ª) 5-10-2005 (conducta incorrecta del conductor por adelantar indebidamente).

consideraciones más profundas que puedan contribuir a precisar su verdadero significado.

CAPÍTULO 2

EL TRATAMIENTO ACTUAL DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Después de su inicial reconocimiento en el ámbito del tráfico viario, el principio de confianza ha ido experimentando una progresiva expansión en su ámbito de aplicación. Esta expansión, aunque refleja la creciente importancia que ha ido adquiriendo este principio en los últimos años, no ha servido, sin embargo, para aportar suficiente claridad sobre su verdadero alcance y significado. Si se analizan las diferentes manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del principio de confianza, puede comprobarse, efectivamente, que hay varios aspectos sobre los que no parece existir suficiente acuerdo. Con objeto de destacar esos aspectos más problemáticos, y antes de ofrecer una particular propuesta de interpretación, a continuación se realizará una exposición del tratamiento que ha venido recibiendo el principio de confianza por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, se hará una descripción del modo en el que el principio de confianza ha ido extendiendo su ámbito de aplicación más allá del tráfico viario para acabar presentándose como un criterio de carácter general (*infra* I). Seguidamente, se centrará la atención en el alcance de este principio, explicando cuáles son, según la doctrina y la jurisprudencia, sus presupuestos de aplicación (*infra* II) y su papel dentro de la teoría jurídica del delito (*infra* III). Finalmente, se analizarán las diferentes teorías con las que se ha querido fundamentar su existencia para, a partir de ahí, intentar identificar y comprender los principales problemas que plantea su tratamiento como instrumento dogmático de carácter general (*infra* IV).

I. LA GENERALIZACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

El principio de confianza desarrollado por la jurisprudencia en el ámbito del tráfico viario establece, como se ha visto, que los conductores, por regla general, pueden confiar en que los demás participantes del tráfico se comporten correctamente. Eso significa que no están obligados a adaptar su comportamiento a las posibles conductas incorrectas de los terceros y que, por tanto, no son responsables de los resultados lesivos que puedan ocasionar esas conductas incorrectas de los terceros. Desde este punto de vista, puede decirse que el principio de confianza surge como un principio destinado, fundamentalmente, a determinar la responsabilidad de un sujeto cuando la producción del resultado lesivo se encuentra condicionada por la intervención de terceras personas. No es extraño, por tanto, que una vez admitida la validez de este principio en el contexto del tráfico viario, tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan procurado extender su ámbito de aplicación a otros contextos de actuación en los que la producción del resultado lesivo suele verse igualmente condicionada por la intervención de terceras personas. Así, por ejemplo, en la actividad médica (*infra* 1), en los accidentes laborales (*infra* 2) o en la elaboración y distribución de productos destinados al consumo (*infra* 3).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la cuestión de en qué medida la responsabilidad penal de un sujeto puede resultar afectada por la intervención de terceras personas es una cuestión que, desde hace tiempo, se viene planteando con carácter general. Ya antes de que la jurisprudencia desarrollara el principio de confianza en el tráfico viario, algunos autores habían llamado la atención sobre la especial relevancia que puede llegar a tener la intervención de un tercero a la hora de establecer la relación entre la conducta y el resultado lesivo. Con el reconocimiento del principio de confianza, la jurisprudencia conseguía, por tanto, dar un nuevo impulso a esta cuestión: para determinar la responsabilidad del sujeto renunciaba a una solución indiferenciada basada en la previsibilidad y concedía una especial relevancia a la intervención de terceras personas. Por esa razón, a medida que el principio de confianza se iba consolidando en el ámbito del tráfico viario, se empezaba a plantear la posibilidad de convertirlo en un

instrumento dogmático con el que determinar la responsabilidad penal de un sujeto cuando otras personas contribuyen a la producción del resultado lesivo, generalizando así por completo su ámbito de aplicación (*infra* 4).

1. El principio de confianza en el ámbito de la medicina

Como es sabido, hace mucho tiempo que la actividad médica ha dejado de ser una actividad marcada por la relación directa y exclusiva entre el médico y el paciente. Incluso en los tratamientos más sencillos, lo normal es que el médico se sirva de la ayuda de una tercera persona, ya sea otro médico, un farmacéutico, un enfermero o cualquier otro tipo de personal auxiliar. El desarrollo técnico y científico experimentado por la medicina, así como el alto grado de especialización que este desarrollo lleva unido, ha hecho necesario un *reparto de tareas* o una *división del trabajo*. Actualmente, la actividad médica es realizada por una pluralidad de personas que actúan conjuntamente de manera sucesiva o simultánea; se caracteriza, en definitiva, por ser un *trabajo en equipo*¹.

Esta situación implica que, por lo general, al igual que ocurre en el tráfico viario, se vean involucradas varias personas en la producción del resultado lesivo, lo que obliga a valorar en qué medida la responsabilidad de cada una de esas personas puede depender de lo que hagan las demás.

Ello fue puesto de manifiesto por EXNER a principios del pasado siglo XX, al percatarse de que en el ámbito de la medicina, así como en el del tráfico viario, empezaba a ser frecuente que los resultados lesivos se produjeran por la actuación conjunta de varias personas². Al analizar en estos casos la responsabilidad por imprudencia, EXNER llegaba a la conclusión de que –al margen del supuesto en el que existe un acuerdo entre los intervinientes y se puede apreciar, por tanto, una

¹ Cfr. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, p. 188; STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 383; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, pp. 155 y 158; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, p. 247; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, pp. 119-120 y 154-161; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, pp. 40 y ss.

² *FG-Frank I*, p. 569.

coautoría imprudente³– lo importante es saber en qué medida la conducta del sujeto es capaz de producir el resultado por sí sola. Si, desde un punto de vista *ex ante*, la conducta del sujeto constituye un riesgo que se sale de lo normal y no requiere la intervención del tercero para producir el resultado lesivo, podrá castigarse por imprudencia con independencia de la responsabilidad en la que incurra a su vez el tercero⁴. En cambio, si la conducta del sujeto representa un riesgo normal o típico y sólo resulta peligrosa en la medida en que se produzca la conducta imprudente de un tercero, se podrá limitar el deber del sujeto de prever esa conducta del tercero, admitiendo que *el sujeto que se comporta correctamente puede contar con que los demás hagan también lo mismo*⁵. De esta forma, ya antes de que la jurisprudencia alemana empezara a aplicar el principio de confianza, EXNER proponía un criterio de solución basado en la confianza que pretendía tener validez general y que debía operar por igual en el contexto del tráfico viario y en el contexto de la medicina.

Uno de los primeros autores que analizó de manera particularizada los problemas jurídico-penales que presenta la actuación conjunta de varias personas en la actividad médica fue SCHMIDT. Poco antes de que la jurisprudencia desarrollara el principio de confianza, este autor se preguntaba si la responsabilidad por imprudencia de un sujeto, en este caso el médico, *debe abarcar los errores que cometen las personas que le prestan algún tipo de ayuda*⁶. A su juicio, en los casos en los que el médico se sirve de la actuación de un tercero para llevar a cabo el tratamiento, esta posibilidad debe ser descartada en tanto que el propio hecho de recurrir a la ayuda del tercero no se considere en sí mismo desaprobado⁷. Así, por ejemplo, si el médico acude a otro médico que realiza su trabajo en el marco de una institución pública sometida al correspondiente control estatal, su actuación no se considerará culpable, a pesar de

³ *FG-Frank I*, pp. 572-573.

⁴ *FG-Frank I*, pp. 574-576.

⁵ *FG-Frank I*, pp. 576-583.

⁶ *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 188-189.

⁷ *Der Arzt im Strafrecht*, p. 189.

la conducta incorrecta cometida por ese otro médico, salvo que, excepcionalmente, mantenga una posibilidad de controlar dicha conducta y cometa un error en la tarea de control⁸. La misma regla es aplicable, según SCHMIDT, cuando el médico cuenta con la ayuda de un farmacéutico o de cualquier otra persona que tenga una formación suficiente y resulte fiable en el caso concreto⁹. Para SCHMIDT, lo decisivo no es, como pensaba EXNER, si la conducta del médico representa por sí misma un riesgo normal o típico, sino el hecho de que, en estos casos, tiene la *posibilidad de «confiar» en que el tercero cumplirá su deber*, siempre y cuando esa confianza no pueda ser cuestionada en atención a su experiencia o a sus conocimientos especiales¹⁰.

A mediados del siglo XX, una vez que la jurisprudencia alemana ya había formulado expresamente el principio de confianza y había reconocido su plena vigencia en el tráfico viario, algunos autores propusieron su aplicación en el ámbito de la medicina para determinar la responsabilidad penal del médico ante las conductas incorrectas de sus colaboradores.

Uno de esos autores fue ENGISCH. Al estudiar la responsabilidad penal del cirujano por los errores cometidos por la enfermera, ENGISCH establecía un paralelismo con los casos en los que el conductor causa un accidente por la actuación incorrecta de un tercero o de la propia víctima. En ambos supuestos, decía ENGISCH, se plantea el problema de determinar *la responsabilidad de un sujeto por una conducta que causa el resultado lesivo en conexión con la conducta incorrecta de una tercera persona*¹¹. Concretamente, con respecto a la responsabilidad del médico, ENGISCH consideraba que este problema no puede resolverse sin tener en cuenta la *división del trabajo* que se produce necesariamente en el ámbito de la medicina. Esa división del trabajo conlleva no sólo que el médico pueda contar con la ayuda de otras personas, sino también que

⁸ *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 189-190.

⁹ *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 190-194.

¹⁰ *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 192-193.

¹¹ *Langenbecks Archiv* 288 (1958), p. 573.

pueda tener cierta *confianza* en la conducta correcta de esas otras personas, pues de lo contrario, si estuviera obligado a supervisar las conductas de sus colaboradores, la división del trabajo sería completamente ilusoria. En última instancia, el médico no podría centrarse suficientemente en su trabajo y los colaboradores, sabiéndose controlados, reducirían su nivel de atención¹². Así pues, en la medida en que el médico haya seleccionado adecuadamente a sus colaboradores y haya podido llegar a la convicción de que tienen suficiente formación o han comprendido las instrucciones pertinentes, le debe estar permitido *confiar* en que actuarán correctamente¹³. El riesgo general de que los terceros puedan cometer algún error no es suficiente para imponerle un deber de control o supervisión. Este deber sólo podrá reconocerse cuando existan *circunstancias especiales* que le hagan evidente que el tercero no actuará correctamente¹⁴. ENGISCH consideraba, en definitiva, que *el principio de confianza desarrollado por la jurisprudencia en el ámbito del tráfico viario debe ser aplicado, junto con sus propias limitaciones, a todos los casos en los que se produce una división del trabajo*, incluidos aquellos casos en los que el médico se sirve de la ayuda de un tercero¹⁵.

Otro de los autores que, poco después de que la jurisprudencia alemana reconociera expresamente la validez del principio de confianza en el tráfico viario, abogó por la utilización de este principio para determinar la responsabilidad penal del médico fue STRATENWERTH. En su opinión, los tradicionales criterios basados en la *previsibilidad* y en la *evitabilidad* son insuficientes en este caso para concretar el deber de cuidado y determinar la responsabilidad por imprudencia porque están pensados para un modelo de actuación individual que no se corresponde con la *división del trabajo* que se ha terminado imponiendo en la actividad médica¹⁶. Si el médico tuviera que controlar las previsibles actuaciones

¹² *Langenbecks Archiv* 288 (1958), pp. 578-579 y 581.

¹³ *Langenbecks Archiv* 288 (1958), pp. 579 y 583-584.

¹⁴ *Langenbecks Archiv* 288 (1958), p. 580.

¹⁵ *Langenbecks Archiv* 288 (1958), pp. 582-583.

¹⁶ *FS-Schmidt*, pp. 383-385.

incorrectas de sus asistentes, difícilmente podría prestar suficiente atención a sus propias tareas y dejaría de tener sentido la división del trabajo¹⁷. Por esa razón, según STRATENWERTH, se debe seguir el criterio establecido por el *principio de confianza* y permitir que el médico confíe en la conducta correcta de los terceros¹⁸. A su juicio, no obstante, la validez del principio de confianza y la limitación del deber de previsión que se deriva de este principio no depende, realmente, de la importancia que tiene la división del trabajo en una ponderación de intereses vinculada a la idea del riesgo permitido, pues la división del trabajo puede generar a su vez toda una serie de riesgos¹⁹. El principio de confianza se fundamenta, desde su punto de vista, en la *responsabilidad de los terceros* y en la posibilidad de diferenciar un *ámbito de responsabilidad primario* basado en una relación directa con el hecho y un *ámbito de responsabilidad secundario o derivado* basado en una relación con el hecho mediada por la actuación responsable de un tercero²⁰. El principio de confianza supone, en ese sentido, una delimitación del ámbito de responsabilidad primario en los casos en los que interviene una tercera persona responsable a la que el ordenamiento jurídico le impone determinados deberes de cuidado. El sujeto que confía en que el tercero actuará cumpliendo con su deber de cuidado sólo puede ser penalmente responsable si incumple deberes de cuidado de carácter secundario o derivado²¹. En opinión de STRATENWERTH, tales deberes surgen, concretamente, cuando el riesgo ya ha aparecido como consecuencia de la conducta descuidada del tercero, cuando se aprecia una falta de atención o cualquier otra circunstancia que haga temer una conducta incorrecta por parte del tercero y, finalmente, cuando el propio sujeto provoca la conducta indebida del tercero²².

¹⁷ *FS-Schmidt*, pp. 387-388.

¹⁸ *FS-Schmidt*, p. 387.

¹⁹ *FS-Schmidt*, pp. 388-390.

²⁰ Cfr., con más detalle, *infra* IV.4.

²¹ *FS-Schmidt*, pp. 390-393.

²² *FS-Schmidt*, p. 392. En cambio, rechaza la limitación que propone Schmidt para los casos en los que el médico vuelve a tener la posibilidad de controlar la actuación del tercero, pues entiende que si tal limitación no se vincula a la existencia de un riesgo concreto de que el tercero se comporte incorrectamente, supone igualmente una exigencia contraria al sentido de la división del trabajo (*op. cit.* p. 399, n. 58).

Con el tiempo, muchos otros autores han defendido también la tesis de que el ámbito de aplicación del principio de confianza puede extenderse más allá del tráfico viario para incluir los casos en los que se realiza una actividad médica con división de trabajo, contribuyendo así a determinar la responsabilidad penal del médico y del resto de personas que participan en la actividad²³. Actualmente, puede decirse que esta es la tesis mayoritaria y que, en principio, sólo se apartan de la misma aquellos autores que son contrarios al principio de confianza con carácter general²⁴.

La jurisprudencia, por su parte, también ha terminado reconociendo la posibilidad de aplicar el principio de confianza en la actividad médica con división del trabajo.

Una de las primeras sentencias en las que se produce ese reconocimiento es la STS de 11 de noviembre de 1979²⁵. En ella se analiza la responsabilidad de un médico por no percatarse del estado cianótico de la enferma en el momento de la intervención quirúrgica. La enferma, por encontrarse en tal estado, no pudo soportar la intervención y sufrió un paro cardíaco que le causó la muerte. El médico aduce en su defensa que era el anestesista quien debía controlar el estado de la

²³ Cfr. WELZEL, *AT*¹¹, p. 133; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 63-64; KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung*, pp. 167-168 y 184-185; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, pp. 248-252; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, p. 84; ULSENHEIMER, *FS-Weißauer*, pp. 164 y 172; IDEM, *Arztstrafrecht*³, p. 157; SCHUMMAN, *Selbstverantwortung*, pp. 19-24; UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 88-89 y 209-210; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, pp. 119 y 155; PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, p. 29; HEIERLI, *Die Bedeutungs des Vertrauensprinzips*, pp. 252 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), p. 110; BROSE, en ROXIN/SCHROTH (edit.), *Medizinstrafrecht*, pp. 52-54 y 63-64; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 133-138; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, pp. 149 y ss.; CEREZO MIR, *PG II*⁶, pp. 171-172; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, nn.mm. 150-152; SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n.m. 176; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 582; ROXIN, *AT*³, 24/25; JAKOBS, *AT*², 7/53. Rechaza, por el contrario, esta posibilidad SCHMIDHÄUSER, *AT*², 6/115, quien sostiene que el principio de confianza, en tanto que manifestación del riesgo permitido, sólo tiene sentido realmente en el ámbito del tráfico viario, pues obedece a la necesidad de permitir determinadas actividades peligrosas para asegurar la fluidez del tráfico. En el ámbito de la medicina, a su juicio, no se trata de justificar o permitir conductas peligrosas, sino de valorar, en el plano de la culpabilidad, la cognoscibilidad de las conductas de los terceros.

²⁴ Cfr. *infra* I.4.

²⁵ RJ 3577.

paciente, pero el Tribunal Supremo considera que, dadas las circunstancias del caso, eso no resulta suficiente para excluir su responsabilidad, pues debió tener presente que el anestesista estaba atendiendo a dos pacientes al mismo tiempo. Explica el Tribunal Supremo que «aún reconociendo que la previsibilidad del evento o riesgo es de tal magnitud en el campo de la cirugía que hace disminuir su operatividad en la determinación de la imprudencia y que el *principio de confianza, basado en el normal comportamiento de las demás personas que intervienen en la actividad, igualmente disminuye la intensidad de la diligencia que se ha de tener en actos extraños al específico que cada interviniente tiene que realizar*, igualmente hay que reconocer que esta magnitud de la previsibilidad exige y requiere una mayor diligencia de la conducta, ampliada también a la de terceras personas, cuando éstas no cumplen por abandono o deficiente prestación de la actividad, como ocurre en el presente caso, al prestar el anestesista sus funciones a dos pacientes de forma simultánea» (sin cursiva en el original).

Con mayor claridad se pronuncia la SAP Barcelona (secc. 8ª) de 12 de mayo de 2000. El supuesto de hecho que se resuelve en esta sentencia es el siguiente: Tras una operación exitosa, el médico cirujano abandona la sala de operaciones para rellenar unos formularios y deja a la paciente bajo la vigilancia de la anestesista. La anestesista comete un error al manipular el grifo que suministra oxígeno a la paciente y le produce la muerte. La Audiencia Provincial absuelve al cirujano aplicando el principio de confianza: «Por lo que se refiere al cirujano acusado, debemos acudir al denominado *principio de confianza*. En efecto, *la división del trabajo descrito genera una confianza en el actuar diligente de los demás profesionales de manera que a cada uno de los miembros del equipo no se les puede responsabilizar de los fallos de otro*, salvo que la confianza en su actuación sea estimada infundada en atención a la entidad del error, o a la ausencia de cualificación o fiabilidad del directamente responsable» (sin cursiva en el original).

En Alemania, el *Bundesgerichtshof* lo reconocía expresamente, por primera vez, en una sentencia de 1980²⁶, al analizar la responsabilidad de una anestesista que no había supervisado las informaciones dadas por el cirujano acerca del estado del paciente. El *Bundesgerichtshof* confirma la sentencia de instancia que había absuelto a la anestesista por entender que ésta podía confiar en el diagnóstico del cirujano. Añade, en este mismo sentido, que «en la actividad médica realizada conjuntamente debe tener aplicación el *principio de confianza*, según el cual, en interés de un buen desarrollo de la operación, los distintos médicos participantes pueden confiar, por lo general, en la correcta actuación de sus colegas». A la anestesista, según esta sentencia, sólo se le podría reconocer un deber de supervisión si hubiera especiales circunstancias que pudieran llevarle a la conclusión de que el diagnóstico del cirujano no era correcto.

No obstante, si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia han defendido la posibilidad de aplicar el principio de confianza en los casos de actividad médica con división de trabajo, también es cierto que algunos autores se han ocupado de destacar las particularidades que se producen en este tipo de casos para rechazar una trasposición automática del principio de confianza desarrollado en el ámbito del tráfico viario. Se dice, en este sentido, que la actividad médica, en comparación con el tráfico viario, presenta varias diferencias estructurales. *En primer lugar*, la base de la confianza no es la misma porque no existe una regulación normativa que identifique claramente los deberes que tienen los distintos intervinientes. Se plantea así la necesidad de realizar un análisis particularizado de la situación para saber cómo se produce el reparto de tareas²⁷. *En segundo lugar*, los sujetos que participan en la actividad médica persiguen un objetivo común consistente en la curación del paciente, lo que les genera un especial deber de actuación cuando tienen claros indicios sobre la posible

²⁶ *Bundesgerichtshof NJW*, 1980, p. 649 (650). Cfr. también, más recientemente, BGHSt 43, p. 306 (310). Sobre la evolución seguida por la jurisprudencia alemana, cfr., por ejemplo, HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 60-72 y 133, explicando que ya anteriormente la jurisprudencia seguía planteamientos parecidos reconociendo la posibilidad del médico de «contar» con la conducta correcta de sus colaboradores.

²⁷ UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, p. 70.

conducta incorrecta del tercero²⁸. *En tercer lugar*, el trabajo en equipo implica normalmente un mayor conocimiento sobre la cualificación o aptitud del tercero y una mayor posibilidad de reaccionar ante los errores del tercero, por lo que es más frecuente que se vea limitada la posibilidad de confiar²⁹. *En cuarto lugar*, la especial relación existente entre el médico y los miembros del equipo puede generar ciertos deberes de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión que limitan igualmente el alcance del principio de confianza, fundamentalmente cuando existe una división vertical del trabajo y se produce una relación de subordinación entre los distintos intervinientes³⁰.

Algunos autores han señalado, no obstante, que estas diferencias no permiten afirmar que el principio de confianza tiene en este ámbito una naturaleza distinta, pues son diferencias cuantitativas que simplemente condicionan una mayor o menor aplicación de este principio en función de los presupuestos que le son propios³¹.

2. El principio de confianza en los accidentes laborales

La actividad realizada en el seno de una empresa –sobre todo en el ámbito de la construcción– suele ser también una actividad especialmente peligrosa en la que la producción del resultado lesivo puede verse condicionada por la intervención de varias personas. Normalmente, debido a la complejidad de la actividad y al alto grado de especialización necesario para llevarla a cabo, el empresario –el constructor, por ejemplo– se sirve de la actuación de una pluralidad de personas dando lugar a una *división de trabajo* como la que se produce en el ámbito de la medicina³². Los riesgos, en este caso, se generan

²⁸ UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, p. 72.

²⁹ UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 72-75.

³⁰ Cfr., principalmente, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 23-24; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, pp. 73-75; UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, p. 73.

³¹ HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 253-256; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 135.

³² ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 160-161.

principalmente sobre las propias personas que realizan la actividad; más concretamente, sobre las que actúan en un nivel jerárquico más bajo ejecutando materialmente las indicaciones del empresario o de su encargado³³. Por esa razón, uno de los problemas que se plantean en los accidentes laborales es el de determinar la responsabilidad del empresario por las lesiones que se pueden ocasionar a sí mismas las personas que trabajan para él. Para resolver este problema, es necesario averiguar si el deber de cuidado del empresario se limita a los «riesgos propios» que provoca él mismo de manera inmediata o abarca también los «riesgos ajenos» ocasionados por las demás personas que participan en su empresa³⁴.

Uno de los primeros autores que abordó esta cuestión, centrándose en el ámbito de la construcción, fue GALLAS. A mediados del pasado siglo XX, GALLAS se preguntaba si el promotor o dueño de la obra es penalmente responsable de los resultados lesivos que no ha dominado de manera inmediata³⁵. Después de reconocer que este sujeto, por dar origen a la actividad, ostenta una posición de garante que le obliga a controlar o evitar los riesgos que se produzcan sobre la vida o la integridad de las personas, llegaba a la conclusión de que su deber de cuidado no puede incluir, sin embargo, un deber de supervisión de las tareas realizadas por la empresa constructora: dado que el promotor, normalmente, ni es un especialista ni realiza la obra por sí mismo, no tiene el deber de adoptar personalmente las medidas de cuidado necesarias para evitar los riesgos³⁶. A partir de ahí, en una línea parecida a la que había apuntado SCHMIDT con relación al médico, GALLAS manifestaba que el promotor cumple con su deber de cuidado desde el momento en que contrata con un arquitecto y una empresa constructora que, en principio, resultan fiables; es decir, *no está obligado a supervisar la ejecución de la obra en la medida en que pueda confiar en su profesionalidad*. Sólo excepcionalmente tiene un deber de supervisión o de intervención cuando,

³³ HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 166.

³⁴ ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 133-136.

³⁵ *Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, pp. 34 y ss.

³⁶ *Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, p. 34.

casualmente, sin necesidad de una previa indagación, encuentra motivos para dudar de la cuidadosa actuación del arquitecto o de la empresa ejecutora³⁷. Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad del arquitecto ante los errores cometidos por la empresa constructora, GALLAS consideraba que, dado que el rol del arquitecto a estos efectos es equiparable al del promotor o dueño de la obra, se puede defender una tesis parecida: *el arquitecto puede «confiar» en la correcta actuación de la empresa constructora* en la medida en que no haya motivos para dudar de ello. La diferencia radica, no obstante, en que el arquitecto, gracias a sus conocimientos técnicos, tiene una mayor posibilidad de conocer los errores de los terceros³⁸. Finalmente, GALLAS analizaba los deberes del encargado de la obra. Reconocía que en este caso también es necesario limitar el deber de supervisión en atención a lo que, según las circunstancias, pueda ser razonablemente esperado, pero entendía que, por regla general, *el encargado de la obra está obligado no sólo a dar las indicaciones oportunas para asegurar los riesgos de la obra, sino también a supervisar su correcto cumplimiento*³⁹.

Algo más detallado es el estudio realizado tiempo después por ARROYO ZAPATERO. Con respecto a la responsabilidad del constructor o dueño de la obra, este autor llega a resultados parecidos a los de GALLAS, reconociendo que en estos casos el empresario deja normalmente la realización de la actividad en manos de la empresa contratista: al no tener una relación de señorío o un dominio material sobre la actividad y no ejercer, por tanto, la «dirección empresarial», el constructor no es penalmente responsable de las actuaciones realizadas por el contratista o por el encargado de la obra⁴⁰.

A continuación, ARROYO ZAPATERO examina la responsabilidad del empresario que sí asume la dirección de la actividad, explicando que, en este caso, los deberes de cuidado del empresario con respecto a las actuaciones de los

³⁷ *Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, pp. 34-35.

³⁸ *Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, pp. 37-45.

³⁹ *Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, pp. 60-63.

⁴⁰ *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 161.

terceros se manifiestan tanto en el momento de abrir la empresa –al seleccionar e instruir a las personas que van tomar parte en la misma–, como durante el ejercicio de la actividad empresarial, quedando obligado a vigilar o controlar la actuación de sus trabajadores⁴¹. Considera, sin embargo, que los deberes de control del empresario durante el ejercicio de la actividad empresarial quedan en gran medida limitados porque rige «el llamado *principio de la confianza* en el comportamiento cuidadoso de terceros que intervienen en el proceso de trabajo»⁴². A renglón seguido, señala, no obstante, que este principio de confianza no sólo tiene un presupuesto fundamental, como es el de cumplir con el deber de encargar el trabajo a personas cualificadas, sino que además está sometido a diversas restricciones relacionadas sobre todo con la distinta categoría profesional de las personas que participan en la actividad⁴³. Explica, en este sentido, que tal relación de confianza tiene lugar básicamente ante los encargados o especialistas de alto nivel que cuentan con una mayor cualificación técnica. Frente a ellos, el principio de confianza sólo se ve limitado si, en atención a las circunstancias del caso, resulta concretamente previsible la conducta descuidada del tercero, el peligro de la conducta descuidada del tercero ya se ha manifestado o las normas reguladoras de la actividad imponen un «principio de desconfianza» por existir determinados momentos en los que se debe esperar que se produzcan comportamientos arriesgados por parte de los terceros⁴⁴. Con respecto al resto de trabajadores, en cambio, el empresario no puede confiar en una conducta correcta, sino que debe complementar su falta de cualificación con una mayor información y vigilancia⁴⁵. Son dos, fundamentalmente, los argumentos que utiliza ARROYO ZAPATERO para defender esta última tesis: el *primero* se centra en lo especialmente previsible que resulta la conducta incorrecta del trabajador: su general falta de cualificación y su propensión al comportamiento descuidado en determinados trabajos en los que, por diversas razones, resulta complicado

⁴¹ *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 136 y ss.

⁴² *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 177.

⁴³ *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 178.

⁴⁴ *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 178-179.

⁴⁵ *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 179 y ss.

mantener la atención⁴⁶ permite afirmar que la conducta incorrecta en estos casos «no es un fenómeno meramente previsible en abstracto como posible, sino previsible en concreto como tal y, en ocasiones, como prácticamente seguro»; el *segundo* argumento se refiere a la posición jerárquica del trabajador, pues en la medida en que se encuentra subordinado a las decisiones del empresario o del encargado sobre la forma en la que debe realizar su trabajo, no se le puede considerar «señor de su propio riesgo»⁴⁷. De esta forma, ARROYO ZAPATERO termina minimizando la aplicación del principio de confianza en los accidentes de trabajo, llegando a afirmar expresamente que si bien «en el tráfico la confianza prima sobre su negación, en el orden laboral ocurre lo contrario: la regla es la *desconfianza*, hasta el punto de que se configura como principio fundamental de la determinación de la diligencia del empresario el de que éste *está obligado a prever las imprudencias de la propia víctima*»⁴⁸.

Esta limitación de la posibilidad del empresario de confiar en la conducta correcta de los trabajadores ha sido destacada igualmente por parte de otros autores que se han ocupado del tema. Es el caso, por ejemplo, de HERZBERG, LASCURAÍN SÁNCHEZ y CORCOY BIDASOLO. La mayor cualificación del empresario o encargado, así como su superior posición jerárquica, justificaría, según estos autores, que en el ámbito de los accidentes laborales se siga un criterio de solución basado en la *desconfianza* conforme al cual debe imponerse al empresario un deber de vigilancia o supervisión sobre las actuaciones de sus trabajadores⁴⁹.

⁴⁶ *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 180-181. Explica este autor que muchos de los trabajos realizados en el seno de la empresa son «trabajos propensos al riesgo»; trabajos que, por diversas razones, provocan en el trabajador fatiga, monotonía y excesiva familiaridad con el riesgo, lo que le lleva a actuar normalmente de manera poco cuidadosa. Desde el punto de vista jurídico-penal, este tipo de trabajos no sólo permite, a su juicio, reducir la responsabilidad del trabajador, sino que además supone una ampliación del deber objetivo de cuidado del empresario, que resulta obligado a prever y neutralizar las imprudencias de los trabajadores. Cfr., también, CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, 1994, p. 45.

⁴⁷ *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 182.

⁴⁸ *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 180. (sin cursiva en el original).

⁴⁹ Cfr. HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 172; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, pp. 397-398; CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, 1994, pp. 43-45.

Al principio de confianza se le reconoce de este modo, por tanto, un alcance muy limitado en el ámbito de los accidentes laborales, pues se rechaza abiertamente su aplicación en los casos que, en principio, son más importantes: aquellos en los que se trata de determinar la responsabilidad penal del encargado por los resultados lesivos ocasionados por las conductas de sus trabajadores. El campo de aplicación del principio de confianza parece quedar limitado, efectivamente, a la relación entre el encargado y sus colaboradores o ayudantes más cualificados⁵⁰, así como a la relación entre los propios trabajadores o entre los trabajadores y sus superiores cualificados⁵¹.

HERZBERG, sin embargo, tampoco acepta que los trabajadores puedan apelar al principio de confianza, ni con respecto a otros trabajadores de su mismo nivel jerárquico, ni con respecto a los superiores más cualificados. El motivo es que, a su juicio, en el ámbito de la empresa, a diferencia de lo que ocurre en el tráfico viario, los participantes tienen un mayor deber de cuidado como consecuencia de la especial vinculación que existe entre ellos por ser miembros de la comunidad que representa la empresa⁵².

Otros autores, en cambio, han señalado que en la medida en que en este ámbito existe también una *división del trabajo*, es necesario reconocer la validez del principio de confianza, pues de otra forma se estaría obligando a cada trabajador a supervisar las actuaciones de sus compañeros y dejaría de tener sentido el reparto de tareas⁵³. Para limitar en este ámbito la posibilidad de confiar habría que atender, por tanto, a los propios presupuestos con los que cuenta el principio de confianza⁵⁴ o a la existencia de determinados dispositivos de

⁵⁰ ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 178.

⁵¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, p. 398.

⁵² *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, pp. 173-174.

⁵³ Así HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 252, 265-267; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 126 y ss (p. 133); FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 110 y 131-132.

⁵⁴ De hecho, las razones esgrimidas por quienes abogan en este ámbito por un criterio basado en la desconfianza podrían ser también tenidas en cuenta para limitar la confianza conforme a los

seguridad que se apartan de la lógica de la división de trabajo, imponiendo a varias personas el deber de controlar el mismo tipo de medidas⁵⁵.

La jurisprudencia, por su parte, siguiendo planteamientos muy parecidos a los de la doctrina, se ha mostrado bastante recelosa con respecto a la posibilidad de aplicar en este ámbito el principio de confianza.

En la STS de 10 de abril de 1961⁵⁶, por ejemplo, se destaca el deber de supervisión y vigilancia que tienen el constructor y los arquitectos con respecto a las conductas peligrosas realizadas por los trabajadores. El supuesto de hecho que se planteaba era el siguiente: el constructor y los arquitectos que asumen la dirección de la obra inician la construcción de un chalet en un terreno en el que se encuentran instalados postes de alta tensión en mal estado de conservación; aunque habían aconsejado a los trabajadores que no se acercaran a los postes, éstos desatendieron la indicación y sufrieron una descarga eléctrica. El Tribunal Supremo condena a los acusados por entender que, al ordenar el inicio de la obra, provocaron conscientemente una situación de riesgo de la que se derivaban deberes de supervisión y vigilancia, quedando obligados a hacer cumplir a los trabajadores las cautelas necesarias para evitar el resultado lesivo. La conducta descuidada de los trabajadores

presupuestos de aplicación reconocidos al principio de confianza en el contexto del tráfico viario. En este sentido, puede comprobarse cómo LASCURAÍN SÁNCHEZ (*La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, p. 398, n. 83) después de rechazar la aplicación del principio de confianza en la relación entre el empresario y los trabajadores, reconoce que las «diferencias de conocimientos, capacidades, actividades, responsabilidad e intereses configuran normalmente situaciones análogas a las que precisamente justifican las excepciones al citado principio en el tráfico rodado (participación de niños, de personas con ciertas minusvalías, de otros individuos con patentes dificultades para prever o controlar los peligros del tráfico)». El propio HERZBERG (*Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 174), al desarrollar las razones que le llevan a negar que incluso los trabajadores puedan apelar al principio de confianza, hace referencia a situaciones en las que se podría llegar a la misma conclusión con las propias limitaciones del principio de confianza. Así, por ejemplo, descarta que los trabajadores puedan confiar en la conducta correcta del resto de trabajadores porque hay casos en los que son conscientes de la costumbre que tienen sus compañeros de realizar conductas descuidadas. Igualmente, cuando analiza la relación de confianza de los trabajadores con respecto a los superiores más cualificados, lo que viene a decir es que no pueden cumplir las indicaciones incorrectas que reciben de esos superiores o que no pueden esperar que éstos, posteriormente, subsanen los errores que ellos mismos hayan cometido en el ejercicio de su tarea.

⁵⁵ HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 267-273.

⁵⁶ RJ 1622.

permite, no obstante, según el Tribunal Supremo, transformar la imprudencia temeraria en imprudencia simple⁵⁷.

En un caso muy parecido, la STS de 19 de octubre de 2000⁵⁸, después de explicar que este tipo de casos deben resolverse conforme a los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva, *entre los que se incluye el principio de confianza* y el criterio de la autopuesta en peligro de la propia víctima, sostiene que en el caso objeto de análisis «no es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado al ordenarles trabajar en las proximidades de unos cables de alta tensión. Es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima que debería haber previsto, si hubiera adoptado las medidas de precaución y cautela exigibles y que le hubieran permitido tomar las medidas de seguridad imprescindibles para evitar el resultado, máxime cuanto se trata de un profesional de la construcción, con larga experiencia en obras como la que se estaba realizando, sin que sea de recibo pretender achacar a la propia víctima, un joven de dieciocho años y sin experiencia en trabajo alguno, el que no hubiera adoptado unas medidas de precaución que no le habían sido informadas».

En la jurisprudencia alemana, en cambio, se aprecia más claramente un cierto acercamiento al reconocimiento del principio de confianza⁵⁹. Así, por ejemplo, en una sentencia de 1964⁶⁰, el *Bundesgerichtshof* sostenía, con planteamientos muy parecidos a los expuestos por GALLAS, que el técnico de una obra puede contar con que la empresa constructora cumpla correctamente con las indicaciones que le ha dado para asegurar la estabilidad de un edificio en construcción.

⁵⁷ Cfr., también, la exposición de CORCOY BIDASOLO, *CDJ* 1994, pp. 43-44, con más referencias jurisprudenciales en las que queda reflejada la tendencia del Tribunal Supremo a negar la posibilidad del empresario de confiar en la conducta correcta de sus trabajadores.

⁵⁸ RJ 9263.

⁵⁹ Lo advierte HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 122 y ss.

⁶⁰ BGHSt 19, p. 286 (288-290).

Más recientemente, en una sentencia de 2002⁶¹, el *Bundesgerichtshof* se pronuncia también sobre este tema, al resolver un caso en el que, durante la realización de unas obras en un teleférico, dos trabajadores dejan de supervisar una reparación porque piensan que los dos trabajadores que llegan a auxiliarles se habían encargado ya de ello. El *Bundesgerichtshof* entiende que en este caso no se dan los presupuestos para poder *confiar* en la correcta actuación de los compañeros, pero reconoce que, con carácter general, los deberes de cuidado de los trabajadores se pueden ver modificados por *la confianza en la conducta correcta de los demás trabajadores*. Advierte, no obstante, que en este ámbito la protección de la confianza no es tan intensa como en el tráfico viario porque las tareas no suelen estar claramente delimitadas.

3. El principio de confianza en el marco de la responsabilidad penal por el producto

La responsabilidad penal por el producto hace referencia a la responsabilidad penal de las personas que participan en el sistema productivo – fundamentalmente, productores y distribuidores– por los riesgos o lesiones que ocasionan los productos destinados al consumo⁶². En los últimos años, sobre todo a partir de casos tan famosos como el del aceite de colza o el del spray para el cuero, este tema ha cobrado una especial relevancia por los particulares problemas que plantea a la ciencia del Derecho penal⁶³.

Algunos de esos problemas tienen que ver, precisamente, con el hecho de que en el curso lesivo intervenga una gran variedad de personas. Ello hace necesario estudiar la forma en la que la responsabilidad de cada una de esas personas puede verse afectada por la conducta de las demás. *Por una parte*, dado

⁶¹ BGHSt 47, p. 224 (230-232).

⁶² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 21-23.

⁶³ Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, pp. 53-55 y 121-124; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 23 y ss.

que, normalmente, el correcto uso o disfrute del producto requiere del consumidor la adopción de ciertas medidas de cuidado, es importante analizar hasta qué punto los sujetos que toman parte en el proceso productivo deben adaptar su comportamiento a la posibilidad de que el consumidor, haciendo un uso incorrecto del producto, contribuya a la causación de un resultado lesivo sobre sí mismo o sobre un tercero. *Por otra parte*, en la medida en que dentro del proceso productivo se reconoce la existencia de un reparto de tareas o una división del trabajo (por ejemplo, entre fabricantes, transportistas y comerciantes), hay que determinar también si el sujeto que se ocupa de una concreta tarea tiene el deber de controlar o evitar los riesgos que pueden generarse por la incorrecta actuación de quienes se encargan de otra tarea distinta. Estas cuestiones son las que han llevado a los autores que se han centrado en el tema de la responsabilidad penal por el producto a proponer en este ámbito la aplicación del principio de confianza.

Así, por ejemplo, KUHLEN propone aplicar el principio de confianza para limitar el deber del productor de prever la conducta incorrecta del consumidor. Aunque reconoce que en este ámbito, a diferencia de lo ocurre en el tráfico viario, la relación entre los sujetos es claramente asimétrica, por ser el productor el principal responsable de que el consumidor no sufra ningún daño, entiende que es necesario descargar al productor del deber de prever cualquier conducta incorrecta del consumidor⁶⁴. Para favorecer el desarrollo del sistema de producción, dice KUHLEN, *se debe permitir al productor «confiar» en que el consumidor no hará mal uso del producto de manera dolosa o gravemente imprudente*⁶⁵. Por otra parte, con respecto a la relación entre los distintos intervinientes en el proceso productivo, KUHLEN también se muestra partidario de aplicar el principio de confianza para limitar los deberes de cuidado tanto de los fabricantes como de los comerciantes. Sostiene, en este sentido, que *los fabricantes pueden «confiar» en que los comerciantes almacenen y conserven correctamente los productos, del mismo modo que estos últimos pueden «confiar» en que los fabricantes hayan*

⁶⁴ *Produkthaftung*, pp. 137-138.

⁶⁵ *Produkthaftung*, pp. 138.139. Cfr., en sentido parecido, aunque apelando a la autorresponsabilidad de la víctima, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 223; FRISCH, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, pp. 104-105.

*elaborado correctamente esos productos*⁶⁶. KUHLEN considera que si bien se debe ser cauteloso a la hora de trasladar aquí automáticamente el principio de confianza desarrollado en otros ámbitos de actuación, se puede llegar a reconocer su aplicación partiendo de una ponderación de intereses basada en las necesidades propias del sistema de producción⁶⁷.

En un sentido parecido se pronuncia PAREDES CASTAÑÓN, quien defiende igualmente la aplicación del principio de confianza para valorar la conducta de los distintos participantes en el sistema productivo. En su opinión, aunque en este contexto puede decirse que las conductas de los sujetos son *conjuntas* y no meramente *concurrentes* como sucede en el tráfico viario, se debe aplicar también el principio de confianza porque las situaciones que se producen en el ejercicio de una actividad con *división del trabajo* son estructuralmente idénticas a las situaciones que tienen lugar en el tráfico viario: en ambos casos, el sujeto es responsable, principalmente, de su propia actuación⁶⁸. El hecho de que las conductas de los distintos intervinientes estén integradas en un plan común y respondan a un determinado programa de actuación puede favorecer, ciertamente, que los sujetos tengan una mayor posibilidad de conocer los riesgos que encierra la actividad, pero no ha de conducir necesariamente a un deber de prever y evitar los riesgos ocasionados por las conductas incorrectas de los demás intervinientes en el proceso⁶⁹. La previsibilidad por sí misma no determina los deberes de actuación; sólo es la base sobre la que han de operar otras consideraciones valorativas. La *división del trabajo* que se establece en el proceso productivo permite afirmar que *los sujetos sólo son responsables de su propia tarea y pueden «confiar» en la conducta correcta de los demás*, salvo que posean un conocimiento extraordinario que legitime la ampliación de su ámbito de responsabilidad⁷⁰. Nada impide, en definitiva, que para determinar la

⁶⁶ *Produkthaftung*, p. 135.

⁶⁷ *Produkthaftung*, pp. 130-134.

⁶⁸ En PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 158-160, n. 320.

⁶⁹ En PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 160-161.

⁷⁰ En PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 161-163.

responsabilidad de un sujeto en atención a su relación con otros intervinientes en el proceso productivo, se utilice el *principio de confianza* desarrollado en el tráfico viario. Las diferencias, según PAREDES CASTAÑÓN, se producen solamente porque la inclusión en un proceso previamente organizado puede dar lugar *de facto* a una mayor previsibilidad y evitabilidad de los riesgos ocasionados por los terceros y puede también implicar la asignación de posiciones especiales de las que resulte un específico deber de controlar las conductas de determinados intervinientes en el proceso⁷¹.

Otros autores han llegado a estas mismas conclusiones, afirmando que la *división del trabajo* existente entre los distintos sujetos que intervienen en el proceso productivo permite reconocer la posibilidad de aplicar el principio de confianza también en este ámbito⁷².

BRINKMANN, en cambio, aunque admite que el principio de confianza –que a su juicio representa simplemente una *regla de la experiencia*⁷³– teóricamente puede tener aplicación en cualquier ámbito de actuación, incluido el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, entiende que dentro de la cadena de producción la confianza se encuentra muy limitada porque lo normal es que exista un deber de supervisión sobre los productos que se reciben de otros integrantes de la cadena⁷⁴.

En la jurisprudencia, por otra parte, aunque no se rechaza la posibilidad de aplicar el principio de confianza en este contexto, apenas se encuentran sentencias

⁷¹ En PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 164-165.

⁷² Cfr. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 199-211; IDEM, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, pp. 105-106; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 223; JAKOBS, *AT*², 7/53; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), p. 110; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 94 y ss. (p. 133).Cfr., también, aunque definiendo el principio de confianza como un criterio tópico y ambiguo, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 99, n. 54.

⁷³ Cfr. *infra* IV.2.

⁷⁴ *Vertrauensgrundsatz*, pp. 39-46.

en las que este principio sea utilizado para limitar la responsabilidad de los sujetos que intervienen en el proceso productivo.

En la STS de 23 de abril de 1992⁷⁵, en la que se resuelve el caso del aceite de colza desnaturalizado, aunque se niega la posibilidad de aplicar el principio de confianza, no queda claro si el motivo se encuentra en las circunstancias del caso concreto -dado que existía un efectivo conocimiento del carácter tóxico del aceite- o en el tipo de actividad que representa la comercialización de productos destinados al consumo humano. Cuando el Tribunal Supremo analiza la responsabilidad del encargado de la empresa que vende el aceite no concede importancia, en contra de lo pretendido por la defensa, al hecho de que la empresa suministradora tuviera conocimiento de que el aceite iba a comercializarse como aceite comestible. Según el Tribunal Supremo, «esta cuestión sólo sería importante si fuera aplicable al caso el principio de confianza, es decir, aquel principio según el cual un comportamiento conforme al cuidado exigido autoriza a suponer que otros participantes del tráfico se comportarán de acuerdo con las obligaciones que les incumben, sin que tal suposición implique por sí misma, una infracción del deber de cuidado. Sin embargo, en el presente caso se trata precisamente de la participación del recurrente en una actividad que, en general, se puede calificar de peligrosa para los bienes jurídicos personales de los consumidores, lo que excluye la aplicación del principio de confianza. A este respecto se debe señalar que si bien los proveedores del aceite conocían el destino final del mismo, no se puede poner en duda el conocimiento del recurrente relativo al origen de dicho aceite». Así pues, aunque el Tribunal Supremo hace referencia al hecho de que el recurrente tuviera conocimiento del tipo de aceite que estaba adquiriendo, no queda del todo claro si la razón principal por la que se niega la posibilidad de confiar radica en ese conocimiento, lo cual supondría cumplir con una de las limitaciones propias del principio de confianza, o si lo que excluye la aplicación del principio de confianza es la participación en una actividad que, en general, puede calificarse de especialmente peligrosa.

⁷⁵ RJ 6783 (FJ 6°).

No obstante, recientemente, en un caso de responsabilidad por el producto en el que se analiza la posible comisión de un delito contra la salud pública, la SAP de Badajoz (Secc. 1ª) de 14 de febrero de 2006, aplica el principio de confianza apelando a la división de trabajo que existe entre los distintos intervinientes en el proceso productivo. En este caso, una mujer había tomado un medicamento para adelgazar que contenía un producto especialmente peligroso que estaba prohibido por la Agencia Española del Medicamento. La Audiencia Provincial absuelve a la representante legal de la empresa productora del medicamento por entender que podía confiar en la correcta actuación de la directora técnica, que es quien estaba encargada de controlar que los comprimidos no tuvieran ningún producto nocivo: «Como complemento del principio de división del trabajo, el principio de confianza es criterio para concretar los deberes de cuidado, o, por mejor decir, el ámbito de riesgo permitido por el autor (...). Conforme al principio de confianza, con carácter general no se responde por la falta de cuidado ajeno, sino que el Derecho autoriza a confiar en que los otros -con específicas funciones y responsabilidades en el concreto aspecto o cometido generador del riesgo- cumplirán sus deberes de cuidado, esto es, el principio de confianza excluye la imputación objetiva del resultado por quien ha obrado al amparo de aquella confianza, respondiendo solamente cuando concurren circunstancias especiales que deben hacer perder la confianza en el cumplimiento del deber ajeno. No es el caso presente, en el que, como se dice, la empresa disponía de un Director Técnico, en posesión del título y especializados conocimientos para llevar a efecto específicos cometidos y asumir correspondientes y directas responsabilidades».

4. El principio de confianza como instrumento dogmático de carácter general

En el plano doctrinal, muchas de las propuestas relativas a la aplicación del principio de confianza en determinados contextos de actuación han ido acompañadas, desde un primer momento, de manifestaciones favorables al reconocimiento de este principio como criterio general para valorar la

responsabilidad por imprudencia en los casos en los que terceras personas contribuyen a la producción del resultado lesivo.

De hecho, cuando el propio EXNER, antes de que se reconociera expresamente el principio de confianza, se preguntaba *en qué medida puede ser contrario al deber confiar en la conducta correcta de los terceros*, lo que pretendía no era simplemente resolver los problemas que empezaban a plantearse en ámbitos específicos como el del tráfico viario. Aunque centraba la atención en supuestos relacionados con el tráfico viario, realizaba sus consideraciones en el marco de un estudio general sobre la responsabilidad por imprudencia. Su propósito, efectivamente, era limitar la responsabilidad en aquellos casos en los que la conducta imprudente de un tercero contribuye a la producción del resultado lesivo⁷⁶.

Cuando la jurisprudencia empezó a aplicar el principio de confianza para limitar el deber de prever la conducta incorrecta de los terceros, buena parte de la doctrina quiso encontrar en el principio de confianza un criterio dogmático destinado a reconocer la especial relevancia que, con carácter general, pueden tener las conductas incorrectas de los terceros en el estudio de la imprudencia. De esta forma, el principio de confianza poco a poco dejaba de vincularse a las necesidades o particularidades propias de un determinado contexto de actuación – como, por ejemplo, el tráfico viario –, para convertirse en un criterio general basado directamente en la intervención de terceras personas. Con ello se conseguía no sólo justificar su extensión a otros contextos de actuación, sino también generalizar por completo su ámbito de aplicación.

Puede observarse, en este sentido, cómo los primeros autores que propusieron la aplicación del principio de confianza en el ámbito de la medicina consideraban que este principio debe operar en todos los contextos en los que es necesaria una división del trabajo o, incluso, en todos los contextos en los que se produce una relación entre varias personas⁷⁷. A partir de ahí, otros muchos

⁷⁶ *FG-Frank I*, pp. 569-570.

⁷⁷ ENGISCH, *Langenbecks Archiv* 288 (1958), p. 582; STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 392.

autores, siguiendo distintas vías de fundamentación⁷⁸, se han expresado en términos parecidos y han definido este principio como un criterio general con el que determinar el deber de cuidado o la imputación objetiva del resultado cuando intervienen terceras personas, con independencia de las particularidades que puedan existir según el tipo de actividad o según las circunstancias de cada caso concreto⁷⁹.

La jurisprudencia también ha terminado aplicando el principio de confianza para limitar el deber de prever las conductas incorrectas de los terceros en toda clase de contextos de actuación y, al igual que la doctrina mayoritaria, ha llegado a definirlo como un criterio general con el que determinar el deber de cuidado o la imputación objetiva del resultado ante la intervención de terceras personas.

Una de las primeras sentencias en las que se reconoce la posibilidad de aplicar el principio de confianza para limitar, con carácter general, el deber de prever la conducta incorrecta de los terceros es la STS de 3 de junio de 1989⁸⁰. En esta ocasión, el Tribunal Supremo analizaba un caso en el que un sujeto había sido condenado por quemar unos rastrojos provocando que el humo llegara a una carretera cercana. Dos conductores habían continuado su marcha sin adoptar ningún tipo de cautela por la falta de visibilidad y sufrieron un accidente. El Tribunal Supremo absuelve al acusado por dos razones: en primer lugar, porque el

⁷⁸ Cfr. *infra* IV.

⁷⁹ Cfr. LENCKNER, *FS-Engisch*, pp. 498-499 y 506-507; WELZEL, *AT*¹¹, p. 133; STRATENWERTH, *AT*⁴, 15/66, JAKOBS, en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, p. 176; IDEM, *AT*², 7/52-53; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 105 y ss.; ROXIN, *FS-Tröndle*, pp. 186-187; IDEM, *FS-Stree/Wessels*, p. 380; IDEM, *FS-Miyazawa*, p. 516; IDEM, *AT* I³, 24/25; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 581-582; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n. m. 151; SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n. m. 176; RUDOLPHI, *SK*⁶, previo al § 1, n. m. 73; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 344; BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 138-139; KRÜMPELMANN, *FS-Lackner*, p. 290; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, p. 158; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, p. 84; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 137-139 y 333-340; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 117; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 138 y ss. (151); HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 125; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 275; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 110-112; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 135-138; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*⁵, p. 189; CEREZO MIR, *PG II*⁶, p. 170.

⁸⁰ RJ 5021.

viento había cambiado de dirección en 180 ° de manera inesperada; en segundo lugar, porque en virtud del principio de confianza puede decirse que no resulta previsible que los terceros se comporten incorrectamente. Dice el Tribunal Supremo que «si ya hemos señalado la dificultad de prever toda contingencia meteorológica, por inesperada que resulte (...), aún es más imprevisible –y aun prevista como imaginable, descartable por el principio de confianza en comportamientos normales de los demás–, una conducta abiertamente temeraria que está nuclearmente en la causa desencadenante del daño sobrevenido, rompiendo así desproporcionadamente la relación entre la ocasión inicial, si la hubiera habido, y lo que después ocurrió (...). Esta Sala viene asentando en la *imputación objetiva* el requisito que caracteriza de forma adecuada la relación que debe existir entre la acción y el resultado para que se deriven consecuencias de responsabilidad penal para el sujeto agente. Esta relación no puede por menos de resultar esencialmente afectada cuando en ella se interfieren acciones imputables objetivamente a sujetos distintos» (sin cursiva en el original).

En los últimos años se han dictados numerosas sentencias referidas a contextos distintos de los previamente indicados en las que, aplicando o no el principio de confianza al caso concreto, se declara reiteradamente que para reconocer el carácter típico de la conducta enjuiciada hay que tener en cuenta «otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el *principio de confianza* conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido»⁸¹.

De esta línea doctrinal y jurisprudencial favorable a la generalización del ámbito de aplicación del principio de confianza se apartan, sin embargo, no sólo quienes, como se ha visto, se oponen a su aplicación en determinados contextos de actuación, sino también quienes ponen en duda la posibilidad de reconocer con carácter general la existencia de un principio de confianza. En este último sentido,

⁸¹ Así, por ejemplo, las SSTS 19-10-2000 (RJ 9263), 16-10-2002 (RJ 9908), 10-11-2003 (RJ 2004/1770), 3-3-2005 (RJ 4112), 14-4-2005 (RJ 4355), 20-9-2005 (RJ 6831), 26-9-2005 (RJ 7336), 26-10-2005 (RJ 2006/1543), SAP Orense (secc. 2ª) 3-12-2001.

o bien se afirma que lo normal es que haya un deber de prever la conducta incorrecta de los terceros o bien se indica que no se puede acudir a un criterio general porque la protección de la confianza depende siempre de las circunstancias del caso concreto.

PUPPE sostiene que un estudio detallado permite observar que, en realidad, la posibilidad de confiar se presenta más como una *excepción* que como una *regla*, pues es frecuente que en el ámbito de actividades peligrosas, incluidas las que representan el tráfico viario o la medicina, se establezca un sistema de protección múltiple en el que se imponga a varios sujetos el deber de cuidar de un mismo tipo de riesgo. A su juicio, igual que en el ámbito del tráfico viario hay muchas normas cuya finalidad consiste en poder compensar las infracciones de los terceros –como, por ejemplo, las normas que limitan la velocidad–, en el ámbito de la medicina lo normal es que el médico tenga el deber de comprobar que la enfermera ha entendido y cumplido correctamente sus órdenes sobre la administración de un medicamento o la preparación de una inyección⁸². Según esta autora, ello obedece al deseo de dar una mayor protección a los bienes jurídico-penalmente protegidos: si se reconociera el principio de confianza se impediría esta necesaria protección y se llegaría a la conclusión de que sólo pueden ser responsables los que intervienen en último lugar o –como dice ella gráficamente– que «sólo a los últimos le muerden los perros»⁸³. El principio de confianza, en definitiva, no puede ser aceptado como criterio general porque, en su opinión, no permite luchar contra los riesgos de una sociedad compleja y altamente industrializada⁸⁴.

KIRSCHBAUM, por su parte, cuando estudia el principio de confianza en el ámbito del tráfico viario –que es, precisamente, donde este principio ha encontrado una mayor aceptación– niega la existencia de un verdadero *principio*

⁸² NK, previo al § 13, nn. mm. 151-152.

⁸³ NK, previo al § 13, n. m. 151.

⁸⁴ NK, previo al § 13, n. m. 151.

basado en la confianza⁸⁵. Según este autor, dado el gran número de límites con el que cuenta el principio de confianza y dada la necesidad de atender en todo momento a las circunstancias del caso concreto, resulta difícil definir este principio de confianza como un principio general. Son tantas y tan variadas las excepciones previstas en la aplicación de este principio, que puede afirmarse que, en realidad, simplemente hay determinadas situaciones del tráfico en las que se produce una protección de la confianza en atención a una *justa distribución del riesgo* entre los sujetos⁸⁶. En la medida en que ese justo reparto del riesgo depende de la concreta situación del tráfico, no se puede partir de un principio general de confianza, ni tan siquiera de un modelo de regla/excepción⁸⁷. Hay que reconocer, según KIRSCHBAUM, que no existe propiamente un principio de confianza (*Vertrauensgrundsatz/Vertrauensprinzip*), sino sólo una protección de la confianza reservada para determinadas situaciones del tráfico (*Vertrauensschutz*)⁸⁸.

5. Valoración

De acuerdo con lo visto hasta ahora, puede afirmarse que el principio de confianza desarrollado inicialmente en el tráfico viario ha experimentado en los últimos años una progresiva expansión en cuanto a su ámbito de aplicación. La doctrina y la jurisprudencia no sólo han reconocido que es posible aplicarlo en otros contextos de actuación distintos al tráfico viario, sino que también lo han convertido en un criterio general para determinar la responsabilidad por imprudencia cuando terceras personas contribuyen a la producción del resultado típicamente desaprobado.

⁸⁵ *Vertrauensschutz*, pp. 16, 56-59, 204-207. Cfr., también, WIMMER, *DAR*, 1963, p. 369.

⁸⁶ *Vertrauensschutz*, pp. 185-187.

⁸⁷ *Vertrauensschutz*, pp. 204-207.

⁸⁸ *Vertrauensschutz*, pp. 56-59. A una conclusión parecida llega BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 146. En su opinión, dado que la posibilidad de confiar que reconoce el principio de confianza depende, realmente, de la experiencia general acerca de la forma en la que se comportan los terceros, su aplicación depende siempre de la situación concreta y no es posible, por tanto, reconocer la existencia de un principio general de confianza.

Puede apreciarse también, sin embargo, que algunos autores se muestran escépticos con respecto a la posibilidad de aplicar el principio de confianza en determinados contextos de actuación. Los reparos obedecen normalmente a las particularidades que en estos contextos presenta la relación entre los sujetos. La especial vinculación entre los sujetos, la existencia de una relación de subordinación o las diferencias en cuanto a la cualificación o la capacidad para conocer y controlar los riesgos son algunas de las razones que suelen aducirse para limitar el alcance del principio de confianza o para proponer, incluso, un criterio general basado en la desconfianza que imponga a los sujetos un deber de controlar o vigilar las conductas de los terceros. Este escepticismo que se observa en algunos autores se refleja a su vez en la aplicación del principio de confianza por parte de los tribunales. Aunque en estos otros contextos de actuación la jurisprudencia no llega a rechazar expresamente la validez del principio de confianza e incluso se refiere al mismo como un criterio general para valorar la imprudencia o la imputación objetiva, lo cierto es que no parece aplicarlo con tanta frecuencia como en el ámbito del tráfico viario.

Cabe pensar, sin embargo, que las particularidades que se presentan en determinados ámbitos de actuación no tienen necesariamente que llevar a la conclusión de que en tales ámbitos el principio de confianza no resulta válido o no puede operar de la misma manera que en el tráfico viario. Como señalan algunos autores, el principio de confianza lleva consigo una serie de limitaciones o excepciones mediante las cuales puede responderse a las particularidades que presentan los distintos ámbitos de actuación. Desde este punto de vista, la imposibilidad de confiar que se quiere reconocer en estos casos no evidenciaría la inexistencia de un principio de confianza o la vigencia de un principio de desconfianza, sino que respondería a los propios criterios de aplicación del principio de confianza desarrollado en el tráfico viario.

La cuestión que se plantea entonces es si el principio de confianza, con sus diferentes limitaciones o excepciones, puede definirse realmente como un principio o regla general. Si a pesar de aceptarse la generalización del ámbito de aplicación del principio de confianza, la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los terceros aparece, en última instancia, como una excepción, puede

dejar de tener sentido el reconocimiento del principio de confianza como principio o regla general. En realidad, podría dar la impresión de no existe propiamente un principio de confianza, sino sólo una puntual protección de la confianza.

II. LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

El principio de confianza desarrollado por la jurisprudencia en el ámbito del tráfico viario establece, concretamente, que *el conductor que se comporta correctamente* puede confiar en que los demás participantes del tráfico se comporten también correctamente, *salvo que otra cosa se desprenda de las circunstancias del caso concreto*⁸⁹. Según su propia definición inicial, el principio de confianza cuenta, por tanto, con dos requisitos o presupuestos de aplicación que limitan la posibilidad de confiar. El sujeto sólo puede confiar si ha actuado correctamente (*infra* 1) y, además, no hay circunstancias en el caso concreto que evidencien que el tercero se va a comportar incorrectamente (*infra* 2). Dentro de este segundo presupuesto de aplicación se identifican distintas clases de circunstancias que pueden limitar la posibilidad de confiar: circunstancias relacionadas con la persona del tercero (*infra* 2.1), circunstancias relacionadas con la situación concreta (*infra* 2.2) y circunstancias relacionadas con el tipo de infracción que cabe esperar del tercero (*infra* 2.3). A ello se le pueden añadir otras limitaciones que se producen cuando existen determinados deberes de cuidado relacionados con la conducta de los terceros (*infra* 3); dentro de esos deberes, conviene distinguir, a su vez, entre los deberes que consisten en prevenir o evitar la conducta incorrecta del tercero (*infra* 3.1) y los deberes que pretenden compensar la posible conducta incorrecta del tercero (*infra* 3.2).

1. Sólo puede confiar quien se ha comportado correctamente

Desde sus orígenes, el principio de confianza establece que *el sujeto que se comporta correctamente* puede confiar en que los demás también se comporten correctamente, salvo que otra cosa se desprenda de las circunstancias del caso

⁸⁹ Cfr. *supra* cap.1, ap. I.3 y II.7.

concreto⁹⁰. De acuerdo con esta formulación, la primera de las limitaciones o excepciones con las que cuenta la posibilidad de confiar se deriva de la exigencia de que el sujeto que quiere hacer uso de esta posibilidad se comporte a su vez correctamente. Actualmente, ello es reconocido, con algunas matizaciones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁹¹.

Los problemas se presentan en el momento de precisar el alcance de este presupuesto de aplicación, pues partiendo de una interpretación literal del mismo habría que llegar a la conclusión de que, con independencia de la relación existente entre la conducta del sujeto y la conducta del tercero, el sujeto que actúa de manera descuidada o antirreglamentaria no tiene la posibilidad de confiar y puede llegar a responder, por tanto, de los resultados lesivos condicionados de alguna manera por la conducta incorrecta de los terceros. Un conductor que circula ebrio o con exceso de velocidad, por ejemplo, no podría confiar en que los peatones crucen por donde es debido o que los demás conductores respeten su derecho de preferencia. Esta es, sin embargo, la interpretación que parece encontrarse detrás de algunas sentencias que niegan la aplicación del principio de confianza atendiendo exclusivamente a la infracción cometida por el sujeto que apela a la confianza⁹².

⁹⁰ Cfr. BGHSt 9, p. 92 (93-94); 10, p. 3 (4); 11, p. 389; 12, p. 81 (83-84); 13, p. 169 (172-173). Cfr., también, SSTS 11-11-63 (RJ 4489); 27-11-1964 (5138); 24-1-1969 (RJ 335), 14-11-1970 (RJ 4653). Ya antes EXNER, *FG-Frank I*, p. 582.

⁹¹ GÜLDE, *JW*, 1938, p. 2785; MARTIN, *DAR*, 1953, pp. 165-166; MÖRING, *VersR*, 1957, p. 634; F. MÜLLER, *Straßenverkehrsrecht*²¹, p. 724; KRUMME, *ZverKS*, 1961, p. 1; STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 392; IDEM, *AT*⁴, 15/69; CRAMER, *Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, n.m. 51; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 118 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 344; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, p. 249; UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 120-121; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 18-19; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, pp. 4 y 15; BROSE, en ROXIN/SCHROTH (ed.), *Medizinstrafrecht*, pp. 59-60; SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n.m. 174; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, nn.mm. 150 y 215; CEREZO MIR, *PG II*⁶, p. 171. Lo rechaza expresamente HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 209 y ss. En cuanto a la jurisprudencia cfr., por ejemplo, SSTS 27-3-1989 (RJ 2735), 23-4-1992 (RJ 6783), BGHNJW, 1968, p. 1532 (1533), BGHSt 11, p. 389 (393).

⁹² Se apartan, no obstante, de esta línea, analizando con mayor detenimiento la relación con la conducta incorrecta del tercero, STS 4-7-1984 (RJ 3785); SAP Barcelona (secc. 8ª) 27-12-1981; SAP Orense (Secc.2ª) 6-11-2001. Cfr., también BGHSt 33, p. 61 (65); BayObLG NJW, 1975, p. 2076 (2077).

Así, por ejemplo, la STS de 1 de junio de 1981⁹³ condena al conductor de un vehículo que, circulando con exceso de velocidad, atropelló a una niña que había aparecido repentinamente. En esta sentencia, el Tribunal Supremo considera que no se puede aplicar el principio de confianza porque el conductor «ha infringido las normas de velocidad». Igualmente, la STS de 24 de abril de 1984⁹⁴ condena a un conductor que colisionó con un vehículo que se encontraba parado en su mismo sentido por entender que el principio de confianza no favorece «a los que de modo notorio infringen las reglas de convivencia ciudadana». Más recientemente, parece seguirse esta misma interpretación en la SAP Vizcaya (secc. 2ª) de 5 de junio de 2003, cuando condena a un conductor que, circulando con exceso de velocidad, atropella a un peatón que cruza con el semáforo en rojo. En esta sentencia se declara concretamente que: «la víctima, al cruzar la calle como lo hace, vulnera el principio de confianza, el cual impone la esperanza de mutuo cumplimiento de las reglas dirigidas a cada parte implicada en la circulación, pero el conductor del vehículo que, por su parte, conduce de noche por vía urbana, rebasando la velocidad permitida dentro de la población y sin prestar la debida atención puesto que no llega a ver a las dos peatones a las que atropelló pese a tener distancia suficiente para haberlas visto, viola, a su vez, el principio de conducción dirigida consagrado en el art. 17 del Código de la Circulación y el principio de seguridad que obliga a prevenir, hasta donde es posible, el defectuoso comportamiento de los demás usuarios de la vía pública. Produciéndose un entrecruce de principios que obliga a una verdadera valoración causal de las respectivas conductas para deducir el coeficiente de cada una en la producción del resultado, sin perder de vista que en esta comparación de comportamientos contrasta el poderío de la máquina con la debilidad frente a ella del organismo humano».

En cuanto a la jurisprudencia alemana, se puede citar, por ejemplo, una sentencia del *Bundesgerichtshof* de 1968⁹⁵ que condena al

⁹³ RJ 2561.

⁹⁴ RJ 2376.

⁹⁵ BGH *NJW*, 1968, p. 1532 (1533). Cfr., en sentido parecido, BGHSt 11, p. 389 (393).

conductor de un vehículo que, al adelantar a un autobús, atropelló a unos peatones que intentaban cruzar la calle por detrás del autobús. El *Bundesgerichtshof* fundamenta su decisión afirmando que el conductor no puede escudarse en el comportamiento incorrecto de los peatones porque circulaba con exceso de velocidad, y el principio de confianza no ampara a los sujetos que se comportan de manera antirreglamentaria.

En la doctrina, esta es también la interpretación de la que parten quienes, en el ámbito del tráfico viario, fundamentan el principio de confianza con la llamada «teoría del premio»⁹⁶. Para estos autores, la razón por la que el sujeto puede confiar en que los terceros se comporten correctamente radica precisamente en el hecho de que él, a su vez, se comporta correctamente. El principio de confianza, desde este punto de vista, vendría a ser una especie de *premio* por la buena conducta, de manera que si el sujeto no actúa correctamente deja de estar legitimado para esperar que otros lo hagan. Ello se justifica no sólo por razones de justicia e igualdad, sino también por el deseo de incentivar un tráfico disciplinado⁹⁷.

La mayor parte de la doctrina, sin embargo, propone limitar el alcance de este requisito o presupuesto de aplicación, exigiendo una especial relación entre la conducta del sujeto y la conducta del tercero⁹⁸. Se dice, en este sentido, que la conducta incorrecta del sujeto o bien debe motivar la conducta incorrecta del tercero⁹⁹ o bien debe contravenir una norma de cuidado que pretenda precisamente evitar los riesgos que se derivan de la posible conducta incorrecta

⁹⁶ Cfr. *infra* IV.1.

⁹⁷ Se aproximan a esta interpretación GÜLDE, *JW*, 1935, p. 1466; F. MÜLLER, *Straßenverkehrsrecht*²¹, pp. 722-724; KRUMME, *ZverkS*, 1961, p. 1; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 120 y ss.

⁹⁸ De hecho, la STS 11-11-1963 (RJ 4489), una de las primeras sentencias del Tribunal Supremo que reconoce y define el principio de confianza, lo que dice exactamente es que «todo partícipe en la circulación rodada, *respetuoso de los demás usuarios -y que, por tanto, no da ocasión a reacciones anormales-* puede esperar también lo mismo de los restantes copartícipes» (sin cursiva en el original). Cfr., también, STS 27-11-1964 (RJ 5138).

⁹⁹ MARTIN, *DAR*, 1953, pp. 165-166; IDEM, *VersR*, 1958, p. 140; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n. m. 215; SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n.m. 174; ROXIN, *AT*³, 24/24; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 119; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, 233; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 52.

del tercero¹⁰⁰. De lo contrario, si cualquier conducta antirreglamentaria excluyera la posibilidad de confiar, se correría el riesgo de incurrir en un *versari in re illicita* haciendo responsable al sujeto de un resultado que no está relacionado con la infracción del deber de cuidado. Se critica, por ello, la tendencia de los tribunales a negar la aplicación del principio de confianza atendiendo únicamente a la conducta incorrecta del sujeto¹⁰¹.

KRÜMPELMANN, por ejemplo, comenta una sentencia del BayObLG de 1979, en la que se condena a una conductora que, después de haber circulado por una zona urbana con exceso de velocidad, atropelló, fuera ya de la zona con límite de velocidad, a un anciano que cruzaba incorrectamente la carretera¹⁰². La sentencia declara que la acusada no podía apelar al principio de confianza porque se había comportado incorrectamente. KRÜMPELMANN lo critica porque, a su juicio, no es necesario en estos casos reconocer una excepción al principio de confianza. Se trata de problemas relacionados con la *imputación del resultado* que requieren un estudio detallado acerca de cuál puede ser el sentido de la norma de cuidado lesionada¹⁰³. En este caso, según KRÜMPELMANN, no puede decirse que el límite establecido en la zona urbana tuviera la finalidad de evitar situaciones que se producen fuera de esa zona urbana. Lo que debería argumentarse para condenar a la conductora es que la visión de una persona mayor colocada al borde de la calzada permite reconocer un deber de reducir la marcha para comprobar la edad de la persona, así como su capacidad para cruzar correctamente la carretera; un deber que sí está relacionado con el resultado lesivo finalmente producido¹⁰⁴.

¹⁰⁰ PUPPE, NK, previo al § 13, n. m. 153; JAKOBS, AT², 7/55; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 119.

¹⁰¹ PUPPE, NK, previo al § 13, n. m. 154; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, S/S²⁶, § 15, n.m. 215; RUDOLPHI, SK⁶, previo al § 1, n. m. 73; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 329-330 y 539-540; IDEM, CDJ, 1994, pp. 55-56; DIEHL, *Regreßverbot*, pp. 198-199; FEJOO SÁNCHEZ, RDPCr n° ex. 1 (2000), pp. 118-119; BROSE, en ROXIN/SCHROTH (ed.), *Medizinstrafrecht*, p. 60; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 52.

¹⁰² FS-Lackner, pp. 289 y ss.

¹⁰³ FS-Lackner, pp. 291-293.

¹⁰⁴ FS-Lackner, pp. 300-306.

En esta línea, algunos autores han señalado que, en realidad, la cuestión de si el sujeto que se comporta incorrectamente puede confiar en la conducta correcta de los terceros es una cuestión que no afecta al principio de confianza, sino sólo a la imputación del resultado¹⁰⁵. Desde el momento en que se reconoce que la conducta del sujeto es incorrecta o descuidada, el principio de confianza deja de tener sentido porque este principio sirve precisamente para determinar la infracción del deber de cuidado¹⁰⁶. Cuando se afirma que el sujeto que actúa de manera incorrecta o descuidada no puede confiar en la conducta correcta de los terceros se incurre en una *tautología*, pues el carácter incorrecto o descuidado de la conducta presupone la imposibilidad de confiar¹⁰⁷. Se advierte, por ello, que tal afirmación debe interpretarse más bien en el sentido de que el principio de confianza determina el deber de cuidado pero no dispensa de su cumplimiento, de manera que el sujeto no puede realizar una conducta incorrecta confiando en que los terceros eviten la producción del resultado lesivo¹⁰⁸. En cualquier caso, ello no permite imputar al sujeto que se comporta incorrectamente todos los resultados lesivos en los que medie la conducta incorrecta de un tercero, pues se podría dar lugar un *versari in re illicita*. Por eso se dice que es importante limitar el alcance de este presupuesto de aplicación, exigiendo una relación entre la infracción del sujeto y la conducta incorrecta del tercero. Esta limitación se obtiene, concretamente, mediante los criterios relacionados con la imputación del resultado, viéndose condicionada, por tanto, por la postura adoptada en torno a teorías como la del incremento del riesgo o la del fin de protección de la norma¹⁰⁹.

¹⁰⁵ BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 61-62; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 18-19; PUPPE, *NK*, previo al § 13, nn. mm. 153-154; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 329-330 y 539-540; FEJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 118-119; PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, pp. 35-41; BROSE, en ROXIN/SCHROTH (ed.), *Medizinstrafrecht*, pp. 59-60; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 209-210; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, p. 148.

¹⁰⁶ Sobre la ubicación del principio de confianza en la teoría jurídica del delito, cfr. *infra* III.

¹⁰⁷ FEJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 116-117.

¹⁰⁸ SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 18-19; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 215; FEJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 117-118.

¹⁰⁹ PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, pp. 35-41.

En este punto, sin embargo, el comportamiento incorrecto de los terceros no afectaría a la aplicación del principio de confianza, sino que sólo sería determinante para identificar una posible concurrencia de culpas¹¹⁰.

En la jurisprudencia española se encuentran numerosas sentencias en las que el Tribunal Supremo, si bien sostiene que la conducta antirreglamentaria del sujeto permite descartar la aplicación del principio de confianza, considera que la concurrencia de culpas permite reducir la gravedad de la imprudencia. Así se aprecia claramente, por ejemplo, en la STS de 15 de octubre de 1979¹¹¹. En este caso, un conductor que circulaba por la noche con exceso de velocidad atropelló, al salir de una curva, a un grupo de trabajadores que se encontraban en la calzada sin hacer uso de «cinturones o manguitos reflectantes y sin señal de tráfico que indicase su presencia». El Tribunal Supremo considera que tal conducta «merece la calificación de culpa grave o imprudencia temeraria (...), dada la conculcación evidente de todo el complejo normativo que hemos visto es preciso observar en la circulación nocturna por la especial peligrosidad que la misma genera en determinadas circunstancias y que indudablemente concurren en el caso de autos; calificación de la culpa que, sin embargo, es preciso degradar a la de simple con infracción de reglamentos dado que, en el plano causal, la conducta de las propias víctimas contribuyó de manera igualmente decisiva al luctuoso resultado».

2. Sólo se puede confiar si no hay circunstancias en el caso concreto que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero

El reconocimiento del principio de confianza también ha ido acompañado desde sus inicios de un segundo requisito o presupuesto de aplicación: el sujeto sólo puede confiar en la conducta correcta de los terceros *en la medida en que no haya circunstancias en el caso concreto que hagan pensar lo contrario*. En líneas

¹¹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 118-119.

¹¹¹ RJ 3670. Cfr., en sentido parecido, STS 25-6-1980 (RJ 2992). Sobre la relación entre el principio de confianza y la concurrencia de culpas en el ámbito del tráfico viario, cfr. *supra* cap. 1, ap. II.9.

generales, eso significa que la posibilidad de confiar queda excluida cuando en el caso concreto resulta claramente *previsible* que el tercero se va a comportar incorrectamente. Esta es la limitación más antigua que conoce el principio de confianza, pues, como se vio al exponer su evolución en el ámbito del tráfico viario, este principio surgió para restringir el alcance de la previsibilidad. De la afirmación de que el sujeto debe cuidar de las previsible conducta incorrectas de los terceros, se pasó a la afirmación de que el sujeto sólo debe cuidar de tales conductas cuando resultan previsible en atención a las circunstancias del caso concreto¹¹². De esta forma, la posibilidad de confiar con carácter general en la conducta correcta de los terceros empezaba a contar desde un primer momento con una limitación basada en las circunstancias del caso concreto¹¹³, una limitación que se ha mantenido hasta nuestros días y que es hoy comúnmente aceptada¹¹⁴. Con el tiempo, se ha intentado precisar el tipo de circunstancias capaces de limitar la posibilidad de confiar poniendo de manifiesto que la

¹¹² Cfr. *supra* cap. 1, ap. II.2.

¹¹³ BGHSt 9, p. 92 (93-94); 10, p. 3 (4); 12, p. 81 (83-84); 13, p. 169 (172-173); 14, p. 97 (99-100); 14, p. 201 (211); BGH NJW, 1951, p. 770. En cuanto a la jurisprudencia española, cfr. STS 24-1-1969 (RJ 335).

¹¹⁴ EXNER, *FG-Frank I*, pp. 582-583; GÜLDE, *JW*, 1938, p. 2787; SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, p. 193; MÖRING, *VersR*, 1957, p. 634; MARTIN, *VersR*, 1958, pp. 139-140; ENGISCH, *Langenbecks Archiv* 288 (1958), pp. 580-583; STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 392; GALLAS, *Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, p. 43; CRAMER, *Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, nn.mm. 44 y 45; JAKOBS, en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, pp. 177-178; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 343; ARROYO ZAPATERO, *La protección penal*, p. 179; HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 172; BLOY, *Beteiligungsform*, p. 138-142 (con importantes matizaciones); SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 12-13; KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 134 y ss.; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 119; SCHROEDER, *LK¹¹*, § 16, n.m. 173; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 4; ROXIN, *AT³*, 24/23; PUPPE, *NK*, previo al § 13, n. m. 156; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S²⁶*, § 15, n.m. 213; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 119-120; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 207 y ss. Entiende KIRSCHBAUM (*Vertrauensschutz*, pp. 113-114) que no se trata, en realidad, de una excepción al principio de confianza porque es algo que se desprende del propio concepto de «confianza». En el mismo sentido se pronuncian PETER (*Arbeitsteilung im Krankenhaus*, pp. 29-31) y UMBREIT (*Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 150-151), quienes después de subrayar que es una consecuencia lógica de la idea de «confianza», afirman que donde *de facto* no hay confianza tampoco se puede crear *de iure*. Por su parte, MURMANN (*Nebentäterschaft*, pp. 256-257) sostiene que esta limitación obedece a que la confianza, con independencia de que pueda estar fundamentada de manera normativa, ha de tener en todo caso una vertiente psíquica, por lo que dejará de estar justificada desde el momento es que se observa o vislumbra la ruptura de la confianza. Se rechaza, no obstante, esta excepción cuando se destaca el carácter contrafáctico que puede tener el principio de confianza como manifestación de una delimitación de ámbitos de responsabilidad. Cfr., en este sentido, JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 29-30, quien señala que los ámbitos de responsabilidad siguen estando separados aun cuando hay claros indicios de que el tercero se va a comportar incorrectamente o es muy probable que lo haga.

limitación no se basa *genéricamente* en la posibilidad de prever la conducta incorrecta del tercero en el caso concreto –lo que supondría mantener el criterio de la previsibilidad y cuestionar la propia validez del principio de confianza¹¹⁵–, sino en la existencia de circunstancias *especiales* que dan motivo para pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente¹¹⁶.

Se observa, en este sentido, cómo esta limitación se ha vinculado tradicionalmente a determinados aspectos como la particular condición del tercero, el tipo de situación o la frecuencia con la que se cometen ciertas infracciones.

2.1. *Circunstancias relacionadas con la persona del tercero*

Cuando la jurisprudencia alemana, antes de empezar a aplicar expresamente el principio de confianza, hacía depender la responsabilidad del conductor de lo que fuera previsible en atención a las circunstancias del caso concreto, manifestaba que, si bien con carácter general no puede considerarse previsible la conducta incorrecta de los terceros, ante *niños y ancianos* es necesario contar en todo momento con una posible conducta antirreglamentaria¹¹⁷. Cuando más tarde, en aplicación del principio del principio de confianza, empezaba a defender la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los terceros, salvo que otra cosa se desprendiera de las circunstancias del caso concreto, la jurisprudencia explicaba que la particular condición de los terceros era una de esas circunstancias que pueden limitar la posibilidad de confiar.

¹¹⁵ Cfr. las observaciones hechas a este respecto *supra* cap. 1, ap. I.3.2.

¹¹⁶ En España, no obstante, esta precisión se ha visto dificultada con el reconocimiento del principio de defensa o de conducción dirigida, que no sólo ha llevado en ocasiones a proclamar el deber de prever la conducta incorrecta de los terceros, sino que ha servido también para afirmar que el principio de confianza deja de operar cuando el conductor puede prever esa conducta incorrecta de los terceros. Aunque posteriormente se ha ido vinculando esa posibilidad a aspectos más concretos, existen varias sentencias del Tribunal Supremo en las que, después de admitir la validez del principio de confianza, se señala expresamente que «si aquella conducta anómala de la víctima pudo ser anticipadamente esperada y calculada, observada en suma, con tiempo hábil para prevenirla y eludirla, entonces no puede ampararse en sus posibles derechos el agente por imponérselo así el principio de seguridad en la conducción que le obliga a prever y evitar ese comportamiento defectuoso». Cfr., por ejemplo, SSTS 13-3-1975 (RJ 933), 17-4-1978 (RJ 1430), 30-6-1980 (RJ 3068).

¹¹⁷ RG *JW*, 1936, p. 3462.

En 1960, el *Bundesgerichtshof* declaraba que el principio de confianza «no rige cuando el conductor, a partir de una razonable comprensión de todas las circunstancias, tiene motivos para dudar de la conducta reglamentaria los otros participantes del tráfico. *En especial*, cuando se trata de personas descuidadas y poco capacitadas para el tráfico como las *personas de edad muy avanzada reconocible, incapacitados o niños*, que exigen un especial cuidado y una consecuente reducción de la velocidad»¹¹⁸.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo, en sus primeras sentencias sobre el principio de confianza, indicaba que la regla general establecida por este principio se limita «cuando el conductor respetuoso puede prever en otro usuario vial una posible conducta antirreglamentaria de peligro concreto, atendiendo a las circunstancias *personales* y externas»¹¹⁹ (sin cursiva en el original); o que, más concretamente, el principio de confianza «puede ceder en casos determinados, en que tratándose de *niños, ancianos o minusválidos* es previsible su reacción anormal»¹²⁰ (sin cursiva en el original).

Se reconoce así una primera limitación basada en la presencia en el caso concreto de *niños, ancianos o discapacitados*¹²¹, siempre que no se encuentran acompañados o vigilados¹²². Se trata de una limitación que si bien no encuentra especial aplicación en contextos de actuación con división de trabajo, es utilizada

¹¹⁸ BGHSt 14, p. 97 (99-100).

¹¹⁹ STS 24-1-1969 (RJ 335).

¹²⁰ STS 14-11-1970 (RJ 4653).

¹²¹ En el ámbito del tráfico viario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo vincula expresamente al principio de defensa. Cfr. SSTS 14-12-1970 (RJ 5289); 5-2-1973 (RJ 602); 17-5-1977 (RJ 2296); 6-2-1978 (RJ 377); 17-4-1978 (RJ 1430); 29-5-1978 (RJ 2043); 14-3-1980 (1126); 8-6-1985 (RJ 2976); 27-12-1986 (RJ 7997); 27-3-1989 (RJ 2735). Cfr., también, SAP La Coruña (secc. 4ª) 23-4-1998; SAP Málaga (secc. 1ª) 21-11-1998; SAP Toledo (secc. 1ª) 5-5-2000. En la jurisprudencia alemana, cfr., por ejemplo, BGHSt 12, p. 162 (165-166); 14, p. 97 (99-100); BGH *NJW*, 1951, p. 770.

¹²² BGHSt 9, p. 92 (94); BGH *NJW*, 1951, p. 770.

muy a menudo en el ámbito del tráfico viario y es reconocida doctrinalmente con carácter general¹²³.

En el caso de los *niños* suele decirse que es difícil esperar de ellos una conducta cuidadosa porque, dada su formación y constitución, no pueden responder correctamente a los riesgos de la vida diaria, en especial a los riesgos inherentes al tráfico viario¹²⁴. En este caso, por tanto, la limitación de la confianza se basa, en principio, en la especial previsión de la conducta incorrecta que se deduce de su propia *condición* personal y no de la actitud que puedan mostrar en el caso concreto. El principal problema es entonces determinar la edad a partir de la cual se puede considerar que alguien deja de ostentar la condición de niño. Con respecto al tráfico viario, puede decirse que si con una determinada edad se tiene la posibilidad de conducir, es claro que a partir de esa edad deja de existir un niño a estos efectos¹²⁵, pero lo cierto es que también a una edad más temprana se cuenta con la capacidad de cumplir con las exigencias del tráfico viario que no se refieren a la conducción¹²⁶. Dado que resulta difícil fijar una edad concreta, se entiende que lo más razonable es admitir que se trata de una cuestión *gradual* y que el nivel de cuidado exigido en cuanto a la posible conducta del niño depende de la mayor o menor edad que sea reconocible en cada caso¹²⁷.

¹²³ Cfr. GÜLDE, *JW*, 1938, p. 2788; MARTIN, *DAR*, 1953, p. 167; IDEM, *VersR*, 1958, p. 140; STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 392; CRAMER, *Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, nn.mm. 44 Y 50; BÖHMER, *JR*, 1967, p. 293; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 250-253; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 59-60; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 343; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 13-15; KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 140; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 118; SCHROEDER, *LK¹¹*, § 16, n.m. 173; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 4; PUPPE, *NK*, previo al § 13, n.m. 152; ROXIN, *AT³*, 24/23; JAKOBS, *AT²*, 7/54; FEJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 123 y ss.

¹²⁴ Así, por ejemplo, BGH *NJW*, 1951, p. 770; STS 24-1-1969 (RJ 335). Cfr., también, BÖHMER, *JR*, 1967, pp. 292-293; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 141-142.

¹²⁵ Cfr. HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 144.

¹²⁶ En Alemania y Suiza, por ejemplo, la jurisprudencia, en el ámbito del tráfico viario, suele fijar el límite en los catorce años. Cfr, en este sentido, KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 244; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 165.

¹²⁷ Cfr. MARTIN, *DAR*, 1963, p. 122; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 246-249.

HEIERLI considera, incluso, que no debe aceptarse esta limitación de la confianza basada en la condición personal del niño; que ante los niños, sea cual sea su edad, no es conveniente establecer una regla basada en la desconfianza que obligue a prever cualquier tipo de conducta descuidada, porque si así fuera el conductor, por ejemplo, al percatarse de la presencia de un niño, estaría obligado a reducir súbitamente su marcha y provocaría situaciones mucho más peligrosas¹²⁸. Según HEIERLI, en estos casos, por tanto, no se puede dejar de reconocer la validez del principio de confianza; simplemente hay que limitar su aplicación en atención a la situación concreta, analizando los indicios ofrecidos por la edad y actitud del niño. La única particularidad con respecto a los adultos, dice HEIERLI, es que, dadas las limitaciones del niño, se deben exigir menos indicios para tener que contar con una conducta incorrecta¹²⁹.

En atención a estas matizaciones, podría ser criticada, por ejemplo, la STS de 15 de octubre de 1979¹³⁰, en la que se analiza la responsabilidad del conductor de un camión que, poco después de ver a un niño de 7 años subido en un tractor que se encontraba aparcado a la derecha, realizó una maniobra de marcha atrás y atropelló al niño después de que éste se hubiera bajado del tractor. El Tribunal Supremo descarta que se pueda aplicar el principio de confianza porque: «sobre el mismo y con mayor prevalencia se impone el principio de conducción dirigida o de autodomínio del vehículo que se gobierna, no menos que el principio de seguridad, que obliga a prevenir hasta donde humanamente sea posible el defectuoso comportamiento de otros usuarios de la vía pública, sobre todo tratándose de niños cuyas reacciones suelen resultar en diversidad de ocasiones anómalas, por lo que si el procesado vio al interfecto subido en otro vehículo, pudo con diligencia y tiempo hábil prevenir o suponer que bajase del mismo para cruzar la calle o para, como realmente hizo, seguir tras el camión». No obstante, rebaja la gravedad de la imprudencia por la coadyuvante actuación de la víctima.

¹²⁸ *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 152.

¹²⁹ *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 155. En un sentido parecido, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n. m. 213.

¹³⁰ RJ 3598.

En cuanto a los *ancianos*, la doctrina considera que es más difícil justificar una limitación de carácter general basada en su condición personal. Ya no sólo porque resulta complicado fijar una edad concreta a partir de la cual se deba atribuir esa condición, sino porque no puede negarse de entrada la capacidad de los ancianos para responder correctamente a las distintas situaciones peligrosas. Hasta que no llegan a edades muy avanzadas, lo normal es que sus facultades mentales no se encuentren mermadas y que, además, su mayor experiencia compense sus problemas de movilidad¹³¹. En cualquier caso, su presencia es más fácilmente observable y su comportamiento es más predecible que el de los niños¹³². Por eso, la doctrina tiende a matizar esta limitación exigiendo una valoración más centrada en la actitud que muestran los ancianos en cada caso concreto: mientras que no haya indicios de que estas personas puedan tener algún problema para reaccionar correctamente, se entiende que no es necesario limitar la posibilidad de confiar¹³³.

Sería criticable, en este sentido, la STS de 14 de marzo de 1980¹³⁴, en la que se condena a un conductor que, con velocidad adecuada y con el semáforo en verde, atropelló a una anciana que intentó cruzar la calle repentinamente. El Tribunal Supremo se limita a manifestar que «en la pugna entre los principios de confianza y de seguridad en los problemas de la circulación viaria, ha de prevalecer por razones de solidaridad social y humana este último, pues no es dable confiar por regla general en que los demás usuarios de las vías públicas concurridas, observarán las normas y precauciones reglamentarias, sino que es preciso asegurarse en cada momento que se estará en condiciones

¹³¹ Cfr., a este respecto, KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 254-259, quien señala que con respecto a los ancianos la propia jurisprudencia alemana tiende a centrar la atención en la concreta discapacidad que puede llegar a suponer la edad muy avanzada del sujeto y no tanto en su condición de anciano con carácter general. Cfr., también, HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, 178-180.

¹³² Cfr. HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 180-181.

¹³³ Cfr. MARTIN, *DAR*, 1963, pp. 122-123; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 254-259; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 14-15; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 182.

¹³⁴ RJ 1126. Cfr., también, en un sentido parecido, STS 27-12-1986 (RJ 7997).

de superar las emergencias que puedan suscitarse, *sobre todo cuando se trata de comportamientos de niños, ancianos o minusválidos por ser previsibles la reacción anormal de los mismos*, como ocurre en el caso ahora enjuiciado» (sin cursiva en el original).

Con respecto a las personas *discapacitadas*, podría pensarse que se debe limitar la posibilidad de confiar por su especial dificultad para responder ante las distintas situaciones de riesgo. Sin embargo, teniendo en cuenta que esa especial dificultad depende en gran medida del tipo de discapacidad y de la concreta situación, cabría poner en duda también en este caso que la limitación deba establecerse con carácter general en atención a su condición de discapacitadas¹³⁵.

Da la impresión, en definitiva, de que -salvo, quizá, en el caso de niños-, la mención expresa a los niños, ancianos y discapacitados no permite realmente reconocer en este caso una limitación de carácter general. Incluso en un contexto como el del tráfico viario, su mera presencia no parece suficiente para tener que prever una conducta incorrecta¹³⁶. Su especial condición sólo justifica la imposibilidad de confiar si se pone en relación con otras circunstancias concretas, por lo que la limitación de la confianza no difiere en estos casos de las que se produce ante otras circunstancias personales de carácter puntual¹³⁷.

Una limitación de la confianza con carácter general podría aceptarse, en cambio, si se parte de la idea de que el principio de confianza se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad y que, por tanto, sólo opera con respecto a personas responsables. Ello permitiría afirmar que, con independencia de las circunstancias concretas, la mera presencia de niños o personas consideradas irresponsables excluye la aplicación del principio de confianza¹³⁸.

¹³⁵ Así HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 174-189.

¹³⁶ Cfr., no obstante, MARTIN, *VersR*, 1958, p. 140.

¹³⁷ Cfr., en este sentido, HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 188-189. Sería equiparable, por tanto, a la limitación que se produce ante una persona ebria, cansada, poco formada o, simplemente, despistada.

¹³⁸ Así, por ejemplo, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 13-14; KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 134 y 140; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 123-126.

2.2. Circunstancias relacionadas con la situación concreta

Desde el mismo momento en que la jurisprudencia empezaba a afirmar que los conductores, en principio, no deben prever la conducta incorrecta de los terceros, se establecía una salvedad para los casos en los que tal conducta puede considerarse previsible según las circunstancias del caso concreto. Dado que con el reconocimiento expreso del principio de confianza se insistía en que la regla general es la posibilidad de no tener en cuenta las conductas incorrectas de los terceros, la salvedad referida a las circunstancias acababa centrándose en el carácter *especial o excepcional* de tales circunstancias. Este carácter especial se justificaba unas veces por la condición personal del tercero -como se ha visto- y otras veces por la propia situación del tráfico. De esta forma, la aplicación del principio de confianza quedaba limitada, desde un principio, en aquellos casos en los que, en atención a la *especial situación del tráfico*, existen motivos concretos para pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente¹³⁹.

En ocasiones, el carácter especial de la situación se busca en las *circunstancias personales del tercero en el caso concreto*. Si el tercero se muestra, por ejemplo, ebrio, asustado, poco preparado, cansado o despistado, se entiende que puede haber suficientes motivos para esperar una conducta incorrecta y limitar, por tanto, la aplicación del principio de confianza¹⁴⁰.

Así lo entendió el *Bundesgerichtshof*, por ejemplo, en una de sus primeras sentencias sobre el principio de confianza. Un conductor circulaba sin superar los límites de velocidad cuando dos mujeres

¹³⁹ BGHSt 10, p. 3 (4); 12, p. 81 (83-84); 14, 201; 43, p. 306 (310); BayObLG *NJW*, 1978, p. 1491 (1492); BGH *NJW*, 2003, p. 1929; SSTS 11-10-1979 (RJ 3577), 18-3-2002 (RJ 6691); SAP Toledo (secc. 1ª) 5-5-2000, SAP Barcelona (secc. 8ª) 12-5-2000; SAP Barcelona (Secc. 8ª) 27-12-2001; SAP Badajoz (secc. 1ª) 14-2-2006.

¹⁴⁰ STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 392; IDEM, *AT*⁴, 15/66; CRAMER, *Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, nn.mm. 45 y 46; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 158-163; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 344; KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung*, p. 199; ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, p. 159; PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, pp. 32-33; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp.190-193; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 213; ROXIN, *AT*³, 24/23; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* nº ex. 1 (2000), p. 129; BROSE, en ROXIN/SCHROTH (ed.), *Medizinstrafrecht*, p. 59; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 208.

aparecieron repentinamente en la calzada con intención de cruzar la calle. El conductor frenó enseguida y las mujeres se detuvieron al advertir su presencia. Cuando el conductor reanudó la marcha, una de ellas empezó a correr para terminar de cruzar la calle y fue atropellada. El *Bundesgerichtshof* consideró que el conductor no podía apelar al principio de confianza porque era de esperar que la reacción de la mujer, por estar asustada, no fuera la correcta¹⁴¹. En otro caso, haciendo referencia no ya al principio de confianza expresamente, sino a la posibilidad de contar con el comportamiento correcto de los terceros, el *Bundesgerichtshof*, después de reconocerle al médico esta posibilidad con carácter general, advierte que pueden establecerse excepciones según las circunstancias especiales del caso, y con respecto al supuesto objeto de análisis considera concretamente que, dado que la enfermera no había trabajado nunca con cloroformo y no tenía, por tanto, una formación completa, el médico no podía apelar a esa posibilidad reconocida con carácter general¹⁴².

Puede ocurrir también que el tercero se encuentre en condiciones de actuar correctamente, pero *resulte evidente que va a realizar una conducta incorrecta*¹⁴³. En estos casos tampoco resulta posible apelar a la confianza. De hecho, aunque algunos autores consideran que en estos casos, en la medida en que el tercero puede actuar de manera dolosa, se debe limitar la responsabilidad del sujeto estableciendo una prohibición de regreso, hay quienes prefieren operar con el principio de confianza y hacer depender la solución de lo evidente o especialmente previsible que resulte la conducta incorrecta del tercero¹⁴⁴. Dice ROXIN, en este sentido, que cuando el sujeto favorece una *reconocible inclinación o propensión al hecho (erkennbare Tatgeneigtheit)* por parte del tercero, se le

¹⁴¹ BGHSt 14, p. 97 (98-100). En un caso semejante, la STS 29-5-1978 (RJ 2043) absuelve al acusado aplicando el principio de confianza.

¹⁴² BGHSt 3, p. 91 (97-99). Cfr., también, en un sentido parecido, BGH NJW, 1955, p. 1487 (1488); BGHSt 43, p. 306 (310).

¹⁴³ Cfr., ROXIN, AT³, 24/23; KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung*, p. 199; KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 142.

¹⁴⁴ Sobre la relación entre el principio de confianza y otros criterios utilizados para determinar el deber de cuidado o la imputación objetiva del resultado, cfr. *infra* III.3.

deberá hacer responsable del resultado porque queda limitada la posibilidad de aplicar el principio de confianza¹⁴⁵.

Así, por ejemplo, dice ROXIN que si, durante una acalorada pelea, alguien facilita un cuchillo a uno de los contendientes y éste lo utiliza para matar al otro, el primer sujeto, en la medida en que le es reconocible la inclinación o propensión al hecho, no podrá apelar al principio de confianza y será considerado responsable del homicidio. Por la misma razón, es acertada, según ROXIN, la famosa sentencia del *Reichsgericht* en la que se condenaba por homicidio imprudente a una mujer que, después de que su amante le hubiera manifestado las profundas desavenencias que tenía con su esposa, le facilita el veneno con el que acaba dando muerte a esta última¹⁴⁶.

También se limita la posibilidad de confiar cuando se observa que el tercero *ha empezado a comportarse incorrectamente o ha realizado ya una conducta inadecuada*¹⁴⁷. Así ocurre, por ejemplo, cuando un peatón ha empezado a cruzar la carretera por donde no debía, cuando un vehículo se ha introducido ya en el cruce a pesar de no tener preferencia de paso o cuando, durante una intervención, un enfermero le entrega al médico una sustancia que éste reconoce como nociva. En estos casos, parece evidente que deja de tener sentido que el sujeto pueda apelar a la confianza. Distinta es la situación, sin embargo, cuando el tercero tiene todavía la posibilidad de corregir su conducta, como ocurre, por ejemplo, cuando un conductor ve venir por su carril a otro conductor que marcha en sentido contrario de manera antirreglamentaria pero con espacio suficiente para volver a su carril. En casos como éste se podría poner en duda la necesidad de

¹⁴⁵ *FS-Tröndle*, pp. 190 y ss.; IDEM, *AT*³, 24/28; Cfr., también, SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n.m. 184; MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 276.

¹⁴⁶ *FS-Tröndle*, pp. 190 y ss.; IDEM, *AT*³, 24/29 y 24/30.

¹⁴⁷ Cfr. STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 392; IDEM, *AT*⁴, 15/66; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 60-61; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 159-163; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 343; ARROYO ZAPATERO, *La protección penal*, p. 179; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 12-13; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 213; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 225-226; BROSE, en ROXIN /SCHROTH (ed.), *Medizinstrafrecht*, p. 59; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 43-44 y 88.

rechazar la posibilidad de confiar en que el tercero dejará de actuar incorrectamente¹⁴⁸.

Al margen de los casos en los que la posibilidad de confiar se limita porque el tercero ha dado indicios de que se va a comportar incorrectamente o, incluso, ha empezado a hacerlo, se entiende que la confianza se ve también limitada cuando hay circunstancias objetivas, relacionadas con la situación del tráfico, a partir de cuales se entiende que es difícil que el tercero llegue a actuar correctamente. Estas circunstancias son las que dan lugar, propiamente, a las llamadas *situaciones especiales, críticas o poco claras*¹⁴⁹. Se considera que existe una situación de este tipo, por ejemplo, cuando hay condiciones meteorológicas adversas, cuando la señalización es deficiente, cuando se ha producido un accidente que perturba el desarrollo normal de los acontecimientos, cuando es un día festivo y es probable que la gente haya ingerido grandes cantidades de alcohol o cuando, simplemente, existen circunstancias que permiten afirmar que la situación resulta especialmente peligrosa¹⁵⁰.

En una sentencia reciente, por ejemplo, el *Bundesgerichtshof*¹⁵¹, al analizar la responsabilidad de un conductor que, superando la velocidad permitida, se introduce en un cruce con preferencia de paso y colisiona con otro vehículo, sostiene que no se puede apelar al principio de confianza porque el conductor sabía que en ese cruce se cometen accidentes muy frecuentemente. Se trataba, por tanto, según el *Bundesgerichtshof*, de una «*situación crítica*» que obligaba al conductor a adoptar un especial cuidado¹⁵².

¹⁴⁸ Así, por ejemplo, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 15-16. Cfr., también, JAKOBS, *AT*², 7/55.

¹⁴⁹ CRAMER, *Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, n.m. 48; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 151-159; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 202 y ss.; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 47-48.

¹⁵⁰ Sobre estos y otros ejemplos, cfr., fundamentalmente, KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 151-159.

¹⁵¹ BGH *NJW*, 2003, p. 1929.

¹⁵² Aunque el *Bundesgerichtshof* limite en este caso la posibilidad de confiar reconociendo la existencia de una «*situación crítica*», podría pensarse que lo determinante, en realidad, era el carácter frecuente de la infracción, por lo que debería incluirse esta sentencia entre aquellas que se

También se puede incluir aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1979¹⁵³, en la que, aun reconociéndose la posibilidad de aplicar el principio de confianza en el ámbito de la medicina, se considera que el caso objeto de análisis el médico no podía confiar en la conducta correcta del anestesista porque era consciente de que éste estaba atendiendo a dos pacientes de manera simultánea.

La doctrina, sin embargo, ha llamado la atención sobre la necesidad de realizar una interpretación cuidadosa de todas estas limitaciones basadas en la situación concreta. La dificultad a la hora de precisar las circunstancias que deben motivar la limitación de la confianza puede acabar dando lugar, según algunos autores, a un grado de abstracción incompatible con el propio sentido del principio de confianza¹⁵⁴. Ello ocurre, sobre todo, cuando se limita la confianza en las llamadas situaciones especiales, críticas o poco claras. La frecuencia con la que se producen accidentes en una determinada situación del tráfico o la mera existencia de puntos generales de referencia como una aglomeración de personas o un autobús estacionado en un lado de la calzada no puede ser razón suficiente para limitar la posibilidad de confiar en una conducta correcta de los terceros. Se insiste por ello en la necesidad de identificar en cada caso motivos realmente concretos que no se deriven simplemente de presunciones basadas en juicios de carácter estadístico¹⁵⁵.

basan en la limitación relativa a las «infracciones típicas» (cfr. *infra* II.2.3). Se menciona aquí, sin embargo, por la expresa referencia a la «situación crítica» y porque permite poner de manifiesto la difícil diferenciación entre ambas limitaciones.

¹⁵³ RJ 3577.

¹⁵⁴ Cfr. BLOY, *Beteiligungsform*, p. 138; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 205; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 120-121.

¹⁵⁵ Cfr. HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 190-193 y 217-224; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 120-121. Cfr., también, KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 143, para quien, debido a la necesidad de identificar puntos de referencia concretos, esta limitación difícilmente puede fundamentar la responsabilidad del productor ante las conductas incorrectas de los consumidores.

2.3. *Circunstancias relacionadas con la infracción del tercero:
las «infracciones típicas»*

A partir de los años cincuenta del pasado siglo XX, la jurisprudencia alemana, al consolidar el principio de confianza en el ámbito del tráfico viario, reconocía que otro de los motivos que puede limitar la confianza es la frecuencia con la que se cometen determinadas infracciones¹⁵⁶. Explicaba, en este sentido, que cuando la conducta incorrecta que cabe esperar del tercero forma parte de aquellas infracciones que se cometen tan a menudo que resulta difícil no contar con ellas, el sujeto no puede ampararse en el principio de confianza¹⁵⁷. Se introducía así una nueva limitación de la confianza referida a las «infracciones típicas»¹⁵⁸, una limitación que ha sido también reconocida, con algunas matizaciones, por la mayor parte de la doctrina¹⁵⁹.

La jurisprudencia alemana, sin embargo, se mostró desde un principio muy cauta a la hora de aplicar esta limitación. En la primera sentencia en la que aborda esta cuestión, el *Bundesgerichtshof* considera que, aunque años antes había afirmado que se debe contar con la posibilidad de que, por la noche, el conductor que viene de frente tenga puestas las luces de carretera¹⁶⁰, y aunque, ciertamente, pueda afirmarse con carácter general que la confianza queda exceptuada ante «infracciones del tráfico que se cometen tan a menudo que un conductor cuidadoso debe contar razonablemente con ellas», puede decirse que la «iluminación antirreglamentaria ya no es tan frecuente como para pedir a

¹⁵⁶ Cfr. R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, pp. 20-22.

¹⁵⁷ Cfr. BGHSt 12, p. 81 (83-84); 13, p. 169 (172-173); 14, p. 201 (211).

¹⁵⁸ La expresión, como apunta R. MÜLLER (*Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 22), es utilizada por primera vez en BGHSt 13, p. 169 (172-173), pero ya unos años antes había sido acuñada por MARTIN (*DAR*, 1953, pp. 166-167), para proponer que en estos casos sólo pudiera aplicarse el principio de confianza de manera excepcional.

¹⁵⁹ Cfr. MARTIN, *DAR*, 1953, pp. 166-167, incluyendo también dentro de este grupo las infracciones cometidas por niños, ancianos y discapacitados; CRAMER, *Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, nn.mn. 44 y 47; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 167-172; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 5; SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n.m. 174; PUPPE, *NK*, previo al § 13, n.m. 152; ROXIN, *AT*³, 24/23.

¹⁶⁰ BGHSt 1, p.309 (312).

cada participante que cuente con tal infracción»¹⁶¹. Poco después, en un caso en el que un conductor atropelló a un peatón que había intentado cruzar la carretera saliendo repentinamente de detrás de un autobús que estaba estacionado al otro lado de la calle, el *Bundesgerichtshof* vuelve a reconocer esta limitación, pero entiende que por lo que respecta al supuesto que era objeto de análisis, el hecho de que los peatones crucen en tales circunstancias ya no puede ser descrito como una infracción frecuente en atención a la costumbre y las necesidades del tráfico. Lo que es normal es que los peatones se asomen por detrás del autobús para obtener una mejor visibilidad y, por eso, los conductores sólo deben contar con esa posibilidad, quedando obligados a guardar en todo caso una distancia de seguridad¹⁶². Igualmente, al analizar la responsabilidad de un conductor que, después de señalar correctamente su cambio de dirección, giró a la izquierda y colisionó con una motocicleta que venía adelantando por la izquierda, el *Bundesgerichtshof* señala que, a pesar de la limitación de la confianza ante las infracciones frecuentes, en este caso, en tanto que la situación no resulta confusa, el conductor no cuenta con un deber de vigilar a quienes vienen adelantando por la izquierda porque puede apelar a la confianza. Lo contrario, entiende el *Bundesgerichtshof*, supondría ir en contra de las exigencias del tráfico viario¹⁶³.

En la jurisprudencia española, sin embargo, es más fácil encontrar sentencias en las que se niega la posibilidad de confiar en atención a la especial frecuencia con la que se cometen ciertas infracciones. Así, por ejemplo, la STS de 23 de enero de 1976¹⁶⁴ resuelve un caso en el que el conductor, adelantando a unos camiones, atropella a una mujer que estaba cruzando la carretera por donde no debía. El Tribunal Supremo señala que el conductor no puede apelar al principio de confianza porque, al ser natural de la zona y circular por allí a menudo, era consciente de que era muy frecuente que los peatones, aun no estando autorizados, cruzaran la carretera por ese mismo lugar, de modo que

¹⁶¹ BGHSt 12, p. 81 (83-84).

¹⁶² BGHSt 13, p. 169 (173-177).

¹⁶³ BGHSt 14, p. 201 (210-211).

¹⁶⁴ RJ 175.

podía prever la conducta incorrecta de la mujer atropellada. Igualmente, la STS de 21 de noviembre de 1980¹⁶⁵ condena a un conductor que, aproximándose a una parada de autobús, no redujo su velocidad y atropelló a un niño que salía del autobús. El Tribunal Supremo descarta la aplicación del principio de confianza porque el conductor incumple el principio de conducción dirigida del art. 17 CCir, y porque «es palmario que su acción rebasó la categoría de la culpa simple para tornarse en temeraria, puesto que su despreocupada actitud creó una situación de riesgo o peligro graves dado *que en el campo de una elemental previsibilidad entraba el que alguno de los viajeros del autocar tratara de alcanzar el lado opuesto de la calzada por cualquier punto próximo no existiendo zona de paso acotada*» (sin cursiva en el original). A pesar de ello, entiende que la actuación del peatón «aunque inculpable por su minoría de edad, constituyó un factor o condición del resultado, sin vigor suficiente para anular o romper el nexo causal pero sí contribuyó al resultado de forma coeficiente, lo cual en la esfera de la responsabilidad se traduce en una degradación de la culpa a la categoría inferior de la imprudencia simple».

El problema es que, dado que, en principio, se toma como referencia la frecuencia con la que se comete un determinado tipo de infracción y no otros aspectos presentes en el caso concreto que pueden propiciar o evidenciar esa infracción, esta limitación de la confianza que se establece ante las infracciones típicas termina teniendo un carácter más abstracto que la limitación basada en la existencia de situaciones especiales, críticas o poco claras¹⁶⁶. De hecho, aunque resulta difícil diferenciar ambas limitaciones, se tiende a pensar que el criterio de distinción puede buscarse en ese mayor grado de abstracción que presenta la limitación de las *infracciones típicas* y que es, precisamente, el que se quiere evitar cuando se aboga por una interpretación restrictiva de la limitación relativa a las *situaciones especiales, críticas o poco claras*¹⁶⁷. Por eso, algunos autores se muestran particularmente críticos con esta limitación y rechazan que la frecuencia

¹⁶⁵ RJ 4527.

¹⁶⁶ HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 195.

¹⁶⁷ R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, pp. 46-55 y 84.

con la que se cometen determinadas infracciones sea motivo suficiente para negar la posibilidad de confiar¹⁶⁸. Al basarse en criterios estadísticos y no en motivos claros y contundentes presentes en el caso concreto, esta limitación tendría, según estos autores, un grado de abstracción incompatible con el principio de confianza¹⁶⁹.

Se insiste por ello en que el principio de confianza no puede limitarse de manera genérica con criterios estadísticos acerca de una mayor frecuencia y previsibilidad de las conductas incorrectas de los terceros, pues el principio de confianza no se fundamenta en la mayor o menor previsibilidad de tales conductas, sino en otros criterios valorativos o normativos que son los que permiten limitar la previsibilidad. Aunque se reconoce que para determinar el alcance del principio de confianza no puede dejar de tenerse en cuenta el aspecto de la previsibilidad, se afirma que este aspecto debe ser completado con otro tipo de consideraciones¹⁷⁰.

Partiendo de esta interpretación, R. MÜLLER propone establecer una distinción entre «*infracciones frecuentes*» e «*infracciones típicas*», afirmando que sólo estas últimas, por incluir otras consideraciones de carácter valorativo, son las

¹⁶⁸ Cfr. STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, pp. 392-393; IDEM, *AT*⁴, 15/67; JAKOBS, en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, pp. 177-178; IDEM, *ZStW* 89 (1977), pp. 29-30; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 174-177; BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 138-142; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 274-278; CEREZO MIR, *PG II*^o, pp. 170-171; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, pp. 59 y ss.; KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 144; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 224; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 49-50.

¹⁶⁹ Cfr. SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 16; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 200. Según MURMANN (*Nebentäterschaft*, p. 275), los límites a la posibilidad de confiar no pueden depender de la mera probabilidad estadística porque entonces la conducta humana se equipara a los fenómenos naturales y se termina renunciando al principio de confianza.

¹⁷⁰ Cfr. R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, pp. 87-96. En este sentido, por ejemplo, KIRSCHBAUM (*Vertrauensschutz*, pp. 174-177) entiende que es necesario en todo caso realizar una ponderación para saber si se contribuye a la seguridad del tráfico o si, en general, resulta justo proteger la confianza, mientras que SCHUMANN (*Selbstverantwortung*, pp. 17-18) considera que hay que atender a la entidad de la infracción para saber si, por su insignificancia o por las especiales circunstancias del caso, son infracciones que también podrían ser cometidas por personas responsables. Así, también, KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 145; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n. m. 214.

que pueden llegar a limitar la aplicación del principio de confianza¹⁷¹. Para defender su propuesta, llama la atención sobre las consideraciones valorativas que realiza el propio *Bundesgerichtshof* cuando analiza este límite de las *infracciones típicas*, pues en casos como el del peatón que sale de detrás del autobús o el del motorista que adelanta sin atender a la señalización del vehículo que desea girar a la izquierda, el *Bundesgerichtshof* dice que si no se limita la confianza ya no es sólo porque son infracciones que han ido haciéndose menos frecuentes, sino también porque es necesario satisfacer las exigencias del tráfico viario¹⁷². Según MÜLLER, por lo general, cuando se limita la posibilidad de confiar, no se atiende sólo a la frecuencia o la probabilidad de la infracción, sino a otras consideraciones valorativas que no siempre son explicitadas¹⁷³.

Radicalmente distinta es, sin embargo, la conclusión a la que llega BRINKMANN al afirmar que el principio de confianza no se fundamenta en consideraciones valorativas, sino que constituye una *regla de la experiencia*¹⁷⁴. Según este autor, el principio de confianza responde simplemente al grado de probabilidad o de previsibilidad que se deduce de la experiencia general. Las leyes de la experiencia, junto a las leyes de la naturaleza, son, a su juicio, la base nomológica que, a partir de una realidad ontológica dada, determinan, de manera jurídicamente neutral, la previsibilidad y la cognoscibilidad como elementos centrales del delito imprudente. Es conforme a esas leyes de la experiencia como se debe, según BRINKMANN, decidir si el sujeto puede o no confiar en la conducta correcta de los terceros, de manera que, en última instancia, es precisamente la

¹⁷¹ *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 10.

¹⁷² *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, pp. 22-30.

¹⁷³ *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, pp. 60-83. De hecho, según este autor, cuando se plantea si el conductor que tiene el deber de esperar en un cruce puede confiar en que el conductor que goza de la preferencia de paso no supere los límites de velocidad, no sólo es importante analizar si la superación del límite de velocidad es una infracción frecuente, sino también si la norma que fija ese límite de velocidad tiene como finalidad precisamente no poner en peligro al conductor que se dispone a introducirse en el cruce. Si a pesar de la frecuencia con la que se infringe el límite de velocidad, la norma que establece ese límite sirve de alguna manera para que el conductor que debe esperar pueda valorar la posibilidad de continuar su marcha, éste seguirá estando legitimado para confiar. Cfr., también, HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 49.

¹⁷⁴ Sobre esta fundamentación del principio de confianza, cfr. *infra* IV. 2.

frecuencia con la que se cometen ciertas conductas incorrectas lo que determina el alcance del principio de confianza¹⁷⁵.

3. Sólo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta del tercero

3.1. El deber de evitar la conducta incorrecta del tercero (relaciones de carácter vertical)

En el plano doctrinal, es generalmente reconocido que, más allá de los casos en los que el sujeto se comporta de manera antirreglamentaria o tiene motivos concretos para pensar que el tercero va a realizar una conducta incorrecta, la posibilidad de confiar queda también limitada cuando, desde un primer momento, existe un deber de prevenir o evitar la conducta incorrecta del tercero¹⁷⁶.

Esta limitación ha empezado a ser destacada a medida que se ha ido planteado la posibilidad de aplicar el principio de confianza en ámbitos en los que se produce una división del trabajo¹⁷⁷. A diferencia de lo que ocurre en el tráfico viario, donde los participantes cuentan con deberes muy específicos vinculados a la concreta situación del tráfico, en la división del trabajo lo normal es que los sujetos tengan definidos sus deberes en función de la relación que mantienen con los terceros. Puede ocurrir, en ese sentido, que un sujeto, por su particular posición, tenga asignadas tareas exclusivamente destinadas a prevenir la posible conducta incorrecta de los terceros. Así, cuando en el ámbito de la medicina se

¹⁷⁵ *Vertrauensgrundsatz*, pp. 138-146.

¹⁷⁶ JAKOBS, en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, p. 177; IDEM, *AT*², 7/55; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 64; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 344; KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 133; UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, p. 159; CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, 1994, pp. 43-45 y 55-56; PAREDES CASTAÑÓN, en IDEM//RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 164-165; ROXIN, *AT*³, 24/25; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), p. 129; BROSE, en ROXIN /SCHROTH (ed.), *Medizinstrafrecht*, pp. 63-64; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 200 y ss.

¹⁷⁷ Se dice, efectivamente, que se trata de una limitación adicional con la que cuenta el principio de confianza cuando los sujetos realizan un trabajo en equipo. Cfr., en este sentido, BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 64.

hace alusión a la *división vertical del trabajo* o cuando en el seno de una empresa se destaca la *relación jerárquica* que existe entre el empresario y sus trabajadores –o entre los distintos trabajadores–, se reconoce la superior posición que ostentan algunos sujetos en su relación con los terceros¹⁷⁸. Esa posición implica un mayor poder de *decisión* o *dirección* y puede generar ciertos deberes de cuidado sobre la actuación de los subordinados. En tal caso, suele decirse que, con respecto al sujeto que ostenta esa posición, el principio de confianza, si bien no llega a desaparecer por completo¹⁷⁹, opera con menor intensidad que en el tráfico viario o que en contextos en los que los sujetos mantienen una relación de carácter horizontal¹⁸⁰. Dentro de esos deberes de cuidado relacionados con la actuación de los terceros subordinados, la doctrina alude, fundamentalmente, a los deberes de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión¹⁸¹.

Estos deberes de cuidado suponen una limitación especial de la posibilidad de confiar porque el sujeto ya no puede esperar a que haya motivos en el caso concreto que hagan pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente. Quien

¹⁷⁸ Cfr., por ejemplo, KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung*, pp. 218-222; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, pp. 73 y ss.; ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, p. 158; BROSE, en ROXIN/SCHROTH (ed.), *Medizinstrafrecht*, pp. 52-64; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, pp. 170 y ss.; ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 161 y ss.; HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 172; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, pp. 397-398; CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, 1994, pp. 43-45.

¹⁷⁹ Cfr., no obstante, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 181-182; HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 172; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, p. 398; CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, 1994, pp. 55-56; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 203 y ss.

¹⁸⁰ KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung*, pp. 185-191 y 222-224; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, pp. 8 y 73-104; ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, pp. 179 y ss.; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 119; PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, pp. 27-31; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 112-116; BROSE, en ROXIN/SCHROTH (ed.), *Medizinstrafrecht*, p. 64; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, pp. 153-155; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 152; CEREZO MIR, *PG II*⁶, p. 172.

¹⁸¹ Cfr., principalmente, ENGISCH, *Langenbecks Archiv* 297 (1961), p. 243; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, pp. 110-111; ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 143 y ss.; UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 121 y ss.; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, pp. 154 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, p. 154; ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, pp. 180 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 126-129; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 90.

ostenta la posición superior y tiene asignados estos deberes se encuentra obligado, desde un principio, a prestar atención a determinados aspectos que pueden dar lugar a la conducta incorrecta del tercero. En este sentido, debe quedar claro que, en contra de lo que pudiera parecer, esta particular limitación de la confianza no se desprende de la falta de cualificación del tercero o de cualquier otra deficiencia que pueda apreciar el sujeto que desea apelar al principio de confianza, pues eso permitiría limitar también la posibilidad de confiar -con independencia de la especial posición del sujeto- conforme al criterio relativo a la existencia de circunstancias en el caso concreto que hagan pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente¹⁸². En este caso, la limitación de la confianza, con independencia de que pueda tener en cuenta esas circunstancias, es más intensa porque se produce en un momento anterior¹⁸³.

Resulta conveniente, sin embargo, analizar hasta qué punto tales deberes de cuidado limitan realmente la posibilidad de confiar. Estableciendo una clasificación que atienda tanto a la forma como a la intensidad con la que resulta limitada la posibilidad de confiar, se pueden distinguir dos grupos de deberes: deberes relacionados con la selección, la instrucción y la coordinación, por una parte, y deberes relacionados con la vigilancia, el control o la supervisión, por otra parte.

¹⁸² Esto no queda suficientemente claro cuando la doctrina afirma, por ejemplo, que los deberes de instrucción o de control son mayores cuanto menor es la cualificación del personal auxiliar (ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, p. 250; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 155) o que el deber de control surge cuando hay un mayor conocimiento técnico o existen circunstancias especiales que impiden confiar en que el tercero se va a comportar correctamente (WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, pp. 86 y 112). Aunque el alcance de los deberes del superior puede depender ciertamente de la cualificación o capacidad de sus colaboradores, hay que saber diferenciar la limitación de la confianza que se produce cuando existe un deber de selección, instrucción, control o supervisión, y la limitación que se deriva de la presencia de circunstancias que evidencian que el tercero va a actuar incorrectamente, pues a pesar de que ambas limitaciones puedan tener en cuenta tales circunstancias, la primera se produce en un momento anterior e implica un deber de cuidado de carácter positivo que limita en mayor medida la posibilidad de confiar. En ese sentido, puede decirse que no son las circunstancias concretas las que generan el deber de control, sino que es el deber de control el que obliga prevenir tales circunstancias. Si no se hace esta aclaración se corre el riesgo de incurrir en un círculo vicioso. Lo advertía ya ENGISCH, *Langenbecks Archiv* 288 (1958), p. 580.

¹⁸³ Cfr., en este mismo sentido, UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, p. 185.

a) Deberes de selección, instrucción y coordinación

Uno de los primeros deberes a los que hace referencia la doctrina para limitar la aplicación del principio de confianza es el *deber de selección*. Se dice, en este sentido, que el sujeto que selecciona a las personas que van a formar parte de una determinada actividad tiene el deber de procurar que esas personas cuenten con la capacidad técnica y personal necesaria para realizar la tarea que les va a ser asignada¹⁸⁴. Si el sujeto no comprueba esa capacidad, no podrá apelar al principio de confianza y será responsable de los resultados lesivos ocasionados por los terceros (*culpa in eligendo*)¹⁸⁵. Las personas que disponen de un mayor conocimiento técnico pueden tener, por otra parte, un *deber de instrucción* frente a los terceros, bien puntualmente para una tarea concreta, bien con carácter general. En tal caso, la posibilidad de confiar requiere que la instrucción se haya realizado conforme a los estándares exigidos y el tercero haya recibido y comprendido correctamente las indicaciones¹⁸⁶. También se puede ver limitada la confianza cuando existe un *deber de coordinación*¹⁸⁷. Este deber implica la obligación de establecer correctamente el reparto de tareas en función de las circunstancias materiales, temporales y personales presentes en cada caso para garantizar que la actividad resulte suficientemente segura y evitar, por ejemplo, que se produzcan conflictos de competencia (tanto de carácter positivo, cuando varias personas se consideran responsables de una misma tarea, como de carácter negativo, cuando una tarea queda sin tener asignada una persona responsable)¹⁸⁸.

Estos deberes de selección, instrucción y coordinación, como reconoce la doctrina, no excluyen la aplicación del principio de confianza, sino que

¹⁸⁴ Cfr., por todos, WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, pp. 110-111.

¹⁸⁵ Cfr., fundamentalmente, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 143; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, pp. 154-155; FEJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 126-128, n. 94.

¹⁸⁶ Cfr., por todos, UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 136-138.

¹⁸⁷ WILHELM (*Verantwortung und Vertrauen*, p. 111) lo vincula a los deberes de dirección e instrucción.

¹⁸⁸ ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, pp. 180-185; UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 122 y ss.; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, p. 251.

simplemente limitan la posibilidad de confiar. El sujeto sólo puede confiar en la medida en que haya cumplido previamente con esos deberes¹⁸⁹. En cualquier caso, como se apuntaba anteriormente, se trata de una limitación especial de la posibilidad de confiar porque significa que el sujeto ya no puede esperar a que haya motivos en el caso concreto que hagan pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente. Quien tiene un deber de selección, instrucción o coordinación está obligado, desde un principio, a prestar atención a determinados aspectos que pueden dar lugar a la conducta incorrecta del tercero. En este caso, esos aspectos afectan, concretamente, a las condiciones necesarias para llevar a cabo el reparto de tareas que presupone la posibilidad de confiar¹⁹⁰.

b) Deberes de vigilancia, control o supervisión

Otros deberes que, según la doctrina, pueden limitar la aplicación del principio de confianza son los *deberes de vigilancia, control o supervisión*. Con estos deberes se limita la posibilidad de confiar porque, al igual que ocurre con los deberes de selección, instrucción y coordinación, el sujeto no puede esperar a que se presenten en el caso concreto circunstancias que hagan pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente, sino que ha de comprobar positivamente que no haya determinados aspectos que pueden dar lugar a la conducta incorrecta del tercero¹⁹¹. La diferencia radica en que estos otros deberes de vigilancia, control o supervisión conllevan una mayor limitación de la posibilidad de confiar, pues se mantienen hasta el momento en el que el tercero realiza su conducta. No se trata ya de garantizar las condiciones necesarias para establecer un reparto de tareas, sino de velar, en mayor o menor medida, por que el tercero realice correctamente su tarea. No obstante, el alcance de estos deberes puede a su vez ser distinto en función de que se exija, simplemente, examinar de manera constante las

¹⁸⁹ ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 178; ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, pp. 185 y 195; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, pp. 154-155; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, p. 154; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 152.

¹⁹⁰ UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 123 y 135. En sentido parecido, cfr. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, p. 250.

¹⁹¹ Constituye, como dice UMBREIT (*Verantwortlichkeit des Arztes*, p. 182), un «deber de adquirir el conocimiento» (*Erkenntnisverschaffungspflicht*) sobre la posible conducta incorrecta del tercero.

condiciones necesarias para que los terceros puedan cumplir con sus tareas o se requiera, además, comprobar la correcta ejecución de esas tareas¹⁹².

En el primer caso, la posibilidad de confiar se ve limitada con mayor intensidad que con los deberes de selección, instrucción o coordinación, pero tampoco queda completamente exceptuada. El sujeto puede confiar en la medida en que haya realizado todos los controles oportunos. Esos controles pueden estar referidos a aspectos concretos de la actividad (como cuando se debe controlar que el tercero adopte determinadas medidas de seguridad) o pueden tener un alcance general pero limitado temporalmente (como cuando se establecen revisiones periódicas), pero, una vez efectuado el control, el sujeto puede confiar en que el tercero realice correctamente su tarea. Dependiendo de la cantidad e intensidad de los controles, la confianza puede tener ciertamente un alcance muy limitado, pero no puede decirse que exista en todo caso una limitación absoluta basada en un deber general de prevenir o evitar la conducta incorrecta del tercero. En ocasiones, sin embargo, el sujeto tiene el deber de controlar completamente la conducta del tercero para comprobar que ejecuta correctamente su tarea. En tal caso, sí puede decirse que existe un deber de prevenir o evitar la conducta incorrecta del tercero que resulta totalmente incompatible con la posibilidad de confiar. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de la medicina con respecto a la actuación de los estudiantes en prácticas¹⁹³. Algunos autores consideran, no obstante, que este deber de control *absoluto* tiene un carácter muy excepcional porque supone, en última instancia, renunciar al reparto de tareas. Sostienen, en ese sentido, que incluso en los casos más claros de división vertical del trabajo o de relaciones jerarquizadas lo normal

¹⁹² Según WILHEM (*Verantwortung und Vertrauen*, pp. 111-112), el deber de control o supervisión debe entenderse en el primer sentido porque no constituye más que una prolongación en el tiempo de los deberes de selección, instrucción o coordinación, sin llegar a suponer la exigencia de un control de la correcta ejecución de la tarea. Tal deber de control absoluto sólo surge, a su juicio, cuando existen circunstancias en el caso concreto que hacen pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente, es decir, cuando se aplica el tradicional criterio de limitación del principio de confianza. Por el contrario, UMBREIT (*Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 184-194) sostiene que el deber de control o supervisión no sólo existe con independencia de esas circunstancias concretas, sino que además conlleva la obligación de controlar absolutamente la actuación de los subordinados.

¹⁹³ ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, p. 186.

es que no se imponga un control absoluto y se permita cierto grado de confianza¹⁹⁴.

3.2. *El deber de compensar la posible conducta incorrecta del tercero: las «medidas de doble aseguramiento» (relaciones de carácter horizontal)*

Ciertamente, es difícil reconocer la existencia de un deber de controlar la conducta de los terceros que llegue a excluir por completo la posibilidad de confiar. Es difícil porque la posición que ostenta el superior frente a los terceros no es razón suficiente para establecer un deber de control absoluto. La relación de subordinación no impide que el tercero tenga asignadas determinadas tareas. Por eso, normalmente, salvo en los casos en los que el tercero se encuentra en una fase de formación, el deber de cuidado que se desprende de la especial posición no está referido a la actividad del tercero con carácter general, sino sólo a las condiciones necesarias para poder establecer el reparto de tareas (deber de selección, instrucción o coordinación) o para poder garantizar que las tareas se lleven a cabo con cierto grado de seguridad (deber de vigilancia, control o supervisión). Ahora bien, eso no significa que no puedan existir deberes de control absoluto con respecto a determinadas conductas de los terceros. Hay deberes que no se derivan de la relación con una persona subordinada, sino de la necesidad de asegurar una determinada tarea. Lo que ocurre es que esos deberes son más propios de la *división horizontal del trabajo*.

La doctrina reconoce, efectivamente, que también en el marco de la división horizontal del trabajo los sujetos pueden tener deberes de control sobre la conducta de los terceros¹⁹⁵. Así, por ejemplo, es posible que, dentro del sistema de producción, una empresa tenga el deber de comprobar el buen estado del producto

¹⁹⁴ Cfr. WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, p. 117; ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, p. 195; STRATENWERTH, *AT*⁴, 15/68; PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, p. 31; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 130-132; BROSE, en ROXIN /SCHROTH (edit.), *Medizinstrafrecht*, pp. 63-64.

¹⁹⁵ Cfr., en este sentido, UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 200 y ss., quien pone el ejemplo del médico que debe controlar el trabajo realizado por el primer médico que ha tratado al paciente.

que recibe de otra empresa o que, en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica, un enfermero tenga la obligación de volver a contar los instrumentos utilizados en la operación para comprobar que el cirujano no ha dejado ninguno abandonado en el cuerpo del paciente¹⁹⁶.

No obstante, cabe poner en duda que en estos casos pueda hablarse, propiamente, de deberes de *control* con respecto a la conducta del tercero. En estos casos, el sujeto no controla que el tercero actúe correctamente, sino que tiene definido su deber de cuidado con independencia de que el tercero actúe o no correctamente. Es decir, su deber consiste más bien en «*compensar*» los riesgos que pueda generar la conducta incorrecta del tercero. Comparte con el tercero el deber de controlar un determinado tipo de riesgo, de manera que los deberes de cuidado quedan superpuestos. De esta forma, se intenta garantizar por distintas vías que el resultado lesivo no llegue a producirse¹⁹⁷.

Estos deberes habrían sido ya reconocidos por la doctrina en el ámbito del tráfico viario haciendo referencia a las llamadas «*medidas de doble aseguramiento*», unas medidas que se imponen a los conductores en atención precisamente a la posibilidad de que los demás participantes del tráfico se comporten incorrectamente¹⁹⁸. Como ejemplos de estas medidas de doble aseguramiento suelen mencionarse, entre otros, el deber de mantener una distancia de seguridad con el vehículo de delante para evitar colisionar cuando éste se detenga de manera justificada o injustificada, el deber de vigilar a los conductores

¹⁹⁶ Deben diferenciarse estos supuestos de aquellos en los que el subordinado tiene un deber de revocación o corrección (*remonstration*) con respecto a las indicaciones que recibe del superior (cfr., a este respecto, WILHELM *Verantwortung und Vertrauen*, pp. 121-126; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, p. 179), pues en este último caso el subordinado, en principio, debe actuar únicamente cuando reconoce el error, de modo que puede incluirse dentro del límite general del principio de confianza basado en las circunstancias del caso concreto. Sólo si el subordinado tiene un deber de comprobar la corrección de la instrucción, la situación será equiparable a estos deberes especiales de control absoluto que excluyen por completo la posibilidad de confiar. Cfr., en este sentido, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 29-32.

¹⁹⁷ Cfr. JAKOBS, *AT*², 7/55; PUPPE, *NK*, previo al § 13, n. m. 151; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, p. 160; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 268-271.

¹⁹⁸ Estas medidas de doble aseguramiento (*Doppelsicherung*) fueron destacadas en un primer momento por WIMMER, *DAR*, 1964, pp. 41-42, para quien constituyen una manifestación del principio de conducción defensiva. Cfr., también, KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 100-101 y 188-185.

que pueden acercarse por detrás realizando una maniobra incorrecta de adelantamiento para no colisionar con ellos al girar a la izquierda o el deber de dejar una distancia de seguridad cuando se adelanta a un autobús para no atropellar a los peatones que intentan cruzar la calle inmediatamente después de bajarse del autobús¹⁹⁹. En estos casos, dado que el deber de cuidado tiene por finalidad evitar los riesgos generados por las posibles conductas incorrectas de los terceros, el conductor no puede apelar al principio de confianza²⁰⁰.

Estas medidas de doble aseguramiento que pueden encontrarse en el tráfico viario o el ámbito de la división horizontal del trabajo excluyen por completo la posibilidad de confiar, pero no porque representen un deber de prevenir o evitar la conducta incorrecta del tercero. Son medidas que limitan la confianza porque quedan fuera de la lógica de la división del trabajo o del reparto de tareas²⁰¹.

Así pues, puede decirse que, dentro de la limitación de la confianza basada en la existencia de un determinado deber de cuidado con respecto a la conducta del tercero, es necesario diferenciar entre la limitación que se produce con el *deber de prevenir, controlar o evitar* la conducta incorrecta del tercero –en el marco de la división vertical del trabajo– y la limitación que tiene lugar con el *deber de compensar* la posible conducta incorrecta del tercero que resulta del establecimiento de medidas de doble aseguramiento. En el primer caso, generalmente, no se llega a limitar por completo la posibilidad de confiar. Los deberes de selección, instrucción y coordinación, así como los deberes de vigilancia, control o supervisión, implican ciertamente un mayor deber de cuidado, pero dejan abierta la posibilidad de confiar en la conducta correcta del tercero una vez que se cumple con tales deberes. En el segundo caso, las medidas de doble aseguramiento, en tanto que imponen un deber de compensar la posible

¹⁹⁹ Sobre estos y otros casos de doble aseguramiento, cfr. WIMMER, *DAR*, 1964, p. 42.

²⁰⁰ WIMMER, *DAR*, 1964, p. 42.

²⁰¹ Cfr. HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 268-273. Cfr, también, en un sentido parecido, con respecto a los deberes de control que aparecen en los contextos con relación horizontal, UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 214-215.

conducta incorrecta del tercero, dan lugar en cambio a una limitación distinta y excluyen por completo la posibilidad de confiar.

4. Valoración

Las limitaciones con las que cuenta la aplicación del principio de confianza, como se ha visto, no sólo son muchas, sino que, además, pueden resultar un tanto imprecisas.

Esa imprecisión se advierte claramente, por ejemplo, en la principal limitación que se le reconoce al principio de confianza: la que se refiere a la existencia de circunstancias en el caso concreto que hacen pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente. Si no se identifica cuáles son esas circunstancias, se puede incurrir en un excesivo casuismo destacando unas u otras circunstancias en función de que se quiera o no limitar la responsabilidad del sujeto en atención a la conducta incorrecta del tercero. Algunos autores precisan el alcance de esta limitación cuando se muestran críticos con la posibilidad de tomar como referencia circunstancias abstractas basadas simplemente en la condición personal del tercero o en la frecuencia con la que se cometen algunas infracciones, pero no queda claro por qué es tan determinante el grado de abstracción. Al fin y al cabo, si se tienen en cuenta las circunstancias del caso concreto es porque, a partir de las mismas, resulta previsible, conforme a la experiencia, la conducta incorrecta del tercero. La frecuencia con la que se comete una determinada infracción depende siempre de circunstancias que están presentes en el caso concreto. ¿Qué es entonces lo que, en atención a las circunstancias del caso, permite realmente excluir la aplicación del principio de confianza? ¿Hasta qué punto es realmente determinante la previsibilidad de la conducta incorrecta del tercero?

En cuanto a la exigencia de que el sujeto que desea apelar a la confianza se haya comportado correctamente, no existe acuerdo siquiera sobre la propia necesidad de ver en ella un verdadero presupuesto de aplicación del principio de confianza, pues, según algunos autores, es una exigencia que obedece realmente a otras consideraciones relacionados con la imputación del resultado. ¿Significa esto que el principio de confianza no está relacionado con la imputación del

resultado? Entre quienes admiten este presupuesto, la mayoría entiende que para poder limitar la posibilidad de confiar es necesario que la conducta incorrecta del sujeto esté relacionada con la del tercero, bien por haberla ocasionado, bien por haber contravenido una norma que sirve para evitarla. ¿Cuál es la relación que tiene esta limitación con los demás presupuestos de aplicación del principio de confianza? ¿Acaso no se está aludiendo a la existencia de un deber de cuidado con respecto a la conducta incorrecta del tercero? ¿Qué es lo que permite reconocer ese deber de cuidado: la especial vinculación, la superior posición jerárquica, el mayor grado de conocimiento o cualificación?

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

Tradicionalmente se ha considerado que el principio de confianza, en la medida en que reconoce la posibilidad de no tener que contar con la conducta incorrecta de los terceros, es un principio que sirve para limitar el alcance de la previsibilidad y, de esta forma, determinar el deber objetivo de cuidado en el delito imprudente (*infra* 1). En los últimos años, sin embargo, con el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva, también se ha definido este principio como un criterio destinado a establecer la imputación objetiva del resultado (*infra* 2). En cualquier caso, ello no ha ido acompañado de modificaciones sustanciales en cuanto a su forma de aplicación: por lo general, se sigue pensando que sólo opera en los delitos imprudentes (*infra* 2.1) y que sólo permite valorar la conducta desde una perspectiva *ex ante* (*infra* 2.2). Los principales puntos de discusión surgen a la hora de precisar el alcance del principio de confianza en función de su relación con otros criterios utilizados para determinar el deber objetivo de cuidado o la imputación objetiva del resultado (*infra* 3).

1. El principio de confianza como criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en el delito imprudente

Como se vio en la exposición sobre los orígenes del principio de confianza en el ámbito tráfico viario, el reconocimiento jurisprudencial de este principio supuso la culminación de un proceso encaminado a limitar el alcance de la previsibilidad. Después de un tiempo en el que se obligaba al conductor a contar

con todas las posibles conductas incorrectas de los terceros, se pasaba a exigirle tener en cuenta solamente las conductas que fueran previsibles conforme a la normal experiencia, siempre y cuando, además, ello no supusiera ir en contra de las exigencias de la vida diaria o de las necesidades del tráfico viario. A partir de ahí, con el expreso reconocimiento del principio de confianza, se le concedía finalmente la posibilidad de no contar con las conductas incorrectas de los terceros, salvo que fueran previsibles en atención a las circunstancias del caso concreto²⁰².

De esa forma, la jurisprudencia conseguía limitar el deber objetivo de cuidado como elemento determinante de la culpabilidad en el delito imprudente. Si unos años antes la jurisprudencia había dejado de atender exclusivamente a la previsibilidad subjetiva y había empezado a aplicar la teoría de la adecuación para basar el reproche de la culpabilidad en la previsibilidad objetiva y en la infracción de un deber objetivo de cuidado²⁰³, ahora trataba de precisar más claramente el contenido de ese deber de cuidado analizando, como ya hiciera EXNER, las circunstancias bajo las cuales puede ser contrario al deber confiar en que los terceros actuarán correctamente²⁰⁴.

El principio de confianza parecía perfilarse, por lo tanto, como un criterio de carácter independiente, complementario de la previsibilidad. La jurisprudencia, sin embargo, no sólo evitaba manifestarse abiertamente sobre la naturaleza jurídica del principio de confianza²⁰⁵, sino que, además, lo seguía vinculando a la previsibilidad, limitándose a establecer un mayor grado de concreción en el momento de definir las circunstancias con las que determinar la previsibilidad de la conducta incorrecta del tercero: el principio de confianza servía,

²⁰² Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.2.

²⁰³ Cfr., en este sentido, EXNER, *FG-Frank I*, pp. 574-576. Se reflejaba así el tránsito de una concepción psicológica de la culpabilidad a una concepción normativa. Sobre ello, cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 43 y ss.

²⁰⁴ Así lo destaca STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, pp. 383-387, advirtiendo del paralelismo que se producía con respecto a la figura del riesgo permitido.

²⁰⁵ Como observa KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 208.

fundamentalmente, para reconocer que sólo se debe contar con las conductas incorrectas que son previsibles en atención a las circunstancias del caso concreto²⁰⁶. La doctrina, en cambio, no dudaba en presentarlo como un criterio complementario destinado a limitar el alcance de la previsibilidad y determinar así el deber objetivo de cuidado²⁰⁷. Más concretamente, a medida que la concepción personal del injusto iba ganando aceptación, el principio de confianza pasaba a definirse como un criterio independiente para la determinación del deber objetivo de cuidado dentro del tipo de injusto del delito imprudente²⁰⁸.

2. El principio de confianza como criterio de imputación objetiva

Con la moderna teoría de la imputación objetiva, el deber objetivo de cuidado deja de concebirse como elemento del tipo de injusto del delito imprudente y queda diluido dentro de los criterios manejados para determinar la imputación objetiva del resultado. Esta teoría, al hacer uso de criterios normativos complementarios de la causalidad y la previsibilidad, asume los mismos criterios desarrollados en el marco del delito imprudente para determinar el deber objetivo de cuidado, presentándolos, sin embargo, como criterios tendentes a valorar la relevancia típica de la relación existente entre la conducta y el resultado²⁰⁹. De este modo, los defensores de la moderna teoría de la imputación objetiva llegan a

²⁰⁶ Cfr., en este sentido, KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 208; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 33.

²⁰⁷ EXNER, *FG-Frank I*, pp. 576-577; STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 387; ENGISCH, *Langenbecks Archiv* 297 (1961), p. 245.

²⁰⁸ WELZEL, *AT*¹¹, pp. 129 y ss.; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 23-27 y 58-59; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, pp. 247 y ss.; HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 171; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 8; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 105; EADEM, *CDJ*, 1994, p. 49; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad medico-quirúrgica*, p. 117; PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, p. 11; CEREZO MIR, *PG II*⁶, p- 170; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 577-582; PUPPE, *NK*, previo al § 13, nn. mm. 143 y 151; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n. m. 149. A este respecto, HANNES (*Vertrauensgrundsatz*, pp. 184-195) establece una diferenciación en función de que el principio de confianza se utilice en el ámbito del tráfico viario o en el marco de una división de trabajo: en el primer caso, el principio de confianza *limita* el deber de cuidado, pero en el segundo caso lo que hace realmente es *determinar* ese deber de cuidado, porque, a su juicio, no se trata de aceptar una conducta que en principio es descuidada; en este contexto el deber de cuidado y la confianza forman una unidad indisoluble y no es posible establecer una comparación con el deber de cuidado que existiría al margen de la división del trabajo.

²⁰⁹ Sobre esta moderna teoría de la imputación objetiva, cfr. *infra* cap. 3, ap. I.2.5.

la conclusión de que el principio de confianza es un criterio necesario para la imputación objetiva del resultado²¹⁰.

2.1. *El principio de confianza como criterio susceptible de aplicación únicamente en los delitos imprudentes*

Cuando la infracción del deber objetivo de cuidado pasa a ser en un elemento integrante de la moderna teoría de la imputación objetiva, los criterios utilizados para determinar el deber objetivo de cuidado se convierten, en principio, en criterios susceptibles de aplicación tanto en los delitos imprudentes, como en los delitos dolosos. En ello radica, precisamente, una de las principales discrepancias entre los partidarios y los detractores de la moderna teoría de la imputación objetiva. Mientras que para los primeros, los criterios utilizados en la determinación del deber objetivo de cuidado, al quedar integrados en la teoría de la imputación objetiva, operan por igual en los delitos imprudentes y en los delitos dolosos, para los segundos, tales criterios, aun pudiendo estar relacionados con los manejados por la teoría de la imputación objetiva, sólo tienen aplicación en el ámbito de los delitos imprudentes, pues el dolo representa por sí mismo el principal criterio de imputación de los delitos dolosos²¹¹. Así, por ejemplo, con respecto al *riesgo permitido*, mientras que algunos autores consideran que excluye la tipicidad tanto en el delito imprudente, como en el delito doloso, otros autores entienden que sólo puede operar en el delito imprudente, porque desde el momento en el que sujeto persigue o se representa claramente la producción del resultado lesivo, su conducta deja de estar amparada por el riesgo permitido²¹². Con respecto al principio de confianza, esta discrepancia se manifiesta, sin embargo, con menor intensidad: por lo general, los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, si bien definen este principio como un criterio de imputación

²¹⁰ ROXIN, *AT*³, 24/11; RUDOLPHI, *SK*⁶, previo al § 1, nn. mm. 73 y ss.; STRATENWERTH, *AT*⁴, 8/33; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 327 y ss.; IDEM, *CDJ*, 1994, p. 49; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 137-139; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*⁵, pp. 189-192.

²¹¹ Cfr. *infra* cap. 3, ap. I.2.6.

²¹² Cfr. la exposición realizada *infra* cap. 5, ap. I.2.1.

objetiva, reservan su aplicación únicamente para los delitos imprudentes²¹³. Ello se debe a que, como se ha visto anteriormente, una de las principales limitaciones del principio de confianza se produce cuando el sujeto que desea apelar a la confianza es consciente de que el tercero se va a comportar incorrectamente: si la posibilidad de confiar es incompatible con el conocimiento de la conducta incorrecta del tercero, parece lógico pensar que el principio de confianza no puede operar cuando el sujeto actúa con dolo y se representa la conducta incorrecta del tercero²¹⁴.

2.2. *El principio de confianza como criterio de valoración de la conducta desde una perspectiva ex ante*

A diferencia de la teoría de la interrupción del nexo causal o de la originaria teoría de la prohibición de regreso, que se habían formulado algunos años antes, el principio de confianza concede relevancia a la intervención de terceras personas no ya para excluir la relación entre la conducta y el resultado, sino para valorar la conducta del sujeto desde una perspectiva *ex ante*, determinando el deber objetivo de cuidado en atención a la necesidad de adaptar la conducta a las posibles actuaciones incorrectas de los terceros²¹⁵.

²¹³ Tanto quienes, aceptando la teoría de la imputación objetiva, reconocen la identificación entre la infracción del deber objetivo de cuidado y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, como quienes mencionan expresamente el principio de confianza entre los criterios de imputación objetiva, abordan su estudio únicamente en el ámbito de los delitos imprudentes. Cfr., en este sentido, por ejemplo, ROXIN, *AT*³, 11/44, 24/11, 24/21 y ss.; STRATENWERTH, *AT*⁴, pp. 8/33 y 15/65. Cfr., en cambio, sin distinguir, en principio, entre delitos dolosos o imprudentes, JAKOBS, *AT*², 7/52 y ss; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*⁵, pp. 192-193.

²¹⁴ Cfr. HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 44. ROXIN (*FS-Stree/Wessels*, p. 380; IDEM, *FS-Miyazawa*, p. 516), sin embargo, sostiene que también puede confiar el sujeto que actúa con dolo eventual y se representa simplemente la posibilidad de que el tercero se comporte incorrectamente. A su juicio, sólo si esa posibilidad resulta muy evidente y existe una reconocible propensión al hecho por parte del tercero, el dolo eventual da paso al dolo directo y deja de estar permitida la confianza. Esa importancia otorgada a los conocimientos del sujeto conduce a FEIJOO SÁNCHEZ (*RDPCr* n° ex. 1 [2000], pp. 133-135, n. 108; IDEM, *Límites de la participación criminal*, pp. 94-95) a afirmar que el principio de confianza, al igual que el riesgo permitido, aun siendo parte de la teoría de la imputación objetiva, es un criterio de imputación personal que se incluye en el tipo subjetivo y que debe analizarse con posterioridad al tipo objetivo, que se determina con criterios de carácter contrafáctico como la prohibición de regreso.

²¹⁵ Cfr., sin embargo, KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung*, pp. 191-210, para quien el principio de confianza sirve para excluir la imputación del resultado una vez que se ha lesionado el deber objetivo de cuidado.

La moderna teoría de la imputación objetiva tampoco supone un cambio a este respecto. Aunque esta teoría nace con el propósito de enriquecer normativamente la valoración de la relación entre la conducta y el resultado, su evolución muestra cómo después de un primer momento en el que centra la atención exclusivamente en la imputación del resultado²¹⁶, termina estableciendo una diferenciación entre los criterios destinados a valorar la conducta desde una perspectiva *ex ante* y los criterios destinados a valorar la relación entre la conducta y el resultado desde una perspectiva *ex post*. El resultado se imputa objetivamente a la conducta cuando *ex ante* se crea un riesgo jurídicamente desaprobado y *ex post* ese riesgo se realiza en el resultado lesivo. Los criterios tradicionalmente desarrollados para determinar el deber objetivo de cuidado en el marco del delito imprudente se incluyen, concretamente, en el primero de esos requisitos de imputación: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado²¹⁷.

Así pues, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, el principio de confianza se termina concibiendo como un criterio de valoración *ex ante* que sirve para determinar si la conducta supone la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado²¹⁸.

Puede comprobarse, en este sentido, cómo el Tribunal Supremo, en los últimos años ha manifestado expresamente que el principio de confianza, junto con el riesgo permitido y la prohibición de regreso, constituye un criterio de imputación objetiva que sirve para determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Hay varias sentencias

²¹⁶ Lo que suponía, en ocasiones, incluir expresamente el principio de confianza entre los criterios destinados a descartar la imputación objetiva del resultado con respecto a conductas consideradas infractoras del deber de cuidado. Así, claramente, RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 555-556. Sobre estos primeros momentos de la teoría de la imputación objetiva, cfr. *infra* cap. 3, ap. I.2.5.

²¹⁷ Cfr. *infra* cap. 3, ap. I.2.6.

²¹⁸ ROXIN, *AT*³, 24/11, 24/21 y ss.; STRATENWERTH, *AT*⁴, 15/64 y ss.; JAKOBS, *AT*², 7/47, 7/51 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 327-333 y 544; IDEM, *CDJ*, 1994, p. 49; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 137-139; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*⁵, p. 89. En el mismo sentido, aunque identificando este aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado con el carácter típico de la conducta, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 62-65.

en las que se declara que: «La teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado (...) Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2º Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción (...) La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea (...) *Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado. El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la “autopuesta en peligro” o “principio de la propia responsabilidad”»²¹⁹.*

Desde el punto de vista *ex post*, la intervención incorrecta de los terceros también se tiene en cuenta para limitar la responsabilidad del autor, pero a partir de criterios distintos al principio de confianza. La conducta de los terceros sólo se toma como referencia para reconocer una concurrencia de culpas y excluir la

²¹⁹ STS 19-10-2000 (RJ 9263) (FJ 6º) (sin cursiva en el original). En el mismo sentido, SSTS 16-10-2002 (RJ 9908), 10-11-2003 (RJ 2004/1770), 3-3-2005 (RJ 4112), 14-4-2005 (RJ 4355), 20-9-2005 (RJ 6831), 26-9-2005 (RJ 7336), 26-10-2005 (RJ 2006/1543).

imputación objetiva del resultado acudiendo a criterios relacionados con la realización del riesgo en el resultado o con el alcance del tipo²²⁰.

3. La relación del principio de confianza con otros criterios utilizados para determinar el deber objetivo de cuidado o la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

A pesar del acuerdo generalmente existente en cuanto a la ubicación sistemática del principio de confianza, cuando se analiza su relación con otros criterios tendentes a determinar el deber objetivo de cuidado o la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se observan ciertas diferencias de opinión acerca del verdadero significado de este principio. Se discute, sobre todo, si este principio tiene sentido por sí mismo como criterio de carácter independiente o supone, simplemente, una manifestación o aplicación de otros criterios de valoración.

Así, por ejemplo, un sector minoritario de la doctrina, al igual que hiciera la jurisprudencia en un primer momento, sigue vinculando directamente el principio de confianza con el criterio de la *previsibilidad*, haciendo ver que la posibilidad de confiar no es sino consecuencia del carácter imprevisible o incognoscible de las conductas incorrectas de los terceros²²¹.

²²⁰ Aunque los supuestos analizados sean semejantes y solamente cambie la perspectiva de enjuiciamiento, se deja de utilizar el principio de confianza: algunos siguen planteamientos parecidos, pero apelando al fin de protección de la norma de cuidado (ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 201 y ss.), y otros introducen modificaciones para hacer depender la imputación ya no sólo del carácter incorrecto de la conducta del tercero, sino de la gravedad de esa conducta incorrecta del tercero (BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 116-124), de su carácter activo u omisivo (RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 555-556), de la introducción de un nuevo tipo de riesgo por parte del tercero (FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 428 y ss.) o de las particularidades que presenta la actuación de la víctima (RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 556-557; ROXIN, *FS-Gallas*, pp. 243 y ss.), produciéndose así cierta discordancia entre la valoración de la conducta desde el punto de vista *ex ante* y la valoración de la relación entre la conducta y el resultado desde el punto de vista *ex post*. Se encuentran también, sin embargo, propuestas claramente favorables a la aplicación del principio de confianza tanto en el momento de valorar la conducta, como en el momento de valorar la imputación del resultado. Cfr., en este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 326 y ss., quien vincula el principio de confianza con el criterio del fin de protección de la norma de cuidado.

²²¹ Así, claramente, SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n.m. 169; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 39-46, 112-115, 138 y ss. y, en cierta medida, también SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 190-193, quien hace depender la posibilidad de confiar de lo que cabe esperar normalmente conforme a la experiencia y los conocimientos del sujeto, aunque indicando que, en el marco de las instituciones

Más extendida se encuentra la idea de que el principio de confianza forma parte del criterio del *riesgo permitido*²²². Se considera que, dado que resulta francamente difícil poner en duda que la conducta incorrecta de los terceros sea algo previsible conforme a la normal experiencia, debe entenderse que el principio de confianza responde, en realidad, a la necesidad de tolerar determinadas conductas a pesar de la previsibilidad del resultado lesivo, lo que significa que la posibilidad de confiar no es sino una manifestación de la idea del riesgo permitido. A partir de ahí, sin embargo, aun aceptándose que el principio de confianza complementa el criterio de la previsibilidad y permite la realización de conductas peligrosas, lo que se discute es hasta qué punto su particular fundamentación sirve para diferenciarlo del criterio del riesgo permitido y definirlo como un criterio de carácter independiente²²³. Así, por ejemplo, algunos autores se han preocupado de destacar que el principio de confianza, al fundamentarse en el principio de autorresponsabilidad y no en una genérica ponderación de intereses, no es un criterio que coincida plenamente con el riesgo permitido²²⁴. Otros, en cambio, consideran que este principio parte en todo caso de una ponderación de intereses como la que se encuentra detrás de la figura del

públicas controladas por el Estado, lo que «normalmente» debe esperarse está condicionado a su vez por lo que conviene al sentido, significado y función social de tales instituciones.

²²² BURGSTALLER, *Fährlassigkeitsdelikt*, pp. 58-59; MÖHL, *DAR*, 1975, p. 63; JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 13-14; IDEM, *AT*², 7/51; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 209; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, pp. 248-249; HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 171; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, p. 59; KRÜMPPELMANN, *FS-Lackner*, p. 299; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 327; STRATENWERTH, *AT*⁴, 8/33; ROXIN, *AT*³, 24/22; IDEM, *FS-Tröndle*, pp. 186-187; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 58.

²²³ Sobre las diferentes fundamentaciones otorgadas al principio de confianza, cfr., *infra* IV.

²²⁴ Así, fundamentalmente, STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 389. Por su parte, JAKOBS (*ZStW* 89 [1977], p. 13) sostiene que aunque el principio de confianza pueda concebirse como un caso especial del riesgo permitido, sólo *prima facie* es indiferente que lo que contribuye a la producción del resultado sea el error de una máquina o el error de un tercero, pues si bien en el primer caso puede atenderse a la probabilidad del error y a los criterios generales del riesgo permitido o del estado necesidad, cuando intervienen terceras personas es importante analizar también la posibilidad de imputar lo sucedido al tercero que defrauda la confianza. Más claramente, IDEM, *La imputación objetiva*, p. 105. Cfr., también, IDEM, *AT*², 7/51. Destacan, en un sentido parecido, la particularidad del principio de confianza en atención a la especial relevancia que tiene la intervención de terceras personas responsables ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 343; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, pp. 248-249; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, p. 59; BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 138-139; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 8-11; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 327-328; HEIERLI, *Die Bedeutungs des Vertrauensprinzips*, pp. 135-136; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 105-106.

riesgo permitido²²⁵. En este último sentido, se ha llegado a cuestionar expresamente el carácter independiente del principio de confianza, indicando que este principio no contribuye por sí mismo a delimitar la responsabilidad del sujeto porque sólo es la expresión, desde el punto de vista psicológico, de una delimitación ya establecida conforme a criterios generales de valoración²²⁶.

Otro de los criterios con los que se entiende que el principio de confianza se encuentra estrechamente relacionado es el que ofrece la teoría de la *prohibición de regreso*²²⁷. A medida que esta teoría dejaba de vincularse a la causalidad, pasaba a convertirse en un criterio de imputación, según el cual la libre intervención del tercero interrumpe la relación de imputación con respecto al primer interviniente; que sólo podrá responder a título de partícipe en la medida en que haya actuado con dolo. Esta teoría constituye un criterio independiente de imputación que toma como referencia exclusivamente la intervención de los terceros y que se fundamenta normalmente en el principio de autorresponsabilidad. Tanto quienes limitan su aplicación a los casos de conductas posteriores dolosas, como quienes proponen su utilización también en casos de conductas posteriores imprudentes, coinciden en afirmar que lo determinante para excluir la imputación es la actuación responsable del tercero, bien porque impide al primer sujeto dominar el curso lesivo, bien porque se toma como referencia para establecer una delimitación de ámbitos de responsabilidad que permite al primer sujeto no responder de lo que hagan los terceros. Existe también, no obstante, una concepción distinta de esta teoría de la prohibición de regreso, conforme a la cual lo importante no es tanto la mediación del tercero, como la necesidad de realizar una interpretación del sentido objetivo de la conducta del primer sujeto para determinar si guarda relación con la conducta del tercero o si, por el contrario, representa algo inocuo o cotidiano irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal. En cualquier caso, con independencia de cuál sea la

²²⁵ ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 187; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 209; HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 171; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 58.

²²⁶ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* pp. 189-191.

²²⁷ Sobre la originaria formulación de esta teoría y sus diferentes interpretaciones a lo largo de los últimos años, cfr. *infra* cap. 3, ap. I.1.5 y II.1.2.

concepción de la que se parta para defender la existencia de esta teoría de la prohibición regreso como criterio de imputación, puede decirse que su principal diferencia con respecto al principio de confianza radica en su carácter *contrafáctico*, pues resta importancia al elemento de la previsibilidad y permite limitar la responsabilidad del sujeto incluso cuando se representa la actuación incorrecta del tercero. Dada esa diferencia fundamental, la cuestión que se plantea es si pueden convivir la teoría de la prohibición de regreso y el principio de confianza como criterios destinados a limitar la responsabilidad de un sujeto ante la intervención incorrecta de un tercero. Son tres, básicamente, las opciones que sigue la doctrina para dar respuesta a esta cuestión. Algunos autores son partidarios de utilizar exclusivamente el principio de confianza por considerar injustificada la excesiva rigidez a la que conduce la teoría de la prohibición de regreso²²⁸. Otros autores, por el contrario, prescinden directamente del principio de confianza y optan por aplicar la teoría de la prohibición de regreso²²⁹, o consideran que el principio de confianza es una manifestación dicha teoría²³⁰. Finalmente, hay quienes defienden que ambos criterios tienen un alcance distinto y que, por tanto, es posible aplicar unas veces el principio de confianza y otras veces la prohibición de regreso; el principio de confianza sólo operaría cuando el tercero actúa de manera imprudente²³¹ o cuando no pueda afirmarse que la conducta del primer sujeto constituye algo inocuo o estereotipado que no guarda una relación específica con el curso lesivo²³².

²²⁸ ROXIN, *FS-Tröndle*, pp. 186-188; IDEM, *AT*³, 24/26 y ss.; SK⁶-RUDOLPHI, previo al § 1, n. m. 72; STRATENWERTH, *AT*⁴, 15/72; PUPPE, *NK*, previo al § 13, nn. mm. 156-159 a; SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n. m. 184; BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 138-139; KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung*, pp. 141-143; KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 126; SCHMOLLER, *FS-Triffterer*, pp. 246-249.

²²⁹ DIEHL, *Regreßverbot*, pp. 193-199;

²³⁰ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 275.

²³¹ WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 314-315. Así ya EXNER, *FG-Frank I*, pp. 582-583 y 593-597.

²³² JAKOBS, *AT*², 7/52, 7/56 y ss.: el principio de confianza sólo es necesario cuando el sujeto que confía ha de responder del curso lesivo a pesar de la posible intervención de terceros, mientras que la prohibición de regreso opera en un momento anterior para excluir la posición de garante que vincula al sujeto con el curso lesivo.

Entre los criterios de imputación objetiva también se encuentra el criterio de la *autorresponsabilidad de la víctima* o de la *imputación a la víctima*²³³. Después de un tiempo en el que la intervención de la víctima se equiparaba a la intervención de los terceros y se tenía en cuenta para interrumpir la relación de causalidad, para fundamentar una prohibición de regreso o para delimitar el deber de cuidado mediante la aplicación del principio de confianza²³⁴, poco a poco se ha ido destacando la especial relevancia que tiene la condición de la víctima como titular del bien jurídico para desarrollar particulares criterios de valoración, llegándose a reconocer incluso la existencia de un criterio de imputación objetiva basado de manera específica en la figura de la víctima²³⁵. Aunque con el reconocimiento de este particular criterio de imputación no se cuestiona directamente la independencia del principio de confianza, sí que se añade un elemento diferencial que puede condicionar el alcance de este principio ante conductas incorrectas realizadas por el propio titular del bien jurídico amenazado²³⁶.

4. Valoración

En lo que se refiere a la ubicación sistemática del principio de confianza en la teoría jurídica del delito, puede decirse que es generalmente reconocido que este principio sirve para determinar el deber objetivo de cuidado o, en su caso, en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva, para determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

En la medida en que, tanto en un caso como en otro, debido a las características que presenta el principio de confianza, se tiende a limitar su aplicación a los delitos imprudentes, una de las primeras cuestiones dogmáticas que suscita el reconocimiento de este principio se refiere a la posibilidad de poner

²³³ Como ha propuesto, más recientemente, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*², pp. 284 y ss.

²³⁴ Vid., con carácter general, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*², pp. 89-212 y 382-391.

²³⁵ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*², pp. 318-348.

²³⁶ Cfr., a este respecto, *infra* cap. 5, ap. III.3.

en duda la capacidad de la teoría de la imputación objetiva para aglutinar criterios de valoración susceptibles de ser aplicados por igual en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes. Es necesario, en este sentido, analizar hasta qué punto es correcto reservar la aplicación del principio de confianza a los delitos imprudentes después de haberlo definido como un criterio de imputación objetiva.

Por otra parte, teniendo en cuenta que, a la hora de valorar la relación de la conducta con el resultado desde una perspectiva *ex post*, se concede también importancia a la intervención de terceras personas que con su conducta incorrecta contribuyen a la producción del resultado lesivo, parece oportuno indagar en la posible relación del principio de confianza con los criterios utilizados en la imputación del resultado.

Finalmente, para comprender el verdadero alcance del principio de confianza es conveniente definir cuál su relación con otros criterios utilizados para determinar el deber objetivo de cuidado o la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Su aplicación, efectivamente, puede ser distinta según el grado de vinculación que tenga con criterios como el de la previsibilidad, el riesgo permitido, la prohibición de regreso o la autorresponsabilidad la víctima. Para no incurrir en contradicciones con los resultados a los que se llegaría aplicando tales criterios, es necesario determinar si el principio de confianza es simplemente una manifestación de esos criterios o representa un criterio de carácter independiente. En este último caso, habrá que explicar de manera coherente de qué depende que en cada caso se de mayor o menor importancia a la previsibilidad, a la ponderación de intereses o a la responsabilidad de los terceros o de la propia víctima.

IV. LA FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Como se apuntaba en la exposición sobre los orígenes del principio de confianza en el tráfico viario, el reconocimiento jurisprudencial de este principio no vino acompañado de una clara fundamentación teórica. Desde un primer momento, la jurisprudencia, tanto en Alemania como en España, se mostró muy vacilante acerca de las razones por las que reconocía la posibilidad de confiar.

Apelaba indistintamente a la falta de previsibilidad, al sentido de las normas de circulación o a las exigencias y necesidades del tráfico viario, sin explicar cuál de estos aspectos condiciona en mayor medida la posibilidad de confiar. Con el tiempo, renunciaba incluso a manifestarse sobre la fundamentación del principio de confianza y se limitaba a reproducir su formulación general, presentándolo como un principio susceptible de ser aplicado en diferentes ámbitos de actuación. La doctrina, por su parte, tampoco ha llegado a un acuerdo sobre la posible fundamentación de este principio. Aunque en líneas generales coincide en su reconocimiento y formulación, así como en cuanto a su importancia para limitar el deber objetivo de cuidado, ofrece muy diferentes propuestas de fundamentación, algunas de las cuales, además, se basan en aspectos distintos a los destacados en su día por la jurisprudencia. En cualquier caso, dado que, como parece evidente, el alcance del principio de confianza puede depender realmente de cuál sea su fundamentación, resulta conveniente apuntar las principales diferencias que presentan esas propuestas de fundamentación.

A continuación, se realizará una exposición de tales propuestas, diferenciando las que conciben el principio de confianza como un premio por la conducta correcta (*infra* 1), las que lo vinculan directamente con el aspecto de la previsibilidad (*infra* 2), las que lo derivan de una valoración o ponderación de intereses (*infra* 3) y las que lo interpretan como una manifestación del principio de autorresponsabilidad (*infra* 4).

1. La «teoría del premio»

En relación con el tráfico viario, algunos autores han señalado que la posibilidad de confiar es una facultad que se le concede a los sujetos por haber actuado de manera correcta o reglamentaria²³⁷. En cierta medida, esta es la tesis de la que partían, por ejemplo, quienes durante el régimen nacionalsocialista veían en el principio de confianza la consecuencia de un Derecho del tráfico viario basado

²³⁷ Cfr., en este sentido, GÜLDE, *JW*, 1935, p. 1464-1466; IDEM, *JW*, 1938, pp. 2785-2786; F. MÜLLER, *Straßenverkehrsrecht*²¹, pp. 722-724; KRUMME, *ZverkS*, 1961, p. 1; KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 120 y ss.

en las ideas de «comunidad» y «disciplina»²³⁸. Se afirmaba, en ese sentido, que el sujeto que se muestra leal con el ordenamiento jurídico no tiene la obligación de cuidar de las conductas descuidadas de los terceros porque lo importante, conforme a los postulados nacionalsocialistas, es fomentar la disciplina y contrarrestar los errores o debilidades de quienes participan en el tráfico²³⁹. Es, sin embargo, a partir de los años cincuenta del pasado siglo XX cuando más claramente se defiende esta particular fundamentación del principio de confianza. A partir de ese momento, aunque se destaca también la necesidad de incentivar la disciplina²⁴⁰, se considera que la posibilidad de confiar se deduce, principalmente, de la idea de justicia²⁴¹ y del principio de igualdad que se manifiesta en el deber de consideración recíproca establecido en el § 1 StVO²⁴². Se dice, desde este punto de vista, que el sujeto que se comporta reglamentariamente está legitimado para esperar que los terceros hagan lo mismo; mientras que, por el contrario, el sujeto que se comporta incorrectamente carece de la posibilidad de confiar porque no puede exigir mayor consideración de la que él mismo ofrece²⁴³. De este modo, la posibilidad de confiar vendría a ser un *premio* por la conducta correcta o reglamentaria²⁴⁴.

El primer problema que se plantea con esta «teoría del premio»²⁴⁵ es que, en la medida en que presupone una conducta correcta, impide que el principio de

²³⁸ De la misma opinión SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n. m. 168; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 118.

²³⁹ GÜLDE, *JW*, 1935, pp. 1464 y 1466; IDEM, *JW*, 1938, pp. 2785-2786.

²⁴⁰ Sobre todo en el caso de KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 147.

²⁴¹ MARTIN, *DAR*, 1953, p. 164.

²⁴² KRUMME, *ZVerkS*, 1961, pp. 1-2. Así, también, tomando como referencia el § 25 de la RStVO de 1934, F. MÜLLER, *Straßenverkehrsrecht*²¹, pp. 722-724.

²⁴³ Cfr., por todos, KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 120.

²⁴⁴ Cfr. KIRSCHBAUM, *Vertrauensschutz*, p. 120; KRÜPELMANN, *FS-Lackner*, p. 298; SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n. m. 168; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 40; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 117-119.

²⁴⁵ La expresión es de KRÜPELMANN, *FS-Lackner*, p. 298.

confianza tenga algún sentido a la hora de limitar el deber de cuidado²⁴⁶. Por otra parte, si se centra toda la atención en el cumplimiento de una determinada norma reglamentaria, el problema es que ello puede llevar a prescindir de otras limitaciones del principio de confianza como las relacionadas con la especial previsibilidad de la conducta incorrecta del tercero; unas limitaciones que no cuestionan, sin embargo, los representantes de esta teoría del premio²⁴⁷. Ello permite sospechar que la necesidad de fomentar la disciplina o las ideas de justicia e igualdad no son suficientes para determinar en qué casos es posible confiar²⁴⁸. Si la posibilidad de confiar se ve condicionada por otro tipo de limitaciones, da la impresión de que, en realidad, el premio no es el fundamento de la confianza, sino una consecuencia de la misma²⁴⁹. Más allá de eso, se puede criticar incluso la existencia de una limitación basada en la realización de una conducta incorrecta o antirreglamentaria, pues cabe poner en duda que el mero incumplimiento de una norma reglamentaria impida apelar a la confianza –o conduzca necesariamente a la imputación del resultado²⁵⁰– cuando no existe ninguna relación entre el incumplimiento de esa norma y la conducta incorrecta del tercero²⁵¹.

²⁴⁶ Cfr., en este sentido, las observaciones realizadas *supra* II.1.

²⁴⁷ Llama la atención a este respecto BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 118-119, criticando que se deje sin aclarar cómo afecta esta interpretación al resto de limitaciones que condicionan el alcance de aplicación del principio de confianza

²⁴⁸ Cfr., en un sentido parecido, KRÜPELMANN, *FS-Lackner*, p. 298, quien reconoce que la idea de la prevención es importante como punto de referencia, pero entiende que no puede dejar de lado los principios generales sobre la determinación del deber de cuidado o la imputación del resultado.

²⁴⁹ Según BRINKMANN (*Vertrauensgrundsatz*, p. 121), se incurre así en un círculo vicioso.

²⁵⁰ Hay que tener en cuenta que, al defender la teoría del premio, KIRSCHBAUM (*Vertrauensschutz*, pp. 130-147) rechaza que una vez identificada la conducta como incorrecta deba analizarse su relación con el resultado a partir de juicios de carácter hipotético, pues ello supone dar un mismo tratamiento a la conductas correctas y a las conductas incorrectas. A su juicio, quien incumple la norma debe ser siempre responsable de los resultados previsibles; para lograr un tráfico disciplinado, sostiene este autor, es preferible dar mayor importancia a los criterios de prevención general que conciben el principio de confianza como un premio concedido únicamente a quien se comporta respetando las reglas del tráfico.

²⁵¹ Cfr. HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 141. Cfr., también, las referencias hechas *supra* II.1.

2. La confianza como resultado de la falta de previsibilidad

Durante un tiempo, la jurisprudencia justificaba la posibilidad de confiar haciendo referencia al carácter imprevisible de la conducta incorrecta de los terceros. Inicialmente, el cambio con respecto al criterio tradicional de la previsibilidad se reflejaba, simplemente, en una limitación del alcance de la previsibilidad. En distintas ocasiones, para reconocer la posibilidad de confiar, la jurisprudencia, tanto la alemana como la española, lo que hacía, efectivamente, era afirmar que la conducta incorrecta del tercero no es previsible conforme a la *normal experiencia* o no se ajusta a la *experiencia práctica conocida*. A partir de ahí, terminaba proclamando la posibilidad de confiar con carácter general, estableciendo una excepción cuando, en atención a las circunstancias del caso concreto, haya que contar con la conducta incorrecta del tercero²⁵².

Sin embargo, como se apuntó en su momento, cabe afirmar que, incluso por aquel entonces, la jurisprudencia no se basaba únicamente en el carácter imprevisible de la conducta incorrecta del tercero, sino que, en realidad, introducía consideraciones valorativas para limitar el alcance de la previsibilidad. Por una parte, lo hacía *implícitamente* cuando decidía establecer un criterio de carácter general para negar la previsibilidad de la conducta incorrecta de los terceros, así como cuando permitía apelar a la confianza en casos en los que anteriormente había descartado esa posibilidad -con independencia de que la experiencia mostrara realmente algún cambio en la actitud de los terceros o con independencia incluso de que la conducta incorrecta del tercero pudiera considerarse previsible conforme a la normal experiencia-. Por otra parte, lo hacía *explícitamente* cuando, al mismo tiempo, apelaba a otra serie de razones como las relativas al sentido de las normas de circulación o a las exigencias y necesidades del tráfico viario²⁵³.

En cualquier caso, la jurisprudencia siguió concediendo una especial relevancia al elemento de la previsibilidad, limitando la posibilidad de confiar en

²⁵² Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.2, II.6 y II.7.

²⁵³ Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.3 y II.7.

los casos en los que la conducta incorrecta del tercero resulta claramente previsible, bien porque existan circunstancias concretas que hagan pensar que el tercero va a actuar incorrectamente, bien porque la conducta del tercero forme parte de aquellas infracciones que se cometen tan a menudo que no se puede dejar de contar ellas²⁵⁴. Con el constante reconocimiento de esta limitación, la jurisprudencia ponía de manifiesto que, con independencia de que se puedan tener en cuenta otras razones para justificar la posibilidad de confiar, la previsibilidad es un elemento que condiciona el alcance de la confianza. Se hacía ver, efectivamente, que el hecho de que no se pueda afirmar que la posibilidad de confiar se deduce de la falta de previsibilidad, no es óbice para que se excluya dicha posibilidad cuando es claramente previsible la conducta incorrecta del tercero. El principio de confianza parecía configurarse, por tanto, como un esquema de regla/excepción en el que la previsibilidad no fundamenta necesariamente la regla, pero sí la excepción.

En la doctrina, sin embargo, hay quienes han querido ver en la previsibilidad -o en la falta de previsibilidad- la fundamentación del principio de confianza, afirmando que la razón por la que no es necesario contar con las conductas incorrectas de los terceros es porque, por lo general, este tipo de conductas no son previsibles. Así, por ejemplo, siguiendo planteamientos muy parecidos a los sostenidos en su momento por la jurisprudencia, MARTIN consideraba que los sujetos no tienen la necesidad de contar con las conductas completamente incorrectas o irrazonables de los terceros porque son imprevisibles conforme a la *normal* o *general* experiencia²⁵⁵. Es por eso por lo que, a su juicio, se puede reconocer un principio de confianza que permita no tener que contar con las conductas incorrectas de los terceros, salvo que sean previsibles en atención a las circunstancias del caso concreto²⁵⁶. Por su parte, SCHMIDT, al analizar la posibilidad del médico de confiar en la conducta correcta de los terceros, hacía depender tal posibilidad del hecho de que la conducta incorrecta del tercero no sea

²⁵⁴ Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.3 y II.7.

²⁵⁵ *DAR*, 1953, p. 166.

²⁵⁶ *VersR*, 1958, p. 149.

previsible conforme a la normal experiencia o no pueda ser conocida y controlada por el médico que desea ampararse en la confianza²⁵⁷. Aunque en el caso de los terceros que trabajan como médicos en instituciones públicas SCHMIDT consideraba que lo «normalmente» previsible está condicionado por el significado y la función social de tales instituciones²⁵⁸, lo determinante, en última instancia, era que el sujeto tuviera o no la posibilidad de prever y controlar la conducta incorrecta de los terceros²⁵⁹. Con carácter general, reconocía la posibilidad de confiar porque normalmente se puede contar con que los médicos, los especialistas y los farmacéuticos actuarán con el cuidado debido²⁶⁰, quedando excluida esta posibilidad cuando hay razones para pensar que no va a ser así o cuando se tiene la oportunidad de controlar la conducta realizada por el tercero (como ocurre, por ejemplo, cuando el médico recibe el medicamento preparado por el farmacéutico)²⁶¹. En un sentido parecido se ha pronunciado también SCHROEDER al vincular expresamente el principio de confianza con el juicio de cognoscibilidad en el que se fundamenta la imprudencia, señalando que la conducta contraria a la norma realizada por el tercero es por lo general incognoscible para el autor²⁶². Desde este punto de vista, SCHROEDER entiende que el principio de confianza sufre una inversión cuando se hace cognoscible la conducta antirreglamentaria del tercero²⁶³.

Quien más claramente ha defendido esta forma de fundamentar el principio de confianza es BRINKMANN. A su juicio, el principio de confianza constituye la aplicación de una «regla de la experiencia» destinada a formular el

²⁵⁷ *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 189-191 y 193.

²⁵⁸ *Der Arzt im Strafrecht*, p. 190.

²⁵⁹ Cfr., en este sentido, las críticas realizadas por WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, pp. 39-41 y UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 34-37, señalando que de este modo se deja de analizar el alcance de los deberes resultantes de la división del trabajo y se incurre en una aplicación arbitraria del principio de confianza.

²⁶⁰ *Der Arzt im Strafrecht*, p. 190.

²⁶¹ *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 190-191 y 193.

²⁶² *LK*¹¹, § 16, n. m. 169.

²⁶³ *LK*¹¹, § 16, n. m. 175.

juicio de peligro sobre el que se basa la imprudencia²⁶⁴. Explica, en este sentido, que las reglas de la experiencia, junto con las reglas o leyes de la naturaleza, forman parte del saber nomológico que, a partir de una realidad ontológica dada, permite determinar la previsibilidad o cognoscibilidad necesaria para definir una conducta como peligrosa²⁶⁵. Son reglas que informan simplemente de lo que, conforme a los resultados obtenidos por la experiencia, cabe esperar con cierto grado de probabilidad, y operan con carácter previo a cualquier tipo de valoración jurídica²⁶⁶. Desde este punto de vista, BRINKMANN sostiene que el principio de confianza es un instrumento jurídicamente neutral que resulta de la aplicación de una regla de la experiencia que predice cómo reaccionarán los terceros en una determinada situación. Así, por ejemplo, según este autor, si en el ámbito del tráfico viario se reconoce la posibilidad de confiar, es porque existe una regla de la experiencia conforme a la cual puede afirmarse que los participantes del tráfico se comportan por lo general de manera disciplinada²⁶⁷. La confianza, en definitiva, depende exclusivamente de lo que resulta previsible según las reglas de la experiencia, y los límites establecidos a la posibilidad de confiar responden igualmente a la información ofrecida por esas mismas reglas de la experiencia²⁶⁸. BRINKMANN llega así a la conclusión de que no se puede reconocer un principio general de confianza, pues la posibilidad de confiar depende siempre de las reglas de la experiencia aplicables según las circunstancias existentes en la situación concreta²⁶⁹.

Esta forma de fundamentar el principio de confianza es rechazada, sin embargo, por la mayor parte de la doctrina. En general, aunque no se pone en duda que la confianza pueda verse limitada cuando resulta especialmente

²⁶⁴ *Vertrauensgrundsatz*, pp. 138 y ss.

²⁶⁵ *Vertrauensgrundsatz*, p. 139.

²⁶⁶ *Vertrauensgrundsatz*, pp. 112-113 y 139: la valoración jurídica sólo tiene lugar posteriormente a partir de criterios como el del riesgo permitido o la adecuación social.

²⁶⁷ *Vertrauensgrundsatz*, p. 138.

²⁶⁸ *Vertrauensgrundsatz*, pp. 114-115 y 145-146.

²⁶⁹ *Vertrauensgrundsatz*, p. 146.

previsible la conducta incorrecta del tercero, se entiende que la razón por la que se reconoce la posibilidad de confiar no se encuentra en la falta de previsibilidad de las conductas incorrectas de los terceros, pues hay numerosas conductas incorrectas que son previsibles -incluso conforme a la normal experiencia- frente a las cuales, por diferentes razones, no se excluye o no se debe excluir la posibilidad de confiar. Se tiende a pensar, por ello, que lo determinante no es tanto la falta de previsibilidad en sentido fáctico, como el deseo o la necesidad de limitar el alcance de la previsibilidad mediante consideraciones valorativas. Se afirma, desde este punto de vista, que el principio de confianza sirve para determinar el deber de tener en cuenta las conductas incorrectas de los terceros con independencia de que puedan ser previsibles²⁷⁰. Se advierte también, por otra parte, que incluso existen limitaciones del principio de confianza que no dependen de que la conducta incorrecta del tercero sea especialmente previsible, sino que resultan de un deber de control o supervisión, lo que contribuye a reforzar la idea de que lo decisivo no es la previsibilidad o la posibilidad de prever, sino el deber de prever²⁷¹.

3. El principio de confianza como resultado de una valoración o ponderación de intereses

La mayor parte de las propuestas de fundamentación del principio de confianza se basan en la idea de que el reconocimiento de la posibilidad de confiar no se deduce de la falta de previsibilidad, sino que responde al deseo o la necesidad de limitar el deber del sujeto de prever la conducta incorrecta de los terceros. Son propuestas, en ese sentido, que destacan la importancia que tiene, desde un punto de vista valorativo, limitar el deber de previsión o el deber de cuidado del sujeto para eximirle de la obligación de adaptar su comportamiento a la posible conducta incorrecta de un tercero, con independencia de que tal

²⁷⁰ Cfr., principalmente, STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, p. 387; ENGISCH, *Langenbecks Archiv* 297 (1961), p. 245; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 58-59; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 344; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, p. 29; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 8; KRÜMPPELMANN, *FS-Lackner*, p. 299; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), p. 110; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 194-195; CEREZO MIR, *PG II*⁶, pp. 170-171.

²⁷¹ UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, p. 92.

conducta -y el resultado lesivo al que ella conduce- sea previsible. Para ello, apelan, concretamente, a la necesidad que existe de garantizar el sentido o la finalidad de las normas (*infra* 3.1), de favorecer la fluidez del tráfico (*infra* 3.2), de establecer una justa distribución del riesgo entre los distintos participantes del tráfico (*infra* 3.3), de permitir la división del trabajo (*infra* 3.4) o de no restringir en exceso el ámbito de libertad individual (*infra* 3.5).

3.1. *La necesidad de garantizar el sentido y la finalidad de las normas*

Una de las primeras razones que esgrimió la jurisprudencia para reconocer la posibilidad de contar con la conducta correcta de los terceros en el ámbito del tráfico viario fue la relativa a la necesidad de garantizar el sentido y la finalidad de las normas de circulación, concretamente de las normas reguladoras de la preferencia de paso. De hecho, como se vio en su momento, fue precisamente al analizar la responsabilidad del conductor que circula con preferencia de paso cuando la jurisprudencia empezó a aplicar el principio de confianza de manera más decidida. Afirmaba, en este sentido, que al conductor que goza de preferencia se le debe reconocer la posibilidad de confiar en que el tercero no se introducirá incorrectamente en el cruce porque de lo contrario se iría en contra del sentido y la finalidad de la normativa que regula la preferencia de paso²⁷².

La doctrina, por su parte, ha utilizado este mismo argumento en el ámbito del tráfico viario para justificar la posibilidad de confiar con carácter general, más allá de los casos de preferencia de paso. Así, por ejemplo, MARTIN pensaba que una de las razones en las que puede fundamentarse el reconocimiento del principio de confianza es que el ordenamiento jurídico no está dispuesto a poner en duda el carácter vinculante de sus mandatos y prohibiciones²⁷³. Por su parte,

²⁷² Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.1.2, I.3.2, II.6.4 y II.7. Aunque esta argumentación se utilizaba sobre todo en relación con la normativa de preferencia, se encuentra también implícita en alguna sentencia en la que se hace referencia a la «confianza que inspira la normatividad del tráfico». Cfr., en este sentido, STS 26-6-1967 (RJ 3411).

²⁷³ DAR, 1953, p. 64. En un sentido parecido se pronuncia también HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 125-127, señalando que de la propia existencia de las normas jurídicas se puede deducir la confianza en que serán respetadas, pues no se concibe para qué valdrían las normas si hubiera que contar con su incumplimiento. Lo apunta también KRÜPELMANN (*FS-*

EXNER, al criticar la tesis que venía manteniendo la jurisprudencia durante los primeros años del pasado siglo XX, explicaba que si no se permite contar con la conducta reglamentaria de los terceros, las normas de circulación se convierten en algo completamente ilusorio, pues tales normas sirven precisamente para orientar la conducta del sujeto haciendo predecible la conducta de los demás participantes del tráfico²⁷⁴.

Al margen del concreto ámbito del tráfico viario, esta idea ha sido especialmente desarrollada por FEIJOO SÁNCHEZ. Este autor, si bien considera que el principio de confianza encuentra su fundamento en el principio de autorresponsabilidad, entiende que la confianza en la conducta correcta de los terceros se corresponde con la confianza sobre la propia vigencia de las normas²⁷⁵. Sostiene este autor, efectivamente, que *una* de las funciones que cumplen las normas jurídicas es mantener la confianza de los ciudadanos en la vigencia de las mismas²⁷⁶: el ordenamiento jurídico ofrece al sujeto un horizonte conforme al que poder orientarse, garantizando ciertas expectativas o reglas de comportamiento que informan acerca de lo que cabe esperar de los terceros²⁷⁷. Estas expectativas que establece el ordenamiento jurídico son expectativas normativas que, a diferencia de las expectativas cognitivas, se garantizan de manera *contrafáctica*, es decir, con independencia de que sean cumplidas o no en la realidad. El hecho de que en la práctica las personas incumplan las normas no impide que sigan siendo vigentes y siga existiendo, por tanto, el deber de respetarlas²⁷⁸. Consecuentemente, puede afirmarse que, del mismo modo que existe una confianza en el carácter obligatorio y contrafáctico del Derecho, existe una

Lackner, p. 299) para destacar la importancia de la confianza en el marco de una ponderación de intereses.

²⁷⁴ *FG-Frank I*, pp. 579-580. Este es el planteamiento en el que se apoya CRAMER (*Straßenverkehrsrecht*, § 1 StVO, n.m. 41) para afirmar que el principio de confianza se desprende de cada una de las normas de conducta recogidas en la ordenanza del tráfico viario.

²⁷⁵ *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 94-102.

²⁷⁶ *RDPCr* n° ex. 1 (2000), p. 94.

²⁷⁷ *RDPCr* n° ex. 1 (2000), p. 98.

²⁷⁸ *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 98-100.

confianza en que los terceros respetarán las normas²⁷⁹. Se trata de una confianza normativa que orienta la actuación del individuo y que sólo se ve desvirtuada cuando se evidencia que el tercero se ha comportado o se va a comportar incorrectamente²⁸⁰. FEIJOO SÁNCHEZ llega así a la conclusión de que el principio de confianza es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico: «En cuanto existe una norma vinculante al menos para dos personas nace el principio de confianza como principio general»²⁸¹.

3.2. *La necesidad de favorecer la fluidez del tráfico viario*

En el ámbito del tráfico viario, la jurisprudencia, desde un principio, manifestaba expresamente que el deber del conductor de adaptarse a las posibles conductas descuidadas de los terceros sólo vale dentro de los límites que resultan de las exigencias y necesidades del tráfico viario. Indicaba, en este sentido, que si el conductor tuviera que contar en todo momento con las posibles actuaciones incorrectas de los terceros, se vería obligado a conducir tan despacio que se acabaría con la fluidez del tráfico viario. Aunque, puntualmente, la jurisprudencia destacaba que también para la seguridad del tráfico podía ser importante la posibilidad de confiar²⁸², era realmente la necesidad de favorecer la fluidez del tráfico viario la que utilizaba como principal fundamentación del principio de confianza²⁸³. Incluso cuando apelaba al sentido y la finalidad de las normas de preferencia, explicaba que el sentido de tales normas es también aumentar la fluidez del tráfico viario²⁸⁴. Era precisamente esta exigencia o necesidad la que se contraponía al interés de la protección absoluta de los bienes jurídicos en el debate

²⁷⁹ *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 100 y 102.

²⁸⁰ *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 119-121. Desde un punto de vista parecido, MURMANN (*Nebentäterschaft*, p. 274) sostiene que la confianza normativamente justificada no tiene un contenido meramente abstracto y que para su concreción debe tenerse en cuenta si el riesgo resulta especialmente próximo.

²⁸¹ *RDPCr* n° ex. 1 (2000), p. 95.

²⁸² BGHSt 4, p. 47 (50); 7, p. 118 (124-125).

²⁸³ Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.2, Ap. I.3 y II.7.

²⁸⁴ BGHSt 7, p. 118 (124-125). Lo apuntaba ya EXNER, *FG-Frank I*, p. 580.

acerca de la relación entre el principio de confianza y los principios de defensa o de conducción defensiva. Con el tiempo, efectivamente, el alcance del principio de confianza se hacía depender de una ponderación entre el interés en favorecer el desarrollo y la fluidez del tráfico viario –que se vincula a la posibilidad de confiar– y el interés en garantizar la seguridad de las personas –que se refleja en los límites establecidos a la posibilidad de confiar–²⁸⁵. En el plano doctrinal, cuando el principio de confianza empezaba a experimentar una cierta expansión, se producía igualmente una oposición entre quienes consideraban que el desarrollo del tráfico exige en todo caso el reconocimiento de la posibilidad de confiar y quienes pretendían limitar su aplicación destacando los riesgos que ello puede generar para la vida o la integridad de las personas²⁸⁶.

A esta fundamentación basada en la ponderación entre la fluidez y la seguridad del tráfico se le han realizado posteriormente dos importantes objeciones: la *primera* es que ello no explicaría por qué se reconoce la posibilidad de confiar en situaciones en las que puede convenirse que ello no es necesario para la fluidez del tráfico viario²⁸⁷; la *segunda* es que es muy difícil ponderar dos intereses tan desiguales como son la fluidez del tráfico y la vida o la integridad de las personas, pues habría que resolver siempre a favor de este último²⁸⁸.

En relación con esta segunda objeción, puede comprobarse cómo la aplicación del principio de confianza en el ámbito del tráfico viario, sobre todo por parte de la jurisprudencia española, ha terminado resultando un tanto imprecisa. Al insistir en la necesidad de reconocer un principio de defensa con el

²⁸⁵ Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.4 y II.8.

²⁸⁶ Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.3.3 y I.4.

²⁸⁷ Cfr., en este sentido, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 9-10, quien pone como ejemplo los casos en los que el conductor que goza de preferencia de paso no es seguido por ningún otro vehículo. Cfr. también, BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 125-126; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 145-146.

²⁸⁸ Cfr., en este sentido, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 9-11, indicando que nadie puede afirmar que la fluidez del tráfico sea más importante que la seguridad de las personas. Cfr., también, aceptando o reproduciendo esta misma crítica, KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 132; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 122-125; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 145. Según DIEL (*Regreßverbot*, pp. 193-195), ello supondría, por otra parte, una instrumentalización de la vida humana incompatible con la dignidad de las personas.

que destacar la importancia de la seguridad frente al interés de la fluidez del tráfico, la jurisprudencia ha relativizado la vigencia del principio de confianza, llegando en ocasiones a proclamar la existencia de un deber de contar con las conductas incorrectas de los terceros²⁸⁹.

3.3. *La necesidad de realizar una «justa distribución del riesgo» entre los distintos participantes del tráfico viario*

Según KIRSCHBAUM, la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico viario no es algo que pueda deducirse de una genérica ponderación entre la fluidez del tráfico y la seguridad de las personas²⁹⁰. En su opinión, se trata más bien de analizar la situación concreta para realizar una «justa distribución del riesgo» (*gerechte Risikoverteilung*) entre los distintos participantes del tráfico y determinar en qué medida resulta justo o razonable exigir a cada uno de ellos que contribuya a la evitación de la situación de riesgo²⁹¹. Si se permite confiar, es porque, en atención a las circunstancias de la concreta situación del tráfico, no resulta razonable exigir al sujeto que contribuya a evitar el riesgo²⁹². Eso significa, según KIRSCHBAUM, que el reconocimiento de la posibilidad de confiar no se ajusta a un modelo de regla/excepción y que no existe, por tanto, un principio de confianza propiamente dicho (*Vertrauensgrundsatz*), sino sólo una puntual protección de la confianza en determinadas situaciones del tráfico (*Vertrauensschutz*)²⁹³. El principio de la justa distribución del riesgo, concluye KIRSCHBAUM, se identifica, en definitiva, con el *riesgo permitido* o *socialmente adecuado*, pero es preferible, a su juicio, utilizar la expresión «justa distribución del riesgo» para poner de manifiesto que no se trata

²⁸⁹ Cfr., la exposición realizada *supra* cap. 1, ap. II.8 y II.9.

²⁹⁰ *Vertrauensschutz*, pp. 182 y ss. Lo demuestra, a su juicio, el hecho de que se permita confiar incluso ante posibles infracciones que no solamente son muy frecuentes, sino también sumamente graves.

²⁹¹ *Vertrauensschutz*, pp. 184-193.

²⁹² *Vertrauensschutz*, pp. 198-199.

²⁹³ *Vertrauensschutz*, pp. 204-207.

de permitir cualquier riesgo que resulte de los avances de la técnica, sino de determinar las exigencias de cuidado en cada concreta situación de riesgo²⁹⁴.

3.4. La necesidad de permitir la división del trabajo o el reparto de tareas

Fuera del ámbito del tráfico viario, el principio de confianza se ha querido fundamentar destacando la importancia que tiene la división del trabajo en el ejercicio de determinadas actividades²⁹⁵. Así, por ejemplo, con respecto a la actividad médica suele afirmarse que, dado el alto grado de especialización que ha llevado unido el desarrollo de la medicina y dada la necesidad de establecer una división del trabajo o un reparto de tarea, carece de sentido exigir a cada sujeto que esté pendiente en todo momento de lo que hagan los demás. Para que cada interviniente pueda tener asignada una tarea y pueda llevarla a cabo con el suficiente grado de atención, es necesario que se reconozca con carácter general la posibilidad de confiar y no se imponga un deber de cuidado sobre la actuación de los terceros²⁹⁶. Un razonamiento parecido es el que se ha seguido para justificar el

²⁹⁴ *Vertrauensschutz*, pp. 209 y 220-222.

²⁹⁵ En ocasiones, incluso, se advierte de la importancia que tiene el principio de confianza en la sociedad actual con carácter general. Cfr., a este respecto, FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), p. 108, para quien el principio de confianza permite una mejor organización personal y, en general, una organización más razonable de los contactos interpersonales: «la figura del principio de confianza está estrechamente relacionada con la configuración de la sociedad como una sociedad con constantes contactos altamente anónimos y en los que impera el reparto de trabajo y funciones». En un sentido parecido, STRATENWERTH (*AT*⁴, 15/67) considera que el principio de confianza, como en general el riesgo permitido, se puede apoyar en una ponderación de intereses y, más concretamente, en la idea de que muchos procesos normales de interacción social serían imposibles o desproporcionadamente difíciles si constantemente hubiera que contar con la conducta incorrecta de los terceros. Por su parte, JAKOBS (*AT*², 7/53) señala que hay muchas actividades en las que, al igual que ocurre en el tráfico viario, es necesaria la división del trabajo o la división de competencias y en las que, en la medida en que no siempre se puede establecer una prohibición de regreso, resulta obligado reconocer la aplicación del principio de confianza. Cfr., también, IDEM, *La imputación objetiva*, p. 106.

²⁹⁶ Fundamentan así el reconocimiento del principio de confianza en el ámbito de la medicina ENGISCH, *Langenbecks Archiv* 288 (1958), pp. 578-581; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 62-64; KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung*, pp. 167-168 y 184-185; UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 88-89; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 119; HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 252-254; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 133 y 190-195. Cfr. también, SAP Barcelona (secc. 8ª) 12-5-2000. STRATENWERTH (*FS-Schmidt*, pp. 383-390) destaca igualmente la importancia que, incluso para la seguridad del paciente, tiene la división del trabajo, pero sostiene que el principio de confianza no puede fundamentarse directamente en una ponderación de intereses basada en la necesidad de permitir esa división del trabajo porque con ella, a su vez, se pueden producir otros riesgos, como los que se derivan, por ejemplo, de un error de entendimiento.

reconocimiento del principio de confianza en otros ámbitos de actuación en los que también se produce una división del trabajo, como ocurre por ejemplo en el ámbito laboral o en el ámbito de la elaboración y distribución de productos destinados al consumo. Quienes defienden la posibilidad de aplicar el principio de confianza en estos otros ámbitos de actuación destacan igualmente la importancia que tiene realizar un reparto de tareas y permitir que, por lo general, cada uno de los participantes se ocupe de su propia tarea y no tenga que cuidar de lo que hagan los demás²⁹⁷.

El planteamiento, en realidad, es semejante al que se realiza en relación con la necesidad de favorecer la fluidez del tráfico viario. Se trata de destacar la importancia que tiene para el ejercicio de la actividad el hecho de que los participantes no estén obligados a estar pendientes de los errores de los terceros, con la particularidad de que en estos otros ámbitos de actuación, sobre todo en el ámbito de la medicina, se tiende a pensar que la división del trabajo puede contribuir también a garantizar la seguridad de las personas²⁹⁸. Lo característico de esta fundamentación del principio de confianza es que contrapone el interés en permitir el desarrollo de la actividad y el interés en exigir un mayor deber de cuidado para proteger la vida o la integridad de las personas. De hecho, al igual que con respecto al argumento basado en la necesidad de favorecer la fluidez del tráfico, unas de las objeciones que se realizan a esta fundamentación es que no explica por qué se permite la confianza cuando la actividad con división de trabajo no da lugar a una situación jurídicamente deseada²⁹⁹.

²⁹⁷ Se centran en la necesidad de establecer una división del trabajo para fundamentar la aplicación del principio de confianza en estos ámbitos de actuación HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, pp. 265-267; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 133 y 190-195; KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 130-135; PAREDES CASTAÑÓN, en IDEM/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 158-163. Cfr., también, SAP Badajoz (secc. 1ª) 14-2-2006.

²⁹⁸ Así, por ejemplo, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 152. Lo pone en duda, sin embargo, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, p. 249.

²⁹⁹ Cfr., en este sentido, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 20, quien afirma que también en una interrupción ilegal del embarazo el personal médico puede apelar al principio de confianza. Comparten esta opinión KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 132; PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, pp. 14-15; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 147.

3.5. *La necesidad de garantizar un cierto grado de libertad individual*

Al definir el principio de confianza como un instrumento dogmático susceptible de ser aplicado con carácter general –más allá de un concreto ámbito de actuación–, parte de la doctrina, con planteamientos parecidos a los anteriormente apuntados, considera que este principio es un supuesto de riesgo permitido que responde en todo caso a una ponderación de intereses³⁰⁰. En esa ponderación de intereses se reconoce la importancia de los aspectos ya mencionados vinculados al ejercicio de una determinada actividad, pero se destaca también la importancia de un nuevo aspecto de carácter mucho más general como es la *libertad de actuación*. Se señala, desde este punto de vista, que el principio de confianza, al igual que el riesgo permitido, se fundamenta a partir de una ponderación entre la libertad de actuación del individuo –con las ventajas sociales que conlleva su ejercicio– y los peligros que se generan para los bienes jurídico-penalmente protegidos³⁰¹.

Esta fundamentación general del principio de confianza basada en la necesidad de garantizar un cierto grado de libertad individual ha sido desarrollada especialmente por FRISCH. Este autor parte de la idea de que la tipicidad de la conducta se basa en el carácter jurídicamente desaprobado del riesgo que puede llevar consigo. Todos los criterios utilizados para determinar el carácter desaprobado del riesgo se fundamentan, a su juicio, en una ponderación entre el valor positivo que tiene la conducta peligrosa del sujeto en cuanto manifestación de su libertad y la conservación o protección de los bienes jurídicos³⁰². Sostiene FRISCH, sin embargo, que para que la conducta llegue a ser típica no basta con que la ponderación se resuelva a favor del interés relativo a la conservación de los bienes jurídicos, pues hay que tener también en cuenta que la imposición de una

³⁰⁰ ROXIN, *FS-Tröndle*, pp. 186-187; IDEM, *AT*³, 24/27; KRÜPELMANN, *FS-Lackner*, p. 299; R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 58; STRATENWERTH, *AT*⁴, 15/67.

³⁰¹ ROXIN, *FS-Tröndle*, pp. 186-187.

³⁰² *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 73-77. Considera, a este respecto, que en el plano de la tipicidad se trata de tomar en consideración el valor que tiene la conducta del sujeto como tal, pues los intereses a los que tal conducta puede servir forman parte más bien de la ponderación realizada en el plano de la antijuridicidad.

pena sólo está justificada cuando cumple con los principios de idoneidad, necesidad y razonabilidad (proporcionalidad)³⁰³. A partir de ahí, para profundizar en el análisis, FRISCH distingue, desde un punto de vista fenomenológico, tres clases de conductas peligrosas: las que atentan de manera inmediata contra el bien jurídico, las que dan lugar a una posterior actuación de la víctima y las que se encuentran mediadas por la conducta de un tercero³⁰⁴.

En los casos en los que intervine la víctima o un tercero, FRISCH considera que la ponderación puede realizarse, en primer lugar, tomando como referencia las normas que regulan la actividad y que establecen un esquema de coordinación a partir del cual los sujetos pueden orientar su actuación. Este esquema de coordinación no sólo es importante porque sirva de orientación, sino porque, además, materialmente, refleja una abstracta ponderación entre el interés que representa la libertad de actuación y el interés en la conservación de los bienes jurídicos. El sujeto que cumple con las normas de ese esquema de coordinación se mantiene, en principio, dentro del ámbito de libertad jurídicamente garantizado y no realiza, por tanto, una conducta jurídicamente desaprobada. Sólo en casos excepcionales en los que se advierte que la víctima o el tercero no pueden comportarse correctamente o en los que cabe contar con la conducta incorrecta de la víctima o del tercero por constituir un tipo de infracción especialmente frecuente, se ven alterados los términos de la ponderación inicial y se puede llegar a la conclusión de que la conducta del sujeto resulta jurídicamente desaprobada³⁰⁵.

Según FRISCH, son estas consideraciones las que se encuentran detrás del principio de confianza. Este principio se basa normalmente en la existencia de unas normas de coordinación que, a partir de consideraciones normativas relativas a la ponderación entre la libertad individual y la protección de los bienes jurídicos, permiten delimitar los ámbitos de responsabilidad de los diferentes intervinientes. El sujeto que cumple con las normas puede confiar porque actúa dentro de un

³⁰³ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 77-80.

³⁰⁴ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 86-89.

³⁰⁵ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 185-189.

ámbito de libertad o responsabilidad jurídicamente garantizado. En ese sentido, FRISCH entiende que es necesario aclarar que el principio de confianza no es el que justifica que la conducta no se encuentre jurídicamente desaprobada, porque, en realidad, no es más que una «descripción psicologizante» de las consecuencias a las que conduce la delimitación de ámbitos de responsabilidad resultante de esas consideraciones normativas³⁰⁶.

Lo mismo ocurre, según FRISCH, en los casos en los que no existen normas reguladoras de la actividad que establezcan un esquema de coordinación; lo importante, en última instancia, es la ponderación entre la libertad individual y la protección de los bienes jurídicos, así como la delimitación de ámbitos de responsabilidad que resulta de esa ponderación. La delimitación de ámbitos de responsabilidad le garantiza al sujeto un margen de libertad individual, al tiempo que permite reconocer a la víctima y a los terceros como personas responsables, otorgándoles un mayor espacio para su libre desarrollo personal. La razón por la que se reconoce, en definitiva, la posibilidad de confiar con carácter general es porque si existiera la obligación de cuidar de las conductas de los terceros, además de que se produciría una insostenible restricción de la libertad de actuación, se les negaría a la víctima y a los terceros su condición de personas con responsabilidad jurídica³⁰⁷. Así pues, la idea de fondo, basada en la ponderación de intereses y en la necesidad de garantizar un cierto margen de libertad individual, se vincula al *principio de autorresponsabilidad* para destacar la importancia que tiene reconocer a la víctima y a los terceros un propio ámbito de responsabilidad³⁰⁸.

Parecida es la propuesta de fundamentación que ofrece KUHLEN cuando aboga por una «ponderación de intereses ampliada»³⁰⁹. Según este autor, la fundamentación del principio de confianza no se encuentra en una ponderación entre el interés en permitir el ejercicio de una determinada actividad y el interés en

³⁰⁶ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 189-191 y 237-239.

³⁰⁷ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 181-184 y 240-241.

³⁰⁸ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 181-191 y 234-239.

³⁰⁹ *Produkthaftung*, p. 133. Cfr., en el mismo sentido, VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 213-214.

proteger los bienes jurídicos. Si así fuera, dado que este último interés siempre resulta preponderante, se tendría que exigir en todo caso un especial deber de cuidado hacia la conducta incorrecta de los terceros y se tendría que rechazar por completo la posibilidad de confiar³¹⁰. Por este motivo, KUHLEN considera necesario *ampliar* la ponderación para tener en cuenta la libertad de actuación del sujeto y la autorresponsabilidad de los terceros. En los ordenamientos jurídicos de carácter liberal, señala este autor, la libertad de actuación de los individuos es un valor positivo que puede condicionar en gran medida la ponderación, con independencia de que deba ser matizado o complementando mediante el valor que representa la solidaridad como valor propio del estado social. Por otra parte, el hecho de que los terceros sean responsables de su propia conducta permite afirmar que aunque no sea imposible reconocer una corresponsabilidad, sí se reduce de manera considerable el interés en que el sujeto adapte su actuación a la posible conducta incorrecta de los terceros. Así pues, más allá de la importancia que efectivamente tiene permitir la división del trabajo y favorecer el desarrollo de determinadas actividades, la ponderación de intereses debe tener en cuenta la libertad de actuación del sujeto y la autorresponsabilidad de los terceros³¹¹. Si se establecen limitaciones a esta posibilidad de confiar es porque hay circunstancias que, sobre todo en virtud de la idea de solidaridad, pueden suponer cambios en la ponderación. Así ocurre cuando existen determinados roles sociales que imponen un deber de controlar o proteger al tercero, cuando el tercero no es responsable o cuando hay motivos fundados para pensar que el tercero va a actuar incorrectamente. En estos casos, el interés de protección prima sobre la libertad de actuación de los terceros³¹². Según KUHLEN, debido a la necesidad que existe de establecer estas limitaciones es importante subrayar que la posibilidad de confiar, aunque tenga en cuenta la libertad de los individuos y la autorresponsabilidad de los terceros, se fundamenta en todo caso en una ponderación (fundamentación

³¹⁰ *Produkthaftung*, p. 132.

³¹¹ *Produkthaftung*, pp. 133-134.

³¹² *Produkthaftung*, pp. 133-134.

axiológica) y no en un principio general de autorresponsabilidad (fundamentación deontológica)³¹³.

4. El principio de confianza como aplicación del principio de autorresponsabilidad

De acuerdo con un importante sector de la doctrina, el principio de confianza, si bien supone ciertamente una limitación del deber de previsión o del deber de cuidado, no se deduce de la especial importancia que pueda tener esta limitación en comparación con la absoluta protección de los bienes jurídicos, sino que se fundamenta en la existencia de un principio general de autorresponsabilidad³¹⁴. Este principio, que se considera propio de cualquier ordenamiento jurídico que reconozca a los ciudadanos como seres libres y responsables, establece que, por regla general, los sujetos sólo son responsables de su propia conducta y no necesitan adaptar su comportamiento a las posibles conductas incorrectas de otros sujetos igualmente libres y responsables³¹⁵. Es un principio, en ese sentido, que parte de la necesidad de limitar el ámbito de responsabilidad del sujeto frente al ámbito de responsabilidad de los terceros³¹⁶. En relación con el principio de confianza, eso significa que la posibilidad de confiar se fundamenta, concretamente, en la posibilidad de limitar la responsabilidad del sujeto *ante la intervención de terceros responsables*³¹⁷.

³¹³ *Produkthaftung*, pp. 130-131.

³¹⁴ Cfr., fundamentalmente, STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, pp. 390-393; WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 310-314; JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 13-14; IDEM, *AT*², 7/51; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDCir*, 1981, p. 343; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, pp. 247-249; BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 138-139; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 6; RUDOLPHI, *SK*⁶, previo al § 1, n.m. 72; MURMANN, *Nebentäterschaft*, pp. 241-249; PAREDES CASTAÑÓN, en IDEM/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 158 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 200-202; HEIERLI, *Die Bedeutungs des Vertrauensprinzips*, p. 127; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 275; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 105-107; GEPPERT, *Jura*, 2001, p. 491; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*³, pp. 158-159.

³¹⁵ Cfr., por todos, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 1-6.

³¹⁶ Cfr., por todos, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 1.

³¹⁷ Esta especial importancia otorgada a la intervención de terceros responsables en comparación con cualquier otro fenómeno de carácter natural es la que se esgrime para diferenciar el principio de confianza de la figura del riesgo permitido y de la mera ponderación de intereses, pues ya no se trata simplemente de valorar el riesgo que puede generarse con la intervención de los terceros, sino de analizar la posibilidad de imputar lo sucedido a un tercer sujeto responsable. Cfr., en este

Uno de los primeros autores que ha intentado fundamentar el principio confianza centrando la atención en la responsabilidad de los terceros es STRATENWERTH, quien –al menos en un primer momento– rechaza expresamente la posibilidad de fundamentar este principio acudiendo a una simple ponderación de intereses³¹⁸. En su opinión, lo determinante es la delimitación del ámbito de responsabilidad que se produce a partir de la intervención de un tercero responsable. Señala, en este sentido, que la distinción que se realiza en los delitos dolosos entre autoría y participación pone de manifiesto la posibilidad de diferenciar entre un ámbito de responsabilidad primario que se corresponde con el dominio del hecho (autoría) y un ámbito de responsabilidad secundario o derivado que sólo alcanza a la relación de accesoriedad que se produce con la conducta de un tercer sujeto responsable que tiene el dominio del hecho (participación)³¹⁹. A partir de ahí, STRATENWERTH propone establecer una diferenciación equivalente en los delitos imprudentes identificando un ámbito de responsabilidad primario que se correspondería con la «dominabilidad» del hecho y un ámbito de responsabilidad derivado que abarcaría la relación con un tercer sujeto responsable que puede dominar el hecho³²⁰. Tanto en los delitos dolosos, como en los delitos imprudentes, esa diferenciación está justificada, según STRATENWERTH, porque la conducta del tercero responsable no obedece simplemente a leyes causales y no puede equipararse, por tanto, a cualquier otro elemento del curso lesivo³²¹. Desde el momento en el que interviene un tercero responsable que tiene la posibilidad de dominar el hecho, el primer sujeto deja de tener la responsabilidad primaria o inmediata por la producción del resultado lesivo y sólo puede llegar a tener alguna responsabilidad de carácter excepcional en la medida en que haya incumplido deberes de cuidado derivados o secundarios, tal y como

sentido, JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 13-14; IDEM, *AT*², 7/51; Cfr., también, STRATENWERTH, *AT*⁴, 15/65; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDPCr* n° ex. 1 (2000), pp. 105-106.

³¹⁸ *FS-Schmidt*, p. 387.

³¹⁹ *FS-Schmidt*, p. 390.

³²⁰ *FS-Schmidt*, pp. 390-391.

³²¹ *FS-Schmidt*, p. 391.

ocurre en los delitos dolosos cuando se trata de fundamentar la responsabilidad a título de partícipe³²².

En relación con el principio de confianza, STRATENWERTH sostiene que la posibilidad de confiar se basa en la expectativa de que los terceros, en tanto que son considerados sujetos responsables sometidos a las exigencias del ordenamiento jurídico, actuarán de acuerdo con su responsabilidad y cumplirán con sus respectivos deberes de cuidado³²³. El sujeto que se ve amparado por el principio de confianza ve limitado de esta forma su ámbito de responsabilidad primario y sólo puede resultar responsable si infringe los deberes de cuidado derivados o secundarios que surgen cuando esa expectativa se ve debilitada. Así sucede cuando el riesgo ya ha aparecido como consecuencia de una conducta incorrecta del tercero, cuando se aprecia un descuido o cualquier otra circunstancia que haga temer una conducta incorrecta del tercero y cuando se provoca de alguna manera la lesión deber de cuidado por parte del tercero³²⁴.

Estas consideraciones de STRATENWERTH se producen en un momento en el que una parte de la doctrina alemana procura retomar la tradicional teoría de la prohibición de regreso no ya para interrumpir la relación de causalidad, sino para excluir la imputación objetiva del resultado o explicar la diferenciación entre autoría y participación³²⁵. Mientras que algunos autores vinculan esta teoría con el aspecto de la dominabilidad como aspecto central del juicio de imputación objetiva³²⁶, otros empiezan a relacionarla con la idea de la autorresponsabilidad de los terceros, afirmando que la responsabilidad del tercero limita la responsabilidad del primer interviniente³²⁷. Se explica, en este sentido, que por lo general, salvo en casos excepcionales, aquello que forma parte de la competencia o del ámbito de

³²² FS-Schmidt, pp. 391-392.

³²³ FS-Schmidt, pp. 392-393.

³²⁴ FS-Schmidt, p. 392.

³²⁵ Cfr., con más detalle, la exposición hecha *infra* cap. 3, ap. I.2.1 y II.1.2.

³²⁶ OTTO, FS-Maurach, pp. 96 y ss.

³²⁷ WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 285-301.

responsabilidad de un tercero no es responsabilidad del primer su sujeto, pues se debe partir de que el sujeto sólo es responsable de su propia conducta y sólo debe cuidar de no lesionar él mismo los bienes jurídicos ajenos, sin tener la necesidad de evitar que otros lo hagan³²⁸. A partir de ahí, siguiendo planteamientos parecidos a los de STRATENWERTH, se destaca la relación entre este principio de autorresponsabilidad y el principio de confianza, manifestando que la posibilidad de confiar se deduce de la delimitación de ámbitos de responsabilidad que se produce frente a los terceros, tanto en el ámbito del tráfico viario, como en otras muchas actividades de la vida diaria en las que existe una división del trabajo, como, por ejemplo, en la actividad médica³²⁹.

Uno de los principales representantes de esta tesis que pretende fundamentar el principio de confianza en el principio de autorresponsabilidad y en la delimitación de ámbitos de responsabilidad es SCHUMANN. Según este autor, el principio de autorresponsabilidad es un principio general del ordenamiento jurídico que se deriva del reconocimiento de los individuos como seres libres y responsables a los que se les impone unos determinados deberes de cuidado³³⁰. En la medida en que el ordenamiento jurídico atribuye a los sujetos un ámbito propio de responsabilidad, realiza una delimitación de ámbitos de responsabilidad que resulta fundamental para determinar el deber de cuidado de un sujeto ante la intervención de los terceros³³¹. Esa delimitación de ámbitos de responsabilidad supone que, con respecto a la genérica prohibición *neminem laede*, el ámbito de responsabilidad del sujeto debe considerarse limitado a su propia actuación, abarcando la actuación de los terceros solamente en situaciones especiales³³². El principio de confianza, desde este punto de vista, no sería más que la manifestación de esa delimitación de ámbitos de responsabilidad que resulta del principio de autorresponsabilidad. Si se negara la posibilidad de confiar, dice

³²⁸ LENCKNER, *FS-Engisch*, pp. 507-508; IDEM, *S/S*²⁶, previo a los §§ 13 y ss., nn. mm 100-101a.

³²⁹ WELP, *Voranganges Tun*, pp. 310-315; JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 29-30.

³³⁰ *Selbstverantwortung*, pp. 1 y 5.

³³¹ *Selbstverantwortung*, p. 1.

³³² *Selbstverantwortung*, p. 6.

SCHUMANN, no sólo se incurriría en una contradicción, sino que además se anularía prácticamente la libertad de actuación³³³. En su opinión, esta fundamentación del principio de confianza resulta más satisfactoria que la que parte de una ponderación de intereses porque apelando simplemente a la fluidez del tráfico viario o a la especial importancia que tienen determinadas actividades con división de trabajo no se justifica el reconocimiento de la posibilidad de confiar en ciertos supuestos en los que no se satisfacen esos intereses preponderantes³³⁴.

SCHUMANN reconoce que esta tesis basada en la delimitación de ámbitos de responsabilidad coincide sustancialmente con las teorías de la interrupción del nexo causal y de la prohibición de regreso en tanto que toma como referencia la responsabilidad de los terceros para limitar o excluir la responsabilidad del sujeto, pero subraya también las diferencias que presenta en cuanto a su fundamentación y ubicación sistemática. En lo que se refiere a su *fundamentación*, explica que esta tesis no parte del indeterminismo o de la imposibilidad de dominar el curso lesivo mediado por la conducta de un tercero, sino de la existencia de una delimitación de ámbitos de responsabilidad. Con respecto a la *ubicación sistemática*, señala que ya no se trata de excluir la relación causal con el resultado, sino de analizar el desvalor de la acción desde los postulados de una concepción personal del injusto³³⁵.

Después de explicar el significado del principio de autorresponsabilidad, SCHUMANN expone las consecuencias que pueden extraerse de este principio en relación tanto con la aplicación del principio de confianza, como con la distinción entre autoría y participación. En primer lugar, señala que las limitaciones con las que cuenta la posibilidad de confiar se derivan, principalmente, de la existencia de circunstancias que hacen pensar que el tercero no está en condiciones de actuar responsablemente –no resultando suficiente, por el contrario, la mera probabilidad

³³³ *Selbstverantwortung*, pp. 5-6.

³³⁴ *Selbstverantwortung*, pp. 10-12 y 19-20.

³³⁵ *Selbstverantwortung*, pp. 2-4.

estadística de que el tercero cometa una determinada infracción³³⁶. Si nada permite poner en duda la actuación responsable del tercero, la posibilidad de confiar sólo se ve limitada si el sujeto tiene *especiales* deberes de cuidado³³⁷. En segundo lugar, analiza el tema de la autoría y la participación tomando como referencia el principio de autorresponsabilidad y criticando algunos de los planteamientos de la doctrina alemana dominante vinculados a la *teoría del dominio del hecho*. Considera, a este respecto, que la distinción entre autoría y participación no obedece al hecho de que se produzca el resultado con o sin dominio del hecho, sino que depende de la aplicación del principio de autorresponsabilidad: si interviene un tercero responsable se considera que, en virtud del principio de autorresponsabilidad, el sujeto sólo puede ser responsable – o corresponsable – por motivos *especiales* (al ostentar deberes especiales de cuidado) o sólo puede ser responsable a título de partícipe por motivos igualmente *especiales* (al solidarizarse con el injusto del tercero)³³⁸. En relación con la autoría, por tanto, se producen diferencias con las tesis vinculadas al dominio del hecho, porque cuando interviene un tercero lo decisivo no es si el sujeto de atrás tiene la capacidad de dominar o dirigir la producción del resultado, sino si el sujeto de atrás limita la posibilidad del tercero de actuar de manera libre y responsable (autoría mediata), o si el tercero carece de capacidad de responsabilidad y su conducta puede equipararse a un fenómeno de carácter natural (autoría inmediata)³³⁹. Si el tercero es responsable, el primer sujeto sólo puede ser autor con carácter excepcional en la medida en que tenga un especial deber de cuidado para descargar al tercero de su deber o para informarle de manera adecuada sobre la forma de actuar, tal y como se refleja en las limitaciones con las que cuenta la posibilidad de confiar³⁴⁰. Sostiene SCHUMANN, en este sentido, que en el delito imprudente también debe mantenerse un concepto restrictivo de autor y reconocerse que, por regla general, el sujeto sólo responde

³³⁶ *Selbstverantwortung*, pp. 12-18.

³³⁷ *Selbstverantwortung*, pp. 21 y ss.

³³⁸ *Selbstverantwortung*, pp. 42 y ss.

³³⁹ *Selbstverantwortung*, pp. 73-80 y 103-107.

³⁴⁰ *Selbstverantwortung*, pp. 107-108.

de su propia conducta y no de la conducta del tercero, de manera que ante la intervención de un tercero el sujeto sólo es responsable con carácter excepcional³⁴¹. En relación con la participación, por otra parte, las diferencias que se presentan frente a la teoría del dominio del hecho se refieren a la mayor tendencia restrictiva que muestra la tesis que parte del principio de autorresponsabilidad, acentuando el carácter excepcional de la responsabilidad del partícipe³⁴². Según SCHUMANN, para extender la punición a los partícipes no basta con constatar que el sujeto contribuye a la producción del resultado y carece del dominio del hecho. La participación no se define simplemente de manera negativa, sino que cuenta con su propia fundamentación, una fundamentación que tiene igualmente carácter excepcional y que se encuentra, concretamente, en el hecho de *solidarizarse* con el injusto del autor³⁴³.

Son varias las críticas que se le han hecho a las tesis de STRATENWERTH y SCHUMANN, así como en general a las propuestas de fundamentación del principio de confianza basadas en el principio de autorresponsabilidad. La *primera* de estas críticas se dirige contra el propio significado que se le concede al principio de autorresponsabilidad y se refiere a lo poco fundamentada que se encuentra la afirmación de que el sujeto no es responsable de lo que hagan los terceros. Se indica, en este sentido, que del hecho de que los terceros sean considerados personas libres y responsables a las que se les imponen determinados deberes de cuidado no se deduce necesariamente que no se pueda ser responsable de lo que hacen los terceros³⁴⁴. En realidad, se dice, nada obliga a reconocer una «responsabilidad única»³⁴⁵. Si se considera que el ordenamiento jurídico no parte de una concepción individualista de la sociedad y se comprende la vinculación que existe entre los individuos por ser miembros de una comunidad, deberá

³⁴¹ *Selbstverantwortung*, pp. 108-113.

³⁴² *Selbstverantwortung*, pp. 42-43.

³⁴³ *Selbstverantwortung*, pp. 47-51.

³⁴⁴ MEURER, *NJW*, 1987, p. 2424; FRISCH, *JZ*, 1988, p. 655; KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 130-131; PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, p. 15; SCHROEDER, *LK*¹¹, § 16, n. m. 172; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 163.

³⁴⁵ KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 131.

aceptarse la posibilidad de exigir a un sujeto que preste atención a la conducta de los terceros³⁴⁶. Frente a la concepción individualista de carácter liberal se puede oponer la solidaridad propia de un Estado social³⁴⁷, de manera que no cabe afirmar con tal rotundidad que el sujeto no es responsable de las conductas incorrectas que realicen los terceros³⁴⁸. Ello, además, no conseguiría explicar por qué se castiga la participación en el delito cometido por el autor³⁴⁹. Por otra parte, si de lo que se trata es de partir de una concepción personal del injusto para destacar que nadie puede ser hecho responsable de lo que haga una tercera persona, se incurre en una obviedad³⁵⁰. El problema es precisamente saber hasta qué punto el sujeto, dentro de su propio ámbito de responsabilidad, tiene el deber de cuidar de la posible conducta incorrecta de un tercero³⁵¹. Si se deduce el principio de confianza de esta afirmación, es porque se pretende, en realidad, establecer una estricta delimitación de los ámbitos de responsabilidad, y eso no siempre resulta justificado³⁵². La *segunda* crítica tiene que ver con las consecuencias que se producen sobre la aplicación del principio de confianza. Se dice, a este respecto, que si la posibilidad de confiar se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad deja de tener sentido la limitación más importante que generalmente se le reconoce a esa posibilidad de confiar. Si lo importante es que el tercero sea responsable y tenga definido un propio ámbito de responsabilidad, no se entiende por qué habría de excluirse la posibilidad de confiar cuando resulta

³⁴⁶ BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 62-63;

³⁴⁷ KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 133.

³⁴⁸ Cfr. WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 80-82. Sostiene esta autora que aunque se tome como punto de partida el principio de autorresponsabilidad, se debe tener en cuenta la vinculación del individuo con la comunidad y reconocer, por tanto, que la idea de que el sujeto no es responsable de lo que hagan los demás sólo vale como *regla general*, pudiendo contar con excepciones en cada caso concreto; lo que, a su juicio, demuestra la superioridad de la teoría de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad frente a la rigidez propia de la tradicional teoría de la prohibición de regreso.

³⁴⁹ Lo destacan, por ejemplo, MEURER, *NJW*, 1987, p. 2424; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 213, n. 218; ZACZYK, *Selbstverantwortung des Verletzten*, p. 13.

³⁵⁰ HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, p. 158.

³⁵¹ MEURER, *NJW*, 1987, p. 2425.

³⁵² HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 158-159.

evidente o especialmente previsible que el tercero, aun actuando dentro de su ámbito de responsabilidad, se va a comportar incorrectamente³⁵³. Cuando los autores que parten del principio de autorresponsabilidad admiten esta importante limitación del principio de confianza parecen obviar que tal limitación nada tiene que ver con la responsabilidad de los terceros³⁵⁴. La *tercera* crítica parte, sobre todo, de los defensores de la teoría del dominio del hecho y se centra en el paralelismo que las tesis de STRATENWERTH o SCHUMANN establecen con la distinción entre autoría y participación. Se niega que el principio de autorresponsabilidad se encuentre detrás de esta distinción porque la intervención de un tercero responsable no impide que el sujeto de atrás tenga que responder a título de autor. La autoría no puede fundamentarse de manera negativa en atención a la no intervención de un tercero responsable, sino que ha de contar con su propia fundamentación. Lo importante es que el sujeto tenga o no el dominio del hecho, y ello no se ve condicionado por la intervención de un tercero³⁵⁵. Igualmente, en el delito imprudente la responsabilidad del sujeto no resulta afectada por la responsabilidad del tercero; se trata de delimitar ámbitos de responsabilidad o competencia independientes, pero no necesariamente excluyentes³⁵⁶. Se insiste, por ello, en que en el delito imprudente no tiene sentido realizar una comparación con la distinción que se establece en el delito doloso entre autoría y participación: en el delito imprudente el ámbito de responsabilidad se determina solamente a partir de los diferentes deberes de cuidado³⁵⁷.

³⁵³ R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 101; KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 131; PETER, *Arbeitsteilung im Kankenhaus*, p. 16; STRATENWERTH, *AT*⁴, 15/67; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 159-160.

³⁵⁴ KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 131.

³⁵⁵ R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, pp. 97-109.

³⁵⁶ R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*, p. 109.

³⁵⁷ RUDOLPHI, *SK*⁶, previo al § 1, n.m. 72; KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung*, p. 166 ; WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen*, pp. 32-38; UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 38-44 ; HANNES, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 180-183.

5. Valoración

Conforme a lo visto en esta exposición, parece difícil identificar una teoría que, por sí misma, resulte adecuada para fundamentar el principio de confianza. Podría pensarse que, en mayor o menor medida, todas encuentran problemas para justificar de manera coherente los diferentes presupuestos de aplicación que generalmente se le reconocen a este principio.

Con respecto a la *teoría del premio*, puede observarse cómo, al intentar fundamentar la posibilidad de confiar destacando la necesidad de fomentar la disciplina o de respetar las ideas de justicia e igualdad, corre el riesgo de incurrir en un círculo vicioso: presupone la previa realización de una conducta correcta sin tener en cuenta que el principio de confianza pretende servir precisamente para determinar cuándo la conducta es o no correcta. Por otra parte, si esta teoría lo que exige, simplemente, es la realización de una conducta reglamentaria o acorde con una determinada norma, se muestra incapaz de explicar por qué hay casos en los que se cumple con la norma pero sigue existiendo el deber de evitar determinadas conductas incorrectas de los terceros (por ejemplo, cuando el conductor que circula respetando el límite de velocidad advierte que un peatón se va a introducir incorrectamente en la calzada) o por qué hay casos en los que no se cumple con la norma pero se excluye la imputación del resultado o se exime de responsabilidad con motivo de la conducta incorrecta del tercero (por ejemplo, cuando el conductor que circula sin haber renovado su carné de conducir colisiona con un ciclista que no ha respetado la señal de *stop*).

Si se fundamenta el principio de confianza en lo *imprevisible* que resulta el comportamiento incorrecto de los terceros con carácter general, los problemas se producen porque se parte directamente de una afirmación que resulta bastante cuestionable. La propia experiencia demuestra que los terceros muy frecuentemente actúan sin respetar siquiera las normas más elementales. Parece necesario reconocer, más bien, que de la misma forma que se permite la realización de conductas peligrosas, se puede llegar también a permitir ciertas conductas a pesar de lo previsible que pueda resultar la conducta incorrecta de los terceros.

En cuanto a las tesis que parten de la necesidad de garantizar el *sentido* y la *finalidad* de las normas, se ha visto que lo que pretenden, principalmente, es destacar la importancia que tienen las normas para orientar la conducta del sujeto haciendo predecible la conducta de los terceros. El problema, en este caso, es justificar las limitaciones que se establecen a la posibilidad de confiar con independencia de la validez de tales normas. Podría decirse que si es evidente que el tercero, por las razones que sea, va a incumplir la norma, es lógico que se limite la posibilidad de confiar porque la orientación normativa deja de tener sentido, pero, en realidad, eso supone reconocer que la orientación normativa no es completamente contrafáctica y que, por tanto, la confianza puede depender de otras consideraciones. Por otra parte, con ello sólo se explicarían las limitaciones que se producen cuando el tercero ya se ha comportado incorrectamente o está a punto de hacerlo, pero no aquellas limitaciones que se basan en la titularidad de deberes de cuidado con respecto a la conducta del tercero o incluso en la existencia de ciertas circunstancias especiales que hacen pensar que el tercero actuará de manera incorrecta. Si alguien deja el cuidado de sus hijos a una persona de la que ha oído decir que es alcohólica o excesivamente violenta, o si un conductor circula por una zona en la que sabe que los peatones acostumbran a cruzar incorrectamente, es posible que se tenga que limitar la posibilidad de confiar a pesar de la orientación que todavía puede ofrecer la norma. La cuestión, en definitiva, es determinar cuándo el aspecto fáctico es más decisivo que el aspecto contrafáctico o normativo, y para ello no basta con apelar a la capacidad orientadora de la norma.

La propuesta de fundamentación que se basa en la *ponderación de intereses* también presenta algunos problemas. Como se ha visto, con respecto a las tesis que destacan la necesidad de permitir el desarrollo de determinadas actividades socialmente valoradas, se puede afirmar que ello no consigue explicar por qué hay casos en los que el ejercicio de la actividad no resulta socialmente valorado y, sin embargo, parece adecuado reconocer la posibilidad de confiar. Incluso se puede criticar esta propuesta con carácter general indicando que esa necesidad de favorecer el desarrollo de ciertas actividades en ningún caso puede resultar preponderante frente al interés de la protección o la conservación de

bienes jurídicos como la vida o la integridad de las personas. Igualmente, con respecto a las tesis que parten de la necesidad de garantizar un cierto ámbito de libertad individual, se podrían hacer las mismas críticas si no se justifica por qué ese interés es capaz por sí mismo de condicionar la ponderación hasta el punto de permitir el reconocimiento de una posibilidad general de confiar en la conducta correcta de los terceros. En realidad, con estas consideraciones basadas en una ponderación de intereses semejante a la que se realiza en el contexto del riesgo permitido resulta difícil fundamentar el principio de confianza, pues no se identifica ningún aspecto concreto que pueda resolver *a priori* la ponderación en uno u otro sentido. Eso es, precisamente, lo que se refleja cuando, apelando simplemente a la necesidad de establecer una justa distribución del riesgo, se llega a manifestar que no existe propiamente un principio de confianza, sino sólo una puntual protección de la confianza. Ciertamente, partiendo de una ponderación de intereses presentada en los mismos términos que la figura del riesgo permitido, no se puede llegar a reconocer con carácter general la posibilidad de confiar, como tampoco se puede reconocer con carácter general un riesgo permitido en atención a la posible actuación incorrecta de los terceros. Ello hace pensar que la fundamentación del principio de confianza sólo es posible si en el marco de la ponderación de intereses se destaca algún aspecto especialmente importante relacionado precisamente con la intervención de los terceros; asumiendo, de esta forma, la necesidad de diferenciar la conducta de los terceros del resto de fenómenos que pueden condicionar el curso lesivo.

Si no se parte de una ponderación de intereses, sino de un principio general de *autorresponsabilidad* relacionado directamente con la conducta de los terceros, resulta ciertamente más fácil justificar el reconocimiento de la posibilidad de confiar y la limitación del deber de previsión o del deber de cuidado que se deriva de dicha posibilidad. El problema, sin embargo, es que de este modo se corre el riesgo de incurrir en una petición de principio, pues podría pensarse que con la remisión al principio de autorresponsabilidad la cuestión de la fundamentación no se resuelve, sino que se presupone. Por esa razón, muchas de las críticas que se dirigen contra esta teoría se refieren a la escasa fundamentación con la que cuenta el principio de autorresponsabilidad. No queda del todo claro, efectivamente, por qué el ámbito de responsabilidad de los terceros ha de suponer necesariamente

una delimitación negativa del propio ámbito de responsabilidad. Esa falta de claridad en la fundamentación se traduce en su incapacidad para explicar las limitaciones que se establecen a la posibilidad de confiar con independencia de que el tercero actúe dentro de su ámbito de responsabilidad. Da la impresión de que esas limitaciones sólo pueden entenderse teniendo en cuenta otras razones distintas a la existencia de un principio de autorresponsabilidad. Aun cuando se reconozca que el principio de autorresponsabilidad únicamente establece una regla general y puede contar, por tanto, con diferentes limitaciones o excepciones, no queda claro si tales limitaciones están relacionadas con la idea que se encuentra detrás de ese principio de autorresponsabilidad concebido como modelo de regla/excepción o si responden realmente a otra serie de consideraciones.

Estos problemas se resuelven en parte mediante las propuestas *eclécticas* que, aun partiendo de una ponderación de intereses, conceden especial importancia a la autorresponsabilidad de los terceros. Estas propuestas, efectivamente, tienen el mérito de evitar los inconvenientes que presentan por separado las tesis que se basan en la ponderación de intereses y las tesis que se centran en el principio de autorresponsabilidad. No sólo consiguen identificar un aspecto relacionado con los terceros que es capaz de condicionar la ponderación con carácter general, sino que además permiten explicar las limitaciones que se le reconocen normalmente al principio de confianza remitiéndose en última instancia a una ponderación de intereses. De este modo, sin embargo, la fundamentación se mantiene en un plano excesivamente abstracto y no se indica con suficiente claridad cuál es la razón por la que en el marco de esa ponderación puede resultar o no determinante la autorresponsabilidad de los terceros. Dado que toda limitación de la posibilidad de confiar puede justificarse por medio de una ponderación de intereses, se corre el riesgo nuevamente de relativizar la existencia de un principio de confianza que permita reconocer esa posibilidad de confiar con carácter general. Para comprender el verdadero alcance del principio de confianza resulta necesario, por tanto, analizar con mayor detenimiento cuál es el significado del principio de autorresponsabilidad y cuál es el papel que este principio puede desempeñar en el momento de llevar a cabo la ponderación de intereses.

CAPÍTULO 3

EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD

El principio de confianza se ha ido configurando como un instrumento dogmático específicamente destinado a limitar la responsabilidad de un sujeto cuando una tercera persona contribuye a la producción del resultado lesivo. Aparentemente, por tanto, se trata de un principio que parte de la idea de que es posible limitar la responsabilidad de un sujeto tomando como referencia precisamente la intervención de una tercera persona. En este sentido, parece lógico pensar que para fundamentar correctamente el principio de confianza, lo importante es intentar averiguar qué es lo que, en su caso, permite establecer esa particular limitación de la responsabilidad.

A este respecto, puede resultar ilustrativo realizar un estudio de carácter histórico sobre la forma en la que tradicionalmente se ha procurado limitar la responsabilidad del sujeto en los casos en los que una tercera persona contribuye a la producción del resultado lesivo (*infra* I). En ese estudio se tendrá la oportunidad de apreciar una cierta tendencia a considerar que tal limitación de la responsabilidad se produce porque la relación entre la conducta del sujeto y el resultado lesivo puede verse interrumpida cuando media la conducta libre y responsable de un tercero o de la propia víctima. Para justificar esa interrupción de la relación entre la conducta y el resultado se alude frecuentemente a la existencia de un *principio de autorresponsabilidad*, conforme al cual cada sujeto es responsable de su propia conducta y no de la conducta de los demás (*infra* II.1). A partir de ahí, se observa, sin embargo, una gran ambigüedad con respecto al contenido y alcance de ese principio de autorresponsabilidad, pues además de que existen muy diferentes interpretaciones del mismo, se reconocen numerosas excepciones que no parecen derivarse de su formulación original (*infra* II.2). Por

esa razón, para saber si este principio puede justificar una limitación de la responsabilidad basada en la intervención de los terceros –y, en esa medida, servir de fundamento al principio de confianza–, resulta necesario indagar algo más en su verdadero significado (*infra* II.3).

I. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ANTE LA INTERVENCIÓN DE LOS TERCEROS: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. Intervención de los terceros y relación de causalidad

En un primer momento, la especial importancia del comportamiento de los terceros se puso de manifiesto en el análisis de la relación causal entre la conducta del sujeto y el resultado lesivo. Prácticamente desde el mismo momento en que se empezaron a tratar los problemas relativos a la causalidad, se reconoció la posibilidad de negar la causalidad en aquellos casos en los que después de la conducta del sujeto interviene la víctima o un tercero.

1.1. La doctrina de la «lethalitas vulneris» y las primeras consideraciones sobre el problema causal

Hasta principios del siglo XIX, los problemas derivados de la relación entre la conducta y el resultado se estudiaban en el ámbito del delito de homicidio y se referían, principalmente, a las causas intermedias que aparecen una vez que el sujeto ya ha realizado una primera agresión; es decir, cuando se hace necesario saber si la muerte se produce por la primera agresión o por causas posteriores. La doctrina de la letalidad (o de la *lethalitas vulneris*), predominante hasta finales del siglo XVIII, ofrecía a este respecto un criterio eminentemente científico que, apoyándose en informes médicos, hacía depender la solución de que la lesión o herida inicial fuera absolutamente letal (*vulnus absolute letale*) o resultase insuficiente por sí misma y requiriese la concurrencia de otras circunstancias para llegar a producir la muerte (*vulnus per accidens letale*): en principio, sólo si la lesión era absolutamente letal se reconocía su relación con el resultado¹.

¹ Sobre la evolución histórica del tratamiento otorgado a los problemas causales y en particular sobre la doctrina de la letalidad, cfr., principalmente, HUERTA FERRER, *La relación de causalidad*,

Aplicando este criterio de manera consecuente, podía resultar irrelevante que tras la agresión inicial hubiera mediado la conducta de la víctima o de un tercero, pero su excesiva vaguedad obligaba a introducir otros criterios complementarios. Así, a menudo, aun partiendo del criterio de la letalidad, se reconocía la necesidad de valorar los factores que en cada caso contribuyen a la producción del resultado y se admitía la posibilidad de negar la relación causal cuando tales factores son claramente independientes de la agresión inicial, muy especialmente cuando son consecuencia de la intervención de la víctima o de un tercero². Esa fue la práctica que se acabó imponiendo en los últimos años del siglo XVIII, cuando empezó a abandonarse el criterio de la letalidad para centrar definitivamente la atención en la relación de dependencia entre la agresión inicial y los acontecimientos posteriores. También en aquellos años, la intervención de la víctima o de terceras personas solía verse como un factor condicionante del resultado que es independiente de la conducta del sujeto y que, por tanto, puede excluir la relación de causalidad³.

Al mismo tiempo, la influencia que durante todo el siglo XVIII habían ejercido iusnaturalistas como PUFENDORF llevaba a pensar que lo importante no es tanto que la agresión tenga o no carácter letal, como que el resultado lesivo esté relacionado con la conducta del sujeto y pueda verse como expresión de su voluntad. Poco a poco, la relación entre la conducta y el resultado se empezaba a analizar desde el punto de vista de la teoría de la *imputación*⁴, poniéndose de

pp. 32 y ss. Hacen referencia también a esta doctrina en relación con el problema de la mediación de los terceros NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), p. 434; DIEL, *Regreßverbot*, pp. 33-34; LING, *Unterbrechung*, pp. 140-142.

² Llamam la atención sobre ello HUERTA FERRER, *La relación de causalidad*, pp. 35-39 y 57-58; DIEL, *Regreßverbot*, pp. 35-38.

³ Cfr., a este respecto, POMP, *Unterbrechung*, pp. 22-24, criticando la falta de claridad y fundamento con la que, no obstante, trataban todavía estos temas los autores de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Cfr., también, DIEL, *Regreßverbot*, pp. 38-62.

⁴ Sobre la teoría de la imputación de Pufendorf y sus antecedentes históricos en Aristóteles, cfr., RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva*, pp. 66-73.

relieve la tensión existente entre la necesidad y la libertad, es decir, entre la causalidad física o natural y la causalidad de la libre voluntad⁵.

1.2. *La teoría de la imputación de HEGEL*

El deseo de hacer responsable al sujeto únicamente de lo que es obra de su voluntad se hizo más evidente a mediados del siglo XIX gracias a la influencia de HEGEL, quien, al igual que PUFENDORF, desarrolló una teoría de la imputación basada en la libre voluntad⁶. Según HEGEL, la causalidad natural debe diferenciarse de la causalidad de la libre voluntad porque sólo esta última es verdadera causalidad⁷. A su juicio, en la naturaleza, en principio, sólo hay necesidad y casualidad, pero el individuo, aun siendo parte de la naturaleza, se caracteriza sobre todo por su libertad, por su capacidad de autodeterminación. Su actuación, por tanto, no puede verse como un elemento más de la naturaleza, pues viene marcada precisamente por su capacidad de dominar los cursos causales naturales y someterlos a su finalidad. La libertad y la finalidad del individuo son las que permiten que las causas y efectos que aparecen en la naturaleza de manera separada e independiente puedan llegar a formar una unidad⁸. Por eso, la verdadera relación de causalidad ha de buscarse en la relación teleológica que se produce entre la libre voluntad del sujeto y los elementos del acontecer exterior⁹.

⁵ Cfr., LING, *Unterbrechung*, pp. 178-180. A partir del concepto de imputación se empezaba, además, a desarrollar una teoría general de la acción que, en última instancia, iba a permitir estudiar la relación de causalidad desde una perspectiva más amplia, no tan limitada al delito de homicidio. Cfr., en este sentido, v. BUBNOFF, *Entwicklung*, pp. 22 y ss., en especial, pp. 27 y 35; HUERTA FERRER, *La relación de causalidad*, pp. 61-72.

⁶ Sobre la relación entre ambas teorías de la imputación, cfr. BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 78-79 y 137; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, pp. 76 y ss. y 152-154; HRUSCHKA, *ZStW* 110 (1998), pp. 582-583; RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva*, pp. 73-78.

⁷ Cfr. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 34 y ss.

⁸ Cfr., con más detalle, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 14-34 y 42-44; v. BUBNOFF, *Entwicklung*, pp. 37-45, quienes explican que ello engarza con las tesis del idealismo alemán y, en concreto, con las consideraciones de Kant relativas a la oposición entre libertad y causalidad natural. La libertad se concibe no como algo empírico o psicológico, sino como idea trascendental que da fundamento a la imputación porque permite al individuo ser parte de la totalidad incondicionada de la razón estableciendo una unidad entre la voluntad subjetiva y la objetiva.

⁹ Cfr. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 44 y 49-50. Debido a su relación con la voluntad, la nueva realidad no es sólo una realidad natural, sino sobre todo una realidad moral o espiritual. Se incide así en la distinción establecida por Pufendorf entre los *entia physica* y los *entia moralia*. Cfr., sobre ello, v. BUBNOFF, *Entwicklung*, p. 46; HRUSCHKA, *ZStW* 110 (1998), pp. 582-584; RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva*, pp. 71-73.

La causalidad de la libre voluntad se corresponde así con la idea de *imputación* y sirve para diferenciar lo que es obra del sujeto y lo que simplemente es resultado de la casualidad o de la necesidad: sólo lo que queda abarcado por la finalidad del individuo forma parte realmente de su acción y puede serle imputado como propio¹⁰.

A partir de tales consideraciones, los penalistas de la llamada «escuela hegeliana» presentaron la relación de causalidad como una relación no ya entre la acción y el resultado, sino entre la voluntad y el hecho, como una relación basada en la imputación que se encuentra implícita en el propio concepto de acción¹¹. Según estos autores, la relación externa u objetiva entre la acción y el resultado necesariamente debe complementarse con una relación subjetiva entre la voluntad del sujeto y el acontecer exterior¹². Si no se produce esa relación subjetiva y el resultado no es abarcado por la voluntad del sujeto, no existe causalidad ni imputación, sino sólo casualidad¹³. En ocasiones, llegaban a decir estos autores que cuando en la producción de un determinado resultado intervienen factores ajenos a la voluntad del sujeto, se «interrumpe» la relación de causalidad¹⁴. Consideraban, no obstante, que la intervención de los terceros, por sí misma, no es razón suficiente para excluir esa relación causal con el resultado, pues el sujeto puede realizar su voluntad no sólo por medio de fuerzas naturales, sino también a través de otros sujetos igualmente libres¹⁵. El criterio decisivo para establecer la relación con el resultado lo constituye solamente la voluntad del sujeto, que es la que sirve, además, para diferenciar entre autores y partícipes: como regla general,

¹⁰ Cfr. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 42-44 y 50; v. BUBNOFF, *Entwicklung*, p. 45.

¹¹ Cfr., por ejemplo, BERNER, *Teilnahme*, p. 180. Con más detalle, sobre la concepción de la causalidad mantenida por estos autores, cfr., DIEL, *Regreßverbot*, pp. 66-74; LING, *Unterbrechung*, pp. 178-180; RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva*, pp. 76-78.

¹² Más concretamente, esta relación subjetiva se entiende como una consciente negación del Derecho, de modo que incluye también el elemento de la culpabilidad. Dentro del concepto de imputación se tratan así conjuntamente la imputación al hecho (*imputatio facti*) y la imputación a la culpabilidad (*imputatio iuris*). Cfr., con más detalle, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 68-69; v. BUBNOFF, *Entwicklung*, pp. 52 y ss., en especial, pp. 54 y 61; RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva*, pp. 76-78.

¹³ BERNER, *Teilnahme*, p. 181.

¹⁴ BERNER, *Teilnahme*, p. 205.

¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, p. 155.

si el sujeto tiene la voluntad de realizar el hecho como propio es *autor* y si pretende cumplir con el propósito de un tercero es *partícipe*¹⁶.

Al margen de la escuela hegeliana, uno de los autores que, por aquella misma época, prestó mayor atención al problema causal fue LUDEN. Este autor partía igualmente del concepto de imputación y de la necesidad de tomar como referencia la voluntad del individuo para diferenciar lo que es obra suya y lo que es resultado de la necesidad o de la casualidad. Para ello, sin embargo, a diferencia de los autores que integraban la escuela hegeliana, se basaba en una idea de causalidad en la que, en principio, quedaba fuera la dirección de la voluntad. En su caso, la causalidad venía a ser, simplemente, una forma de establecer la relación entre la conducta y el resultado con la que se conseguía delimitar la acción del individuo como objeto que debe someterse a un posterior juicio de antijuridicidad y culpabilidad¹⁷.

Para lograr una diferenciación con la casualidad e identificar lo que es obra del individuo, LUDEN introducía, no obstante, ciertos criterios limitadores. De entrada afirmaba que sólo hay verdadera causalidad cuando el sujeto ha conocido las consecuencias de su actuación o cuando, aun no habiéndolas conocido, se le podría exigir que lo hubiera hecho en atención a lo que hubiera podido conocer una persona razonable¹⁸. De este modo, aunque presentaba la causalidad como una categoría previa e independiente, no prescindía totalmente de aspectos subjetivos inicialmente relacionados con la culpabilidad¹⁹.

Explicaba LUDEN que la relación de causalidad resulta fundamental porque el sujeto sólo puede ser castigado penalmente por aquello que él mismo ha

¹⁶ BERNER, *Teilnahme*, pp. 170 y 207. En general, sobre la forma en la que los hegelianos trataban la distinción entre autoría y participación, cfr. BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 78-84; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, pp. 152 y ss.

¹⁷ *Abhandlungen II*, p. 290. Se reconocía así nuevamente la distinción entre la imputación al hecho y la imputación a la culpabilidad, al tiempo que se sentaban las bases para la teoría del delito que años más tarde desarrollaría v. Liszt. Cfr., a este respecto, v. BUBNOFF, *Entwicklung*, pp. 91-92.

¹⁸ *Abhandlungen II*, pp. 294-314.

¹⁹ Cfr., en este sentido, v. BUBNOFF, *Entwicklung*, pp. 96-97, llamando la atención sobre las similitudes que presentan esta concepción de la causalidad y la posterior teoría de la causalidad adecuada.

realizado, y cuando se le quiere hacer responder por un determinado resultado, es necesario averiguar si realmente lo ha producido: en el delito de homicidio sólo es autor quien establece la causa del resultado mortal²⁰. Las principales dificultades se presentan cuando en la producción del resultado intervienen factores ajenos al autor. En tales casos, según LUDEN, no basta con afirmar que las circunstancias concurrentes no se hubieran producido sin la conducta del autor, sino que es necesario comprobar que surgen realmente de su conducta²¹. Distinguía así entre circunstancias que aparecen *en consecuencia* de la acción y circunstancias que se producen *como consecuencia* de la acción. Con las primeras puede llegar a reconocerse una «causalidad física», pero sólo las segundas sirven para determinar la «causalidad jurídica»²².

En cuanto al papel que pueden desempeñar los comportamientos de otras personas a la hora de establecer la relación con el resultado, LUDEN se desmarcaba igualmente de los autores de la escuela hegeliana centrandó la atención en la causalidad y no en la dirección de la voluntad. De esta forma, al analizar cuándo un sujeto ha causado el resultado, LUDEN no tomaba como referencia únicamente la conducta o la voluntad del primer sujeto, sino también la conducta del tercero. Consideraba necesario establecer una distinción en función de que las causas que median en la producción del resultado respondan o no la actuación delictiva de un tercero²³. Desde ese punto de vista, criticaba el concepto de *autoría intelectual* acogido por los hegelianos por entender que bajo este concepto se trataban de manera indiferenciada supuestos de autoría y supuestos de participación²⁴. En su opinión, cuando las causas concurrentes no se basan en la conducta *delictiva* de un

²⁰ *Abhandlungen II*, pp. 277-278.

²¹ *Abhandlungen II*, pp. 318 y ss.

²² *Abhandlungen II*, pp. 315-318.

²³ Se encuentra aquí la idea de que la causalidad física no puede dar lugar a una causalidad jurídica cuando se encuentra mediada por la voluntad delictiva del autor. Se apunta así una especie de causalidad psíquicamente mediada que, sin embargo, no se basa tanto en consideraciones psicológicas o empíricas como en consideraciones normativas, pues lo determinante es si el tercero resulta o no penalmente responsable de la conducta realizada. Así lo ha advertido BLOY, *Beteiligungssform*, pp. 126-129, señalando, además, que ese carácter valorativo, en realidad, se puede apreciar igualmente en los autores que posteriormente fueron acogiendo la idea de la causalidad psíquicamente mediada.

²⁴ *Abhandlungen II*, p. 340.

tercero, no hay problema en afirmar que el sujeto es autor del resultado, con independencia de que actúe con dolo o con imprudencia²⁵. Sin embargo, cuando el tercero realiza una conducta delictiva, ya no puede hablarse realmente de *autoría* intelectual, sino sólo de *participación* intelectual²⁶. En estos casos, no es el primer sujeto quien *causa* el resultado y, en esa medida, sólo puede llegar a responder como *partícipe* si de alguna forma se «apropia» de la decisión delictiva de un tercero que puede considerarse *autor*; lo que presupone un comportamiento doloso por su parte, es decir, un «conocer» y «querer» la conducta del tercero²⁷. No obstante, LUDEN reconocía que cuando existe una participación recíproca entre los sujetos en la que cada uno cuenta con la contribución del otro o una participación unilateral de tal intensidad que sin ella el autor no hubiera podido producir el resultado como lo hizo, cabe entender que ambos sujetos causan conjuntamente el resultado y son coautores del mismo²⁸.

En todo caso, lo que interesa destacar es que, según LUDEN, sólo es autor del hecho delictivo quien causa el resultado, y cuando la relación causal con el resultado está mediada por la intervención delictiva de un tercero, en principio, salvo que se pueda apreciar una coautoría, el primer sujeto no causa el resultado y sólo puede responder como partícipe en la medida en que sea posible establecer una relación con la decisión delictiva del tercero. La idea de fondo, como reconocía el propio LUDEN, es que nadie puede responder de lo que hace otra persona²⁹.

²⁵ *Abhandlungen II*, pp. 331-332 y 337-338.

²⁶ *Abhandlungen II*, p. 340. Dentro del concepto de autoría intelectual advierte, por tanto, dos figuras distintas que se corresponden con la autoría mediata y con la inducción. La importancia otorgada a la causalidad entendida de manera objetiva tiene así como consecuencia un tratamiento diferenciado de la inducción frente a los autores hegelianos. Mientras que para éstos era una forma de autoría, para Luden es sólo una forma de participación porque la conducta del inducido permite considerar excluida la causalidad. Cfr., en este sentido, BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 84-86

²⁷ *Abhandlungen II*, pp. 348-349.

²⁸ *Abhandlungen II*, pp. 372, 382-385 y 392-394.

²⁹ *Abhandlungen II*, p. 277. En este sentido, hay quien ha llegado a ver en Luden el precursor de la teoría de la interrupción del nexo causal. Cfr., por ejemplo, BLOY, *Beteiligungsform*, p. 127; MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 56; LING, *Unterbrechung*, p. 184; DIEL, *Regreßverbot*, pp. 70-77

1.3. *La teoría de la interrupción del nexo causal y las teorías individualizadoras de la causalidad.*

En la segunda mitad del siglo XIX, debido a la influencia del positivismo naturalista, fueron apareciendo distintas teorías causales basadas fundamentalmente en las ciencias naturales. Una de las más importantes fue la *teoría de la condición* o de la *equivalencia de las condiciones* formulada por v. BURI³⁰. Según este autor, para reconocer la relación de causalidad, basta con que la conducta del sujeto condicione de alguna manera la producción del resultado: cualquier conducta que, desde el punto de vista científico-natural, se presente como *conditio sine qua non* del resultado puede definirse como causa del mismo³¹. La causalidad se concibe así como una relación física de carácter objetivo en la que no se tienen en cuenta los conocimientos del sujeto³² y en la que se rechaza además la posibilidad de establecer alguna diferencia valorativa entre las distintas condiciones del resultado³³. De acuerdo con este planteamiento, la intervención de la víctima o de un tercero no presenta ninguna particularidad, pues lo importante, en todo caso, es analizar si la intervención posterior hubiera tenido lugar sin la conducta del primer sujeto³⁴. Indicaba v. BURI, en este sentido, que cuando intervienen varios sujetos, no hay problema en afirmar que todos ellos son causa del resultado³⁵. La diferencia entre autores y partícipes no depende ni de la existencia de una relación de causalidad ni del tipo de aportación causal, sino sólo de la relación *subjetiva* con el resultado³⁶.

³⁰ En ocasiones, se indica que fue realmente Glaser quien formuló esta teoría para el Derecho penal austriaco y que v. Buri la introdujo en la práctica del *Reichsgericht* alemán. Cfr., por ejemplo, MAURACH, *Tratado I*, p. 229.

³¹ GA 11 (1863), pp. 756-758.

³² GA 11 (1863), pp. 755 y 758. La imputación o la relación entre lo acontecido y la voluntad del sujeto pasa a ser algo ajeno a la causalidad que debe estudiarse en el plano de la culpabilidad.

³³ GA 14 (1866), p. 608.

³⁴ GA 14 (1866), pp. 609 y ss.

³⁵ GA 11 (1863), p. 758.

³⁶ GA 11 (1863), pp. 758-759, n.1. Sobre la teoría de la equivalencia de las condiciones de v. Buri y el tratamiento que dentro de ella se otorga a la intervención de terceras personas. cfr., con más detalle, DIEL, *Regreßverbot*, pp. 92-97.

No obstante, fue en aquella misma época cuando GOLTDAMMER y V. BAR empezaron a sentar las bases de la llamada *teoría de la interrupción del nexo causal*, una teoría en la que se reflejaba el interés por excluir la causalidad cuando tras la actuación del primer sujeto interviene una conducta libre de la víctima o de un tercero.

Según GOLTDAMMER, cuando después de la conducta de un sujeto intervienen acciones libres de terceras personas se *interrumpe* la relación de causalidad y el resultado lesivo deja de poder imputarse al primer sujeto³⁷. Ello tanto si la acción del tercero es dolosa, como si es imprudente, pues lo importante es que sea libre en el sentido de que el tercero pueda representarse las posibles consecuencias de su actuación y pueda ser hecho responsable del resultado producido. Decía GOLTDAMMER a este respecto que un buen criterio para saber cuándo la conducta del tercero es realmente libre lo constituye precisamente la valoración del juez acerca de su responsabilidad jurídico-penal³⁸. Añadía que incluso si se reconoce que la intervención del tercero no hubiera tenido lugar sin la primera conducta, hay que averiguar si el primer sujeto engaña al tercero o le impide de alguna forma observar el cuidado necesario, pues si no es así, seguirá pudiendo interrumpirse la relación de causalidad³⁹. Si el sujeto simplemente da ocasión a que un tercero atente libremente contra otra persona, no puede ser causa del resultado y sólo puede responder como partícipe en la medida en que actúe de manera dolosa⁴⁰. Para GOLTDAMMER existe, por tanto, una clara diferencia entre las causas intermedias que tienen carácter natural y las que provienen de la acción libre de un tercero, pues la responsabilidad del primer sujeto puede verse limitada por la responsabilidad del tercero⁴¹. El motivo, a su juicio, es que nadie puede ser

³⁷ GA 15 (1867), pp. 19 y 21, reconociendo expresamente que deben tratarse de igual manera los casos en los que el tercero se lesiona a sí mismo.

³⁸ GA 15 (1867), p. 19.

³⁹ GA 15 (1867), pp. 19-20.

⁴⁰ GA 14 (1866), p. 534. Crítica a aquellos autores que establecen distinciones cuando la conducta del primer sujeto es imprudente argumentando que en la regulación del homicidio imprudente no se habla de «matar», sino sólo de «producir la muerte», pues, a su juicio, eso no significa que la autoría tenga en este caso un alcance mayor. Afirma, en ese sentido, que las reglas relativas a la relación de causalidad son las mismas en el delito doloso y en el delito imprudente.

⁴¹ GA 14 (1866), pp. 536-537.

responsable de los delitos realizados por una tercera persona que actúa según su libre determinación⁴².

V. BAR mantenía tesis parecidas a partir de una concepción de la causalidad en la que, asumiendo los planteamientos vinculados al concepto de imputación, insistía en la doble cualidad de la acción humana como fenómeno natural y como manifestación de la libre voluntad⁴³. Según V. BAR, el Derecho no sólo toma como base la existencia de la naturaleza, sino también la existencia de personas que modifican la naturaleza⁴⁴. Llegaba así a la conclusión de que la acción humana sólo es *causa* en sentido jurídico cuando modifica el curso regular de los acontecimientos: si el sujeto realiza una conducta que no se sale de la «regla de la vida» –de lo que es normal o regular– su conducta no es causa del resultado a pesar de que haya previsto o incluso deseado ese resultado⁴⁵. Lo importante no es que el resultado sea previsible desde el punto de vista del sujeto, sino que su producción se corresponda objetivamente con la regla de la vida⁴⁶. Explicaba, por otra parte, que si tras la conducta que no se ajusta a la regla de la vida –y que, en esa medida, puede ser causal– aparece una nueva conducta que es improbable y que, por tanto, se aparta también de la regla de la vida, se excluye la relación de causalidad inicial y sólo la última de las conductas pasa a ser causa del resultado⁴⁷. En los casos en los que tras la conducta del primer sujeto intervienen un tercero o la víctima de manera inesperada –fuera de la regla de la vida– se *interrumpe* la relación de causalidad aunque la primera conducta condicione la segunda, y ello tanto si la segunda conducta es dolosa, como si es imprudente⁴⁸. V. BAR establecía, sin embargo, una salvedad para los casos en los que el sujeto es consciente de la intervención del tercero, indicando que en tales casos la conducta

⁴² GA 14 (1866), p. 534.

⁴³ *Kausalzusammenhang*, p. 3.

⁴⁴ *Kausalzusammenhang*, p. 11.

⁴⁵ *Kausalzusammenhang*, pp. 11-16.

⁴⁶ *Kausalzusammenhang*, p. 20.

⁴⁷ *Kausalzusammenhang*, pp. 20-21.

⁴⁸ *Kausalzusammenhang*, pp. 22-29.

del tercero no se encuentra fuera de la regla de la vida, y que, en consecuencia, cabe pensar que tanto el primer sujeto como el tercero son causa del resultado⁴⁹.

En la concepción de v. BAR, por tanto, la interrupción del nexo causal se presenta como consecuencia de una particular teoría de la causalidad basada en la «regla de la vida». Esta teoría puede verse como la primera de otras teorías causales que fueron apareciendo a finales del siglo XIX con objeto de limitar el alcance de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Unas eran teorías *individualizadoras* que buscan una única causa entre las distintas condiciones que en el caso concreto contribuyen a la producción del resultado⁵⁰ y otras eran teorías *generalizadoras* que otorgan naturaleza causal a ciertas condiciones que, en abstracto, son idóneas para producir el resultado. Como teoría generalizadora se presentaba la *teoría de la adecuación* o de la *causalidad adecuada* desarrollada por v. KRIES⁵¹. Según este autor, una causalidad basada en el caso concreto como la que propone la teoría de la equivalencia de las condiciones difícilmente puede diferenciarse de la casualidad y ofrecer, por tanto, un motivo suficiente para la imputación⁵². Para resolver los problemas a los que conduce esta teoría, no basta con apelar a la culpabilidad porque de esa forma tampoco se obtiene suficiente precisión; es necesario, a su juicio, valorar la causalidad que existe con carácter general y analizar si la conducta del sujeto es adecuada para causar el resultado, aumentando la posibilidad de que dicho resultado se produzca⁵³. La imputación

⁴⁹ *Kausalzusammenhang*, p. 26.

⁵⁰ Acerca de otras teorías individualizadoras, cfr. HARTMANN, *Kausalproblem*, pp. 12 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 97 y ss. Con mayor atención a la forma en la que desde estas teorías se trataban los casos relacionados con la mediación de los terceros, cfr. LING, *Unterbrechung*, pp. 94-99.

⁵¹ Sobre la teoría de la adecuación como teoría generalizadora frente a las teorías individualizadoras, cfr., por todos, ENGISCH, *Kausalität*, p. 41, n. 3. Esta teoría de la adecuación se encuentra muy vinculada a la teoría de la «regla de la vida» propuesta por v. Bar, a quien de hecho se le suele presentar como verdadero fundador de la teoría de la adecuación. El propio v. KRIES, *ZStW* 9 (1889), p. 532, al desarrollar el concepto de la casualidad adecuada, reconocía que el criterio de la «regla de la vida» manejado por v. Bar respondía a un concepto de causalidad muy parecido al que él mismo defendía. Sobre la estrecha relación existente entre ambas concepciones, cfr. con más detalle, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 44-45, n. 106, quien advierte, no obstante, que v. Bar tendía también a incluir dentro de la teoría de la «regla de la vida» consideraciones valorativas sobre el carácter desaprobado de la conducta.

⁵² *ZStW* 9 (1889), p. 532.

⁵³ *ZStW* 9 (1889), pp. 531-532.

del resultado depende, en realidad, de que la conducta sea adecuada y el sujeto pueda prever el resultado, pues sólo en ese caso el resultado está relacionado con su voluntad⁵⁴. De esta forma, v. KRIES distinguía entre *causas* y *condiciones*, explicando que sólo son causales aquellas condiciones que, conforme a la experiencia general, resultan adecuadas o peligrosas⁵⁵.

Fue, sin embargo, en el seno de las teorías individualizadoras donde se otorgó una mayor importancia a la intervención de los terceros. Destacan, en este sentido, las consideraciones realizadas por ORTMANN, quien no sólo defendió conclusiones semejantes a las de la teoría de la interrupción del nexo causal, sino que además intentó fundamentarlas con ayuda del Derecho positivo.

Decía ORTMANN que de todas las condiciones que contribuyen a la producción del resultado sólo es realmente causa aquella que lo condiciona de manera *necesaria*⁵⁶. Cuando después de la conducta de un sujeto interviene la conducta libre de un tercero, sólo la conducta del tercero es causa del resultado⁵⁷. La conducta del primer sujeto deja de ser causa porque su relación con el resultado ya no es de carácter necesario⁵⁸. Es indiferente que la primera conducta sea dolosa o que incluso haya dado lugar a la conducta del tercero, pues desde el momento en que el tercero actúa libremente, la relación con el resultado no se produce de manera necesaria. En los casos en los que el tercero se comporta imprudentemente, dado que su conducta sigue siendo una conducta libre, también

⁵⁴ ZStW 9 (1889), p. 535.

⁵⁵ ZStW 9 (1889), pp. 532-534. Sobre la evolución experimentada, a partir de ahí, por la teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada, cfr., GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 31-42. La formulación actual de esta teoría define los bases del juicio de adecuación de manera objetiva-subjetiva, partiendo de lo que un espectador objetivo hubiera conocido en el momento de la acción, así como de los conocimientos que en su caso tuviera o pudiera tener el propio sujeto. Esta formulación, que como indica GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, pp. 37-38, se encontraba ya apuntada en v. BAR, *Kausalzusammenhang*, pp. 20-21, y en v. HIPPEL, ZStW 17 (1897), p. 436, aparece claramente expresada en TRAEGER, *Kausalbegriff*, p. 159. En sentido parecido, cfr., también, WIECHOWSKI, *Unterbrechung*, pp. 16-17.

⁵⁶ GA 23 (1875), p. 268.

⁵⁷ GA 23 (1875), p. 271.

⁵⁸ GA 23 (1875), pp. 268-269.

se excluye, por tanto, la relación de causalidad⁵⁹. Sólo se mantiene la relación necesaria con el resultado cuando el tercero no actúa libremente y su conducta puede equipararse de alguna forma a los fenómenos de carácter natural⁶⁰. ORTMANN justificaba estas afirmaciones con consideraciones propias de la teoría de la imputación, indicando que sólo forma parte de la acción del individuo lo que es atribuible a su libre voluntad. La conducta libre de un tercero, si realmente es *libre*, no está condicionada *necesariamente* por la libre voluntad del primer sujeto, pues «libertad» y «necesidad» son conceptos excluyentes. Cuando la conducta del tercero es libre no puede decirse que haya sido causada por el primer sujeto, de modo que no existe propiamente una *causa causae* y no es de aplicación la máxima *causa causae est causa causati*⁶¹.

Según ORTMANN, todo ello se correspondía plenamente con la regulación que ofrecía el Derecho positivo alemán, pues si el legislador hubiera tomado como punto de partida la teoría de la equivalencia de las condiciones, no tendría ningún sentido la regulación de la coautoría como una forma especial de responsabilidad⁶². El Derecho positivo, por tanto, vendría a confirmar que, por regla general, cuando intervienen varios sujetos, sólo causa el resultado el último de ellos. La coautoría constituiría simplemente una ficción creada por el legislador para dotar de unidad a ciertas intervenciones que se producen de manera más o menos simultánea y poder así atribuir a cada una de ellas carácter causal⁶³.

Entre los representantes de la *teoría de la adecuación*, en cambio, el protagonismo del comportamiento de los terceros tenía un carácter bastante más limitado. Para esta teoría lo determinante era que el resultado y las condiciones posteriores que contribuyen a la producción del mismo queden dentro de la experiencia general, pues en la medida en que ello es así puede decirse que la

⁵⁹ GA 23 (1875), pp. 274-276.

⁶⁰ GA 23 (1875), pp. 277-278.

⁶¹ GA 23 (1875), pp. 271 y 273.

⁶² GA 23 (1875), pp. 269-270. De hecho, v. BURI, GA 11 (1863), pp. 800 y ss., consideraba que los casos de actuaciones conjuntas de varias personas no presentan realmente ninguna particularidad porque no hay problema en afirmar que todos los intervinientes son causa del resultado.

⁶³ GA 23 (1875), pp. 270 y 279.

conducta del primer interviniente sigue siendo una conducta *adecuada*. Desde ese punto de vista, se consideraba que, en principio, no tiene sentido hacer ninguna distinción en función del tipo de condición que concurre en la producción del resultado. Es indiferente que la condición posterior sea obra de la naturaleza, de un inimputable o de un tercero claramente responsable⁶⁴. Si bien se reconoce que las conductas *dolosas* de los terceros pueden excluir la relación causal con el resultado –máxime si la conducta del primer sujeto es imprudente–, se advierte que ello es así únicamente porque, por lo general, conforme a la normal experiencia, se trata de conductas imprevisibles que impiden la calculabilidad del resultado y descartan, por tanto, la adecuación de la conducta⁶⁵.

Dado ese tratamiento indiferenciado de los factores condicionantes del resultado, los partidarios de la teoría de la adecuación terminaban otorgando a la teoría de la interrupción del nexo causal un significado distinto del que le habían dado autores como GOLTDAMMER o v. BAR⁶⁶. Los autores que se basaban en la teoría de la adecuación consideraban que la teoría de la interrupción del nexo causal sólo podría tener sentido en los casos en los que existe una relación de condición entre la conducta inicial y el resultado producido, porque desde el momento en que media una causa independiente no condicionada por la primera conducta desaparece por completo la relación de causalidad⁶⁷. La «interrupción» de la causalidad se produciría solamente, según estos autores, cuando a pesar de

⁶⁴ Cfr. WIECHOWSKI, *Unterbrechung*, p. 31.

⁶⁵ Cfr. WIECHOWSKI, *Unterbrechung*, pp. 38-44. En sentido parecido se pronunciaban quienes defendían la teoría de la equivalencia de las condiciones y proponían tratar estos casos en el ámbito de la culpabilidad. Cfr., por ejemplo, POMP, *Unterbrechung*, pp. 69-70, n. 4, reconociendo igualmente que las conductas dolosas de los terceros son por lo general imprevisibles.

⁶⁶ Hay que tener en cuenta que incluso este último autor, si bien equiparaba la interrupción del nexo causal con la exclusión de la causalidad, explicaba que el principal ámbito de aplicación de la interrupción del nexo causal lo constituían concretamente los casos de mediación de una conducta humana dolosa o imprudente. Cfr. v. BAR, *Kausalzusammenhang*, p. 27.

⁶⁷ Según WIECHOWSKI (*Unterbrechung*, pp. 22-27) se produce no una «interrupción» sino un «desvío» del curso causal, pues al no haber relación de condición no hay causalidad en sentido filosófico. Criticaba también la confusión que se producía en este sentido POMP, *Unterbrechung*, p. 29, quien explicaba que en ocasiones se utilizaba la expresión «interrupción del nexo causal» con independencia de que hubiera o no relación de condición entre la conducta inicial y los factores concurrentes. A juicio de este autor, si se partía, como él mismo hacía, de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la «interrupción del nexo causal» sólo podría tener sentido cuando no hay relación de condición, pero entonces esta expresión además de contradictoria resultaría innecesaria (*op. cit.*, pp. 65-66).

existir una relación de condición con los factores intermedios y con el resultado finalmente producido, no es posible hablar de causalidad o, al menos, de causalidad en sentido jurídico⁶⁸. Dado que eso es, precisamente, lo que intentaba determinar la teoría de la adecuación, llegaban a la conclusión de que la teoría de la interrupción del nexo causal no supone más que una *falta de adecuación*: hay interrupción del nexo causal siempre que la conducta no es adecuada para producir el resultado⁶⁹. Eso significaba, sin embargo, aceptar una concepción de la interrupción del nexo causal distinta de la que mantenía la mayor parte de la doctrina⁷⁰, que limitaba la aplicación de la teoría de la interrupción del nexo causal, en la misma línea que autores como GOLTDAMMER y V. BAR, a los casos en los que media la conducta incorrecta de un tercero, apoyándose para ello en la regulación de la inducción y la complicidad como formas de participación⁷¹.

1.4. *Primeras críticas a la teoría de la interrupción del nexo causal*

La gran influencia que ejerció la teoría de la equivalencia de las condiciones provocó que la doctrina fuese cada vez más reacia a reconocer la posibilidad de interrumpir la relación de causalidad ante la intervención posterior de terceras personas. Incluso entre quienes llegaban a las mismas conclusiones que los partidarios de la teoría de la interrupción del nexo causal iba cuajando la idea de que lo importante no es tanto la relación de causalidad, como la relevancia jurídica de esa relación de causalidad⁷².

Esa es, justamente, la tesis que defendió M. E. MAYER, uno de los primeros autores en llamar la atención sobre la necesidad de diferenciar claramente entre causalidad general y causalidad jurídico-penalmente relevante⁷³.

⁶⁸ Cfr. WIECHOWSKI, *Unterbrechung*, pp. 28-29.

⁶⁹ Cfr. WIECHOWSKI, *Unterbrechung*, pp. 30-31 y 46-48. Propone sustituir la expresión «interrupción del nexo causal» por «inexistencia de una relación causal penalmente relevante», evitando así la confusión a la que, a su juicio, da lugar el concepto de «interrupción».

⁷⁰ Como lo reconoce el propio WIECHOWSKI, *Unterbrechung*, pp. 31 y ss.

⁷¹ Sobre ello, cfr. *infra* 1.1.6.

⁷² Cfr., en este sentido, DIEHL, *Regreßverbot*, pp. 128-129.

⁷³ *Causalzusammenhang, passim*, en especial, pp. 144-146.

Reconocía este autor que la causalidad es un concepto eminentemente filosófico que tiene carácter general y que no puede ser ignorado por el Derecho penal⁷⁴. Daba así la razón a V. BURI por haber afirmado, en ese mismo sentido, que el Derecho penal no puede negar la existencia de una determinada relación de causalidad, pero explicaba a continuación, sin embargo, que una cosa es negar la causalidad existente y otra distinta es seleccionar la causalidad jurídico-penalmente relevante⁷⁵. A su juicio, el principal error en el que incurrieron los debates doctrinales acerca de la causalidad es que partían de una pregunta que no era realmente la que se quería formular: la pregunta de fondo no es si el sujeto ha realizado una conducta que es causa del resultado, sino si es posible atribuirle el resultado⁷⁶. Lo que hay que averiguar, exactamente, es si el sujeto ha causado el resultado *de tal manera* que el Derecho penal pueda estar en condiciones de afirmar que ese resultado es obra suya; se trata, en definitiva, de *imputar objetivamente* el resultado⁷⁷. MAYER le reprochaba a V. BURI que para resolver esta cuestión centrara la atención exclusivamente en el plano de la culpabilidad porque con ello ocultaba algunos de los problemas más importantes: concretamente, aquellos relacionados con la posibilidad de afirmar que un sujeto no sólo es presupuesto del resultado, sino que, además, es autor del mismo⁷⁸. Antes de saber si alguien ha hecho algo de manera culpable hay que determinar si realmente lo ha hecho, de manera que puede decirse que las cuestiones relativas a la imputación objetiva son previas e independientes a las relativas a la imputación subjetiva⁷⁹. Precisamente, la imputación objetiva sirve para determinar en qué casos la relación de causalidad es suficientemente relevante en sentido jurídico para pasar a analizar el aspecto de la culpabilidad⁸⁰.

⁷⁴ *Causalzusammenhang*, pp. 4-6.

⁷⁵ *Causalzusammenhang*, p. 43.

⁷⁶ *Causalzusammenhang*, pp. 15-16

⁷⁷ *Causalzusammenhang*, p. 19.

⁷⁸ *Causalzusammenhang*, pp. 144-146.

⁷⁹ *Causalzusammenhang*, pp. 9-10 y 17.

⁸⁰ *Causalzusammenhang*, pp. 47 y 146-147.

Con base en estas premisas, MAYER rechazaba la teoría de la interrupción del nexo causal por entender que, además de incurrir en una *contradictio in adiecto*, suponía crear una dificultad donde no existe⁸¹. Cuando se habla de «interrupción» del nexo causal, simplemente se está dando a entender que no se produce la causalidad esperada, pero es evidente que la causalidad esperada no es causalidad⁸². Por lo general, decía MAYER, con esta teoría se resuelven casos en los que claramente no hay relación de causalidad, como cuando alguien echa veneno en la comida de otra persona y un tercero dispara sobre esa misma persona antes de que el veneno tenga algún efecto. En los casos en los que la conducta inicial está vinculada a la conducta posterior, lo que hay que hacer es valorar hasta qué punto la primera acción deja de tener significado causal para el Derecho penal y deja de ser necesario, por tanto, pasar a analizar la culpabilidad⁸³. A partir de ahí, MAYER distinguía, en primer lugar, en función de que los sujetos sean o no conscientes de que su conducta va a ser complementada con la intervención de un tercero, pues cuando sí lo son resulta claramente necesario pasar al plano de la culpabilidad⁸⁴. Fuera de esos casos, sin embargo, la primera acción pierde significado causal para el Derecho penal cuando con posterioridad interviene un tercero o la propia víctima de manera libre y *dolosa*⁸⁵.

De esta forma, MAYER llegaba a conclusiones materialmente parecidas a las de la teoría de la interrupción del nexo causal, explicando, del mismo modo que lo habían hecho otros autores, que ello se debe a que los sujetos sólo son responsables de lo que hacen ellos mismos y no de lo que hacen los terceros⁸⁶. No obstante, al exigir que la conducta posterior sea dolosa, MAYER restringía el alcance inicial de la teoría de la interrupción del nexo causal, pues esta teoría,

⁸¹ *Causalzusammenhang*, pp. 94 y ss.

⁸² *Causalzusammenhang*, p. 97.

⁸³ *Causalzusammenhang*, pp. 97-101.

⁸⁴ *Causalzusammenhang*, p. 101. Al hacer referencia a la participación, señala que la diferencia entre autores y partícipes no puede encontrarse en la existencia o inexistencia de una relación de causalidad, sino que debe analizarse en el seno de la teoría de la imputación objetiva (*op. cit.* pp. 110 y 116-117).

⁸⁵ *Causalzusammenhang*, pp. 102-103. Indica que cuando no es así el primer sujeto se sirve del tercero como si fuera un mero instrumento y se produce, por tanto, una autoría mediata.

⁸⁶ *Causalzusammenhang*, p. 104.

como se ha indicado anteriormente, permitía excluir la causalidad siempre que la conducta del tercero es una conducta *libre*. Para MAYER, en cambio, si el tercero actúa imprudentemente, la conducta del primer sujeto no deja de ser jurídico-penalmente relevante, porque nadie que se comporta sin observar la atención necesaria puede esperar que otros lo hagan con el fin de evitar las consecuencias de su actuación inicial⁸⁷.

Salvo en lo relativo a esas limitaciones relacionadas con el carácter imprudente de la conducta de los terceros, la propuesta de MAYER no presentaba, por tanto, diferencias importantes con respecto a la teoría de la interrupción del nexo causal. Simplemente ponía de manifiesto que el problema no debía analizarse en el plano puramente causal y que había que entrar en consideraciones más estrictamente jurídicas. Apuntaba, en definitiva, que el ámbito en el que debían empezar a tratarse la mayor parte de los problemas causales era un ámbito distinto relacionado con la imputación objetiva del resultado.

1.5. *La teoría de la prohibición de regreso de FRANK*

A principios del siglo XX, dado que la teoría de la equivalencia de las condiciones se había ido consolidando como única teoría causal, la doctrina se limitó a buscar criterios jurídicos que pudieran corregirla o complementarla. Fue en ese contexto en el que FRANK formuló su famosa teoría de la *prohibición de regreso*, con la que quiso establecer limitaciones parecidas a las de la teoría de la interrupción del nexo causal a partir de consideraciones jurídicas relacionadas con la regulación de la autoría y la participación. FRANK criticaba la teoría de la interrupción del nexo causal porque, a su juicio, dicha teoría presuponía que toda condición es causa del resultado, cuando de lo que se trata es de aclarar, precisamente, que no toda *condición* puede ser *causa*⁸⁸. Según FRANK, no es

⁸⁷ *Causalzusammenhang*, p. 102.

⁸⁸ Desde la primera edición de sus comentarios al Código Penal alemán, Frank se mostraba crítico con la expresión «interrupción del nexo causal». Sin embargo, aunque consideraba equivocada esta expresión desde el punto de vista lógico, la mantenía por entender que tenía importancia práctica. Fue concretamente a partir de la 15ª edición, en 1924, cuando la sustituyó por la figura de la «prohibición de regreso», dándole así un sentido puramente valorativo. Sobre la evolución seguida por Frank a este respecto, cfr. SCHMIDT, *FG-Frank II*, p. 114.

cierto que se interrumpa la relación de causalidad; lo que ocurre es que, a pesar de que exista una relación de causalidad, se hace necesario diferenciar las condiciones que son propiamente causales de las que no lo son⁸⁹. Decía FRANK, en este sentido, que la teoría de la equivalencia de las condiciones debe limitarse, en primer lugar, reconociendo la existencia de una *prohibición de regreso* que impida definir como causas las precondiciones de una condición que se ha dirigido libre y conscientemente –dolosa y culpablemente– a la producción del resultado. El sujeto que introduce estas precondiciones, según FRANK, no podrá responder como autor, sino sólo como partícipe, y únicamente cuando se den los presupuestos necesarios para ello⁹⁰. Para fundamentarlo, se apoyaba en las normas del Código Penal alemán relativas a la autoría y la participación, señalando, concretamente, que si no se reconociera esta prohibición de regreso, la inducción regulada en § 48 RStGB aparecería como una forma de autoría y no como una forma de participación⁹¹.

Con esta teoría de la prohibición de regreso, FRANK lograba dar a la teoría de la interrupción del nexo causal una fundamentación jurídico-positiva basada en una determinada interpretación del ordenamiento jurídico-penal⁹². Reconocía, no obstante, que también desde el punto de vista psicológico se podía justificar el tratamiento especial de esas precondiciones, pues sólo llegan a producir el resultado gracias a la voluntad de una tercera persona. Cuando así ocurre, la relación causal no sólo se encuentra *físicamente* mediada –como sucede siempre que concurren circunstancias naturales–, sino también *psíquicamente* mediada⁹³.

⁸⁹ *Strafgesetzbuch*¹⁸, p. 15.

⁹⁰ *Strafgesetzbuch*¹⁸, pp. 14, 104 y ss.

⁹¹ *Strafgesetzbuch*¹⁸, p. 14.

⁹² Así lo han destacado, por ejemplo, SCHMIDT, *FG-Frank II*, pp. 108 y 113; BLOY, *Beteiligungsform*, p. 130; WEHRLE, *Regreßverbot?*, pp. 34-35; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, p. 289. Según LING, *Unterbrechung*, p. 104, Frank empezó a utilizar la expresión «prohibición de regreso» para demostrar que se trataba de una forma de determinar la imputación objetiva y no de un planteamiento vinculado a la causalidad. Lo reconocería también el propio LARENZ, *NJW*, 1955, p. 1012, al desarrollar la teoría de la prohibición de regreso en el marco de la teoría de la imputación objetiva. Sobre ello, cfr. *infra* 1.2.1. Se mostraron críticos, sin embargo, con la necesidad de extraer tales conclusiones de la regulación de la participación HARTMANN, *Kausalproblem*, pp. 104-105, n. 2; WIECHOWSKI, *Unterbrechung*, pp. 31-37; POMP, *Unterbrechung*, p. 29.

⁹³ *Strafgesetzbuch*¹⁸, pp. 14-15.

Distinguía así entre «causa» como causalidad físicamente mediada y «condición» como causalidad psíquicamente mediada⁹⁴. Ello permitía, a su juicio, establecer una distinción de carácter objetivo entre la autoría y la participación, pues lo importante ya no es la voluntad del sujeto –como entendían el *Reichsgericht* y, en general, los partidarios de la teoría de la equivalencia de las condiciones–, sino la diferente relación causal con el resultado⁹⁵: mientras que el autor realiza la conducta que causa el resultado, el inductor y el cómplice sólo ponen una condición⁹⁶.

No obstante, FRANK limitaba la posibilidad de aplicar la teoría de la prohibición de regreso a los casos en los que la conducta del tercero es una conducta *dolosa*. En su opinión, cuando la conducta del tercero es imprudente, el primer sujeto puede responder por autoría mediata⁹⁷. Desde el punto de vista psicológico, lo justificaba afirmando que si el tercero no es consciente de la causalidad de su acción, al igual que si no es libre, no hay causalidad psíquicamente mediada y nada impide que el primer sujeto responda como autor⁹⁸. En atención, por otra parte, a la regulación de la autoría y la participación, consideraba que, tal y como pensaba por aquel entonces la mayor parte de la doctrina, no es posible la participación en un delito imprudente, pues aunque ello no resultaría necesariamente incompatible con la redacción de los §§ 48 (inducción) y 49 (complicidad) del RStGB, no tendría sentido castigar más levemente a quien de manera dolosa se sirve de la imprudencia del tercero⁹⁹. De este modo, como ya hiciera M. E. MAYER, restringía realmente el alcance de la

⁹⁴ *Strafgesetzbuch*¹⁸, p. 104.

⁹⁵ *Strafgesetzbuch*¹⁸, pp. 103-104.

⁹⁶ *Strafgesetzbuch*¹⁸, pp. 104, 118 y 125

⁹⁷ *Strafgesetzbuch*¹⁸, pp. 15 y 106-107.

⁹⁸ *Strafgesetzbuch*¹⁸, p. 104. Dado que ello no servía para explicar por qué en la prohibición de regreso se exige que la conducta del tercero sea además una conducta antijurídica, parecía claro que esta explicación psicológica resultaba insuficiente. Ello fue puesto de manifiesto por SCHMIDT, *FG-Frank II*, pp. 124-127, advirtiendo de la necesidad de considerar que en la prohibición de regreso la exigencia de una conducta dolosa por parte del tercero implicaba una concepción normativa del dolo en la que éste se concibe como una forma de culpabilidad que presupone necesariamente el carácter antijurídico de la conducta. Cfr., también, la crítica que realiza en este sentido WEHRLE, *Regreßverbot?*, pp. 35-36.

⁹⁹ *Strafgesetzbuch*¹⁸, p. 110.

teoría de la interrupción del nexo causal, pues originariamente esta teoría no hacía ninguna distinción en función de que la conducta del tercero fuera dolosa o imprudente¹⁰⁰.

Por otra parte, FRANK se servía de la teoría de la prohibición de regreso para excluir totalmente la responsabilidad en los casos en los que se favorece *imprudentermente* la conducta *dolosa* de un tercero¹⁰¹. Ello suponía vincular la teoría de la prohibición de regreso con un concepto restrictivo de autor válido tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes¹⁰². Según FRANK, la conducta imprudente del primer sujeto unida a la conducta dolosa de un tercero se tenía que ver, a lo sumo, como una forma de participación y, dado que el ordenamiento jurídico-penal alemán no castigaba la participación imprudente, podía considerarse impune¹⁰³.

El planteamiento de FRANK evidenciaba, en definitiva, un cierto solapamiento entre los conceptos de autoría y causalidad. La tesis fundamental era que cuando media la conducta dolosa de un tercero, el primer sujeto no puede responder como *autor* porque su conducta deja de ser *causa* del resultado. Esta relación entre autoría y causalidad se venía poniendo de manifiesto desde hacía algún tiempo para llamar la atención sobre la distinta relación que pueden tener varios sujetos con un mismo resultado. A menudo, se tendía a distinguir entre partícipes y autores en función de que su relación con el resultado se viera o no mediada por la actuación libre de un tercero. Se reconocía así que la participación presupone la existencia de una interrupción del nexo causal que obliga a

¹⁰⁰ En última instancia, por tanto, en contra de lo que parecía ser su intención, Frank no defendía una teoría objetiva de la autoría, pues trataba de manera desigual la participación en un delito doloso y la participación en un delito imprudente. Cfr., en este sentido, WEHRLE, *Regreßverbot?*, pp. 10-11, señalando que todas las teorías objetivas terminaban incurriendo en esa misma contradicción aceptando la autoría mediata en supuestos de participación en delitos imprudentes. Ya antes realizaron también esa misma crítica WIECHOWSKI, *Unterbrechung*, p. 33; ENGISCH, *Kausalität*, p. 78.

¹⁰¹ *Strafgesetzbuch*¹⁸, p. 14.

¹⁰² Lo cual ya había sido apuntado por GOLTDMAMMER, *GA* 14 (1866), pp. 536-537.

¹⁰³ Cfr., a este respecto, por ejemplo, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 157. Lo destacó, en un primer momento, ENGISCH, *Kausalität*, pp. 82 y ss.

establecer una particular relación con respecto a la conducta del tercero¹⁰⁴. De hecho, en un primer momento, ciertos autores, en una línea muy parecida a la de FRANK, consideraban que la razón por la que es posible defender la teoría de la interrupción del nexo causal radica precisamente en la regulación jurídico-positiva de la inducción y la complicidad. Así, por ejemplo, durante un tiempo, v. LISZT sostenía que la interrupción del nexo causal se encuentra reflejada en figuras legales como la inducción o la complicidad¹⁰⁵. Aunque más tarde cambió de opinión y negó expresamente que en los casos de participación pudiera reconocerse una interrupción de la relación de causalidad –rechazando incluso la distinción entre causa y condición como criterio para diferenciar la conducta del autor y la del partícipe–, lo cierto es que siguió insistiendo en que el Derecho positivo partía de que sólo el autor causa el resultado, y que, en ese sentido, hay que pensar que la inducción y la complicidad suponen, en realidad, una participación en la *causación* producida por el autor¹⁰⁶.

En cierta medida, los cambios experimentados en la forma de concebir la causalidad acabaron condicionando también el estudio de la autoría y la participación. A medida que la teoría de la equivalencia de las condiciones se iba imponiendo como teoría causal, las cuestiones relacionadas con la interrupción del nexo causal y con la distinción entre autoría y participación tenían que plantearse fuera del plano de la causalidad. Se iba asumiendo la idea de que la diferencia entre autores y partícipes no se basa realmente en la existencia o inexistencia de una relación de causalidad, sino que refleja simplemente una distinta relación jurídica con el resultado. Como explicaba por aquel entonces HONIG¹⁰⁷, partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones lo normal era que la diferenciación entre autoría y participación se realizara centrandó la

¹⁰⁴ Así, claramente, en el caso de Luden y de los autores defensores de la teoría de la interrupción del nexo causal. Cfr., en este sentido, BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 126-128; y DIEL, *Regreßverbot*, pp. 66-68.

¹⁰⁵ Sobre la evolución seguida por v. Liszt en este tema, cfr., HARTMANN, *Kausalproblem*, pp. 104-105, n. 2, y WIECHOWSKI, *Unterbrechung*, p. 31, n. 3. En un sentido parecido al de v. Liszt se pronunciaba también HORN, *GS 54* (1897), pp. 368-376, señalando que la libre decisión del autor doloso impide definir como causa la conducta del inductor o del partícipe intelectual.

¹⁰⁶ V. LISZT, *Tratado II*²⁰, pp. 295-296; IDEM, *Tratado III*²⁰, pp. 71 y 75.

¹⁰⁷ *FG-Frank I*, pp. 197-198

atención en el elemento subjetivo, de modo que si se quería atender a criterios de carácter objetivo o bien se reivindicaba la distinción entre causa y condición, tal y como hacía FRANK, o bien se reconocía abiertamente que aunque no sea posible distinguir las condiciones desde la perspectiva causal, sí es posible realizar alguna distinción desde una perspectiva valorativa en atención a su relevancia jurídico-penal, en la línea que había apuntado M. E. MAYER¹⁰⁸ y que continuarían otros autores como SCHMIDT¹⁰⁹ o el propio HONIG, quien reconocía, no obstante, echar en falta los criterios con los que establecer esa distinción¹¹⁰. Todos ellos coincidían en afirmar que en los casos en los que posteriormente interviene un tercero no puede decirse que se interrumpa realmente la relación de causalidad, pero sí que ésta se encuentra especialmente estructurada y que, por tanto, existen diferencias valorativas para determinar la relación de autoría¹¹¹.

1.6. *La preeminencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones en la práctica jurisprudencial*

En la segunda mitad del siglo XIX, a pesar de las propuestas realizadas por los autores aquí destacados, los tribunales asumieron definitivamente la teoría de la equivalencia de las condiciones y rechazaron la posibilidad de interrumpir o limitar la relación de causalidad ante la intervención de terceras personas. La conducta de los terceros sólo se consideraba relevante para negar la culpabilidad en los casos en los que tal conducta resulta imprevisible conforme a la experiencia general, sin presentar en principio ninguna particularidad con respecto a cualquier otro factor condicionante del resultado lesivo. Ciertamente es que algunas sentencias definían como especialmente imprevisibles las conductas incorrectas de los terceros –sobre todo cuando eran dolosas¹¹² o eran llevadas a cabo por la propia

¹⁰⁸ *Causalzusammenhang*, p. 110 y 116-117.

¹⁰⁹ v. LISZT/SCHMIDT, *AT I*²⁶, pp. 165-166; SCHMIDT, *FG-Frank II*, pp. 118-119.

¹¹⁰ *FG-Frank I*, p. 197.

¹¹¹ Cfr., con carácter general, BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 94-95 y 128-129; WEHRLE, *Regreßverbot?*, pp. 28-29; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 84-87; MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 63.

¹¹² Lo destaca WEHRLE, *Regreßverbot?*, p. 4.

víctima¹¹³—, pero, en cualquier caso, lo hacían al margen de la causalidad y prescindiendo de afirmaciones de carácter general¹¹⁴.

2. Intervención de los terceros, imputación objetiva e infracción del deber objetivo de cuidado

Con el tiempo, gracias sobre todo a la influencia que a principios del siglo XX empezaron a tener distintas corrientes teóricas contrarias al positivismo naturalista¹¹⁵, la doctrina entendió que la solución de los problemas a los que conducía la teoría de la equivalencia de las condiciones no pasaba por formular una nueva teoría causal¹¹⁶. Así, algunos autores optaron por recuperar la teoría de la imputación de HEGEL y defender un concepto de acción de carácter teleológico, basado en la dominabilidad o en la imputación objetiva del resultado (*infra* 2.1), otros llamaron la atención sobre la necesidad de seleccionar la causalidad típicamente relevante (*infra* 2.2) y otros se centraron en la estructura lógico-objetiva de la acción humana para destacar su naturaleza final y trasladar el dolo y la imprudencia al plano de la antijuridicidad (*infra* 2.3). De esta forma, en el análisis de la tipicidad o de la antijuridicidad se conseguían introducir criterios complementarios que permitían limitar el alcance de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Uno de esos criterios iba a encontrarse en la propia teoría de la

¹¹³ Como advierte DIEL, *Regreßverbot*, pp. 120-123.

¹¹⁴ Se optaba, en suma, por un criterio de solución más flexible que estaba abierto a consideraciones político-criminales y que centraba la atención en las circunstancias del caso concreto. Cfr., en este sentido, NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), pp. 417-420; DIEL, *Regreßverbot*, pp. 114-127. Con respecto a la jurisprudencia española, vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 91-93.

¹¹⁵ Algunos como LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68, se inspiraron en el idealismo para incidir en el carácter espiritual de la acción humana y tomar nuevamente como referencia la relación teleológica entre el acontecer y la voluntad del individuo; otros como MEZGER, *Tratado I*, pp. 192-193, n. 9, partieron del neokantismo y desarrollaron un método esencialmente valorativo en el que la acción aparece como un «concepto-valor» y no como un hecho o una realidad concebida de manera naturalista; otros como HONIG, *FG-Frank I*, p. 187, y ENGISCH, *Kausalität*, pp. 52-53, se basaron en la finalidad de las normas penales para seleccionar concretos procesos causales; y, finalmente, otros como WELZEL, *ZStW* 51 (1931), pp. 706 y ss; IDEM, *Naturrecht*, pp. 194-197, se sirvieron de la fenomenología y de la «naturaleza de las cosas» para definir la acción humana como una acción final que no puede ser observada sin tener en consideración su componente subjetivo.

¹¹⁶ Sobre este diagnóstico, exponiendo las distintas concepciones teóricas que influyeron en esos primeros años del siglo XX, cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 11-30. Cfr., también, GALLAS, *ZStW* 67 (1955), pp. 2-5; SCHÜNEMANN, *GA*, 1999, pp. 209 y ss.

adecuación, que, al dejar de formularse como una teoría causal y quedar ligada a consideraciones valorativas, permitía afrontar también desde una nueva perspectiva el papel de los terceros en el momento de analizar la relación entre la conducta del sujeto y el resultado lesivo (*infra* 2.4). Ello culminaría con el surgimiento de la moderna teoría de la imputación objetiva en los años sesenta del pasado siglo XX, una teoría que introducía muy distintos criterios normativos para valorar la relación de la conducta con el resultado lesivo ante la intervención de terceras personas (*infra* 2.5). Actualmente, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, tanto dentro como fuera del marco que ofrece la teoría de la imputación objetiva, concede también especial relevancia a la intervención de terceras personas o de la víctima partiendo de muy diferentes consideraciones normativas que tienden a limitar la previsibilidad o el juicio de adecuación dentro del plano de la tipicidad (*infra* 2.6).

2.1. *El surgimiento de la teoría de la imputación objetiva y su relación con la teoría de la prohibición de regreso*

En 1927, el concepto de imputación objetiva, que años antes había sido destacado por M. E. MAYER como un concepto independiente de la relación causal, fue desarrollado por LARENZ, quien procuró dotarle de fundamento y contenido, tomando nuevamente como referencia la teoría de la imputación de HEGEL. El punto de partida lo constituía la idea de que la relación causal entre la acción y el resultado no es suficiente para determinar cuándo lo acontecido es realmente obra de la persona. Para ello, según LARENZ, es necesario acudir a un juicio de imputación que permita delimitar el hecho de la persona frente a otros sucesos meramente fortuitos¹¹⁷. Como había explicado HEGEL, esa delimitación que lleva a cabo el juicio de imputación supone incluir dentro de la *acción* de la persona únicamente lo que es expresión de su libre voluntad, es decir, aquella parte del acontecer que tiene carácter moral por ser manifestación del dominio que ejerce la persona sobre la naturaleza gracias a su libertad. El juicio de imputación consiste, por tanto, en determinar la causalidad de la libertad o de la voluntad

¹¹⁷ *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 61-62.

estableciendo una relación teleológica entre un determinado resultado y la libre voluntad de la persona¹¹⁸.

LARENZ, sin embargo, introducía una corrección a la teoría de HEGEL y afirmaba que la relación con la voluntad no es una relación subjetiva que tenga que dejar fuera todo lo que el sujeto no se ha representado en su actuación. Explicaba LARENZ, efectivamente, que el problema de la teoría de HEGEL es que sólo permitía imputar lo que se corresponde con la intención o la voluntad, es decir, lo que queda abarcado por el *dolo*¹¹⁹. Ello, según LARENZ, suponía incurrir en un grave error, porque significaba no tener en cuenta que el conocer es a su vez parte de la libertad, de manera que si el sujeto tiene la posibilidad de conocer las consecuencias de su actuar cabe entender que el resultado también es obra de su voluntad¹²⁰. Por eso, decía LARENZ, la finalidad y la imputación deben entenderse de manera *objetiva*, porque lo importante en última instancia es la «posibilidad de previsión»¹²¹. Aclaraba, sin embargo, que lo que debe exigirse no es que la consecuencia sea previsible con carácter general, sino que sea previsible para el sujeto concreto en el momento de actuar, porque sólo en ese caso la posibilidad de previsión no le será ajena y estará unida finalmente a su libertad¹²². De esta forma, LARENZ terminaba acogiendo como criterio determinante del juicio de imputación objetiva el juicio de *adecuación* desarrollado por la teoría de la causalidad adecuada, insistiendo, sin embargo, en que no se trata de establecer una relación causal, sino de identificar lo que forma parte de la acción de la persona y se le puede imputar como su obra¹²³.

¹¹⁸ *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 63-68.

¹¹⁹ *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 51-52. Cfr., también, V. BUBNOFF, *Entwicklung*, pp. 43-44.

¹²⁰ *Hegels Zurechnungslehre*, p. 53.

¹²¹ *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 68 y 77. Sobre ello, cfr., también, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 25-26, nn. 23 y 24.

¹²² *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 79-81; IDEM, *NJW*, 1955, p. 1011.

¹²³ Se apoyaba concretamente en el concepto de adecuación desarrollado por Traeger, que por otra parte era el concepto dominante. Entendía, por tanto, que la adecuación o la imputación debía resolverse en atención a lo que fuera cognoscible para una persona razonable en el momento de la acción y colocado en la misma situación del autor, añadiendo los conocimientos concretos que éste pudiera tener. Eso era, a su juicio, lo que justificaba que pudiera hablarse de imputación y no de causalidad, porque lo determinante es que se pueda establecer una relación teleológica con la voluntad del sujeto. Cfr. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 83 y ss.; IDEM, *NJW*, 1955, p.

Poco tiempo después, HONIG se sumaba a la tesis de LARENZ y destacaba la importancia del juicio de imputación objetiva en el ámbito del Derecho penal. Del mismo modo que LARENZ, entendía que la causalidad sólo representa una relación fáctica entre la acción y el resultado que no dice nada acerca de su relevancia jurídica, por lo que se hace necesario acudir al juicio de imputación objetiva como juicio independiente de carácter axiológico¹²⁴. Aceptaba también los presupuestos filosóficos que LARENZ había tomado de la teoría de la imputación de HEGEL, reconociendo el sentido teleológico que debe tener el concepto de imputación y poniendo de relieve la concepción del ser humano como un ser capaz de prever las consecuencias de su conducta y someter la naturaleza a su finalidad¹²⁵. Explicaba, asimismo, que la imputación es *objetiva* porque la relación teleológica con el resultado prescinde de consideraciones sobre lo que el sujeto se ha representado de facto: lo importante es la posibilidad de ver lo sucedido como una manifestación de la voluntad dotada de finalidad¹²⁶, y para ello no hay que atender al conocimiento o voluntad actual del sujeto, sino a sus capacidades potenciales: basta con que exista una posibilidad de alcanzar o evitar el resultado¹²⁷. Concretamente, el criterio central del juicio de imputación objetiva lo constituye, según HONIG, la capacidad o posibilidad objetiva de representarse algo como finalidad (*objektive Zweckhaftigkeit*)¹²⁸, lo que significa que sólo puede imputarse el resultado cuando cabe pensar que ha sido producido de manera final. Ello, a su juicio, va más allá de la mera previsibilidad o calculabilidad del

1011. Cfr. también, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 26, n. 25. Por otro lado, indicaba que aunque ello permitiera establecer una relación con el sujeto, no debía confundirse con la imputación subjetiva porque se tomaba como principal referencia no el sujeto concreto, sino un sujeto razonable. De esta forma se conseguía dar a la imputación objetiva un significado independiente tanto con respecto a la causalidad como con respecto a la culpabilidad, en consonancia con la crítica que hacía a los autores hegelianos por no respetar la clásica distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* y haber incurrido en el mismo error que los autores de finales del siglo XIX, identificando la *imputatio facti* con la causalidad y centrandolo el análisis exclusivamente en la culpabilidad (*Hegels Zurechnungslehre*, pp. 61 y 70)

¹²⁴ *FG-Frank I*, pp. 178-182.

¹²⁵ *FG-Frank I*, p. 183.

¹²⁶ *FG-Frank I*, p. 184.

¹²⁷ *FG-Frank I*, p. 185.

¹²⁸ Sobre las distintas traducciones al castellano de esta expresión, cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 35, n. 127.

resultado, pues lleva implícito el ejercicio de cierto *dominio* sobre el curso causal¹²⁹.

En todo caso, para fundamentar su propuesta, HONIG se apoyaba no sólo en la teoría de la imputación desarrollada por HEGEL y LARENZ, sino también en consideraciones más propiamente jurídicas acerca de la forma en la que el ordenamiento jurídico-penal regula la convivencia humana mediante mandatos y prohibiciones. Indicaba, en este sentido, que, dado que estos mandatos y prohibiciones pretenden influir en la voluntad, al sujeto sólo le puede ser exigido lo que, conforme a la experiencia general, cabe esperar de su voluntad¹³⁰.

A mediados del siglo XX, algunos autores quisieron ver en esta teoría de la imputación objetiva el correcto ámbito de aplicación de la teoría de la prohibición de regreso formulada por FRANK¹³¹. Admitían que la intervención de los terceros

¹²⁹ *FG-Frank I*, pp. 186-187. Esta imputación objetiva basada en la previsibilidad y dominabilidad objetiva se encuentra ligada también a la «finalidad objetiva» que algunos años más tarde se iba a defender en el seno de la teoría social de la acción. Como explica GIMBERNAT ORDEIG (*Delitos cualificados*, p. 78), cuando surge la teoría finalista y el debate empieza a girar en torno al concepto de acción, la teoría de la imputación objetiva se va perfilando como una teoría social u objetivo-final de acción. La teoría social de acción había sido apuntado por Schmidt al definir la acción como transformación del mundo social exterior mediante una conducta voluntaria (v. LISZT/SCHMIDT, *AT*²⁶, p. 154) o como conducta con sentido social (SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, p. 75, n. 29) y fue asumida tiempo después por ENGISCH (*FS-Kohlrausch*, pp. 161-162 y 165), quien si bien inicialmente centraba la atención en la valoración jurídica de la acción o de la causalidad, tiempo después vinculaba su concepción de la teoría de la adecuación con la teoría de la acción social y con la idea de la finalidad objetiva o de la posibilidad objetiva de que algo sea tomado como fin. Dicha teoría fue desarrollada por MAIHOFFER (*FS-Schmidt*, pp. 170-178), presentándola como una teoría de la finalidad objetiva. Este autor definía la acción no como algo natural ligado a la causación o a la voluntariedad, sino como algo puramente espiritual basado en la potencialidad que se deduce de la capacidad del ser humano de liberarse de impulsos e instintos y actuar así conforme a fines. El sujeto tiene la capacidad de anticipar intelectual y volitivamente los efectos de su actuación y eso permite que sus manifestaciones no sólo sean naturales, sino también sociales. Desde ese punto de vista, destaca dos momentos característicos de la acción humana: uno intelectual relativo a la previsibilidad o calculabilidad y otro volitivo referido a la dominabilidad o gobernabilidad con el que se pretende abarcar las conductas basadas en omisiones, olvidos o descuidos. La acción se define así como una «conducta objetivamente dominable dirigida a un resultado social objetivamente previsible». Se trata, a su juicio, de un concepto final de carácter objetivo porque no se basa en lo actual, sino en lo potencial, y porque se refiere a la capacidad de una persona en general, permitiendo así dejar de lado el reproche propio de la culpabilidad.

¹³⁰ *FG-Frank I*, p. 187.

¹³¹ Cfr. H. MAYER, *AT*, p. 138; LARENZ, *NJW*, 1958, p. 1012; LAMPE, *ZStW* 71 (1959), pp. 615-616 y NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), pp. 424 y ss. De hecho, LARENZ, *op. cit.*, p. 1012, decía que el propio Frank, con su teoría de la prohibición de regreso, ya había dado a entender que lo determinante no es la causalidad natural, sino la posibilidad de imputar el resultado a la libre voluntad del sujeto, y que la razón por la que no había hecho explícito este planteamiento es porque la doctrina, por

no presenta ninguna particularidad desde el punto vista causal, pero entendían que sí puede afectar a la *dominabilidad* propia de la teoría de la imputación objetiva¹³². No obstante, no afrontaban el problema de la intervención de los terceros centrando la atención en la posible incompatibilidad entre la libertad del primer sujeto y la libertad del tercero. A juicio de estos autores, lo que impide al primer sujeto dominar la producción del resultado no es la libertad con la que actúa el tercero, sino más exactamente el carácter *doloso* de la conducta del tercero¹³³. Al igual que hacía FRANK, solamente reconocían la posibilidad de aplicar la prohibición de regreso cuando el tercero actúa de manera dolosa, y más concretamente cuando el tercero se sirve de la conducta imprudente del primer sujeto¹³⁴. De este modo, no sólo seguían restringiendo el alcance originario de la teoría de la interrupción del nexo causal, sino que, además, identificaban directamente la prohibición de regreso con la impunidad de la participación imprudente en una conducta dolosa¹³⁵. La fundamentación de la teoría de la prohibición de regreso se basaba así en el concepto de dominabilidad objetiva y en la regulación de la participación¹³⁶, pero se complementaba generalmente con consideraciones de carácter político-criminal relacionadas con la idea de que cuando la conducta del tercero obtiene el grado más alto de imputación posible (dolo), la conducta imprudente del primer sujeto representa una precondition que apenas tiene valor jurídico¹³⁷. La imputación objetiva queda excluida con motivo de una ponderación entre las dos formas de intervención: la mayor forma de

aquel entonces, estaba impregnada del dogma causal y desconocía el concepto de imputación objetiva.

¹³² Cfr., por todos, LARENZ, *NJW*, 1955, p. 1012.

¹³³ LARENZ, *NJW*, 1955, p. 1011; H. MAYER, *AT*, pp. 138-139; NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), pp. 428-429.

¹³⁴ H. MAYER, *AT*, pp. 138-139; LARENZ, *NJW*, 1955, p. 1012; LAMPE, *ZStW* 71 (1959), pp. 615-616; NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), pp. 428-429.

¹³⁵ Según H. MAYER, *AT*, p. 138, es la idea de que la participación imprudente es impune la que se encuentra detrás de la prohibición de regreso y de la interrupción del nexo causal. No obstante, tiempo después, este mismo autor distinguió claramente entre la prohibición de regreso entendida como una forma de excluir la imputación a título de autor y las consecuencias que de ello se derivan para la impunidad de la participación imprudente en atención a la voluntad del legislador alemán de castigar únicamente la participación dolosa. Cfr. H. MAYER, *AT* 1967, p. 74.

¹³⁶ Así, H. MAYER, *AT*, p. 138; NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), p. 439. Cfr. también, aunque rechazando el criterio el criterio de la dominabilidad y basándose directamente en la regulación de la autoría y la participación, SPENDEL, *JuS*, 1974, pp. 755-756.

¹³⁷ LARENZ, *NJW*, 1955, p. 1012.

imputación supera y excluye la imputación a la primera conducta¹³⁸. No hay necesidad de castigar al partícipe imprudente porque el hecho ya queda expiado con el castigo del autor doloso¹³⁹.

Para estos autores, en definitiva, la teoría de la prohibición de regreso no constituye una teoría sobre la relación de autoría, sino, básicamente, una teoría sobre la exclusión de la imputación objetiva en casos de participación imprudente en delitos dolosos.

2.2. *La teoría de la adecuación como teoría de la causalidad jurídicamente relevante*

En la primera mitad del siglo XX, algunos autores, sin partir del concepto de imputación de los hegelianos, quisieron igualmente utilizar la teoría de la adecuación como criterio valorativo con el que determinar la relación entre la acción y el resultado. En su caso, lo decisivo no era tanto el reconocimiento de una determinada concepción filosófica de la acción humana, como la necesidad de limitar el alcance de la teoría de la equivalencia de las condiciones en atención a las exigencias propias del Derecho penal. En su opinión, los límites que podían encontrarse en el plano de la culpabilidad eran insuficientes para resolver los problemas que se presentaban no ya sólo con los delitos cualificados por el resultado –para los que directamente queda legalmente vetada la posibilidad de atender a la culpabilidad–, sino también con los llamados cursos causales irregulares, es decir, con aquellos supuestos en los que el resultado se produce de manera inesperada o poco probable, como ocurre, por ejemplo, en el caso en el que alguien envía a otro a un bosque en plena tormenta con la intención de que se sea alcanzado por un rayo o lesiona gravemente a una persona que muere en el hospital como consecuencia de un incendio o de un tratamiento médico

¹³⁸ LARENZ, *NJW*, 1955, p. 1012. Algo sobre lo que volvería a incidir años más tarde WHERLE, *Regreßverbot?*, pp. 84-85. Cfr. *infra* II.1.1. Resta importancia estas consideraciones de carácter político-criminal por ser ajenas a la teoría de la imputación objetiva NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), p. 426 y 430, n. 80, quien, sin embargo, reconoce que son importantes para poner en duda las tesis que, también desde el punto de vista político-criminal, critican la teoría de la prohibición de regreso.

¹³⁹ H. MAYER, *AT*, p. 138. Cfr., también, LAMPE, *ZStW* 71 (1959), pp. 615-616, n. 108; SPENDEL, *JuS*, 1974, p. 756.

equivocado. Si no se hace responsable al sujeto en este tipo de casos, es porque no hay una relación de adecuación entre la conducta y el resultado. Esta es la conclusión a la que llegaba, por ejemplo, ENGISCH¹⁴⁰.

Según ENGISCH, la teoría de la adecuación permite diferenciar las causas que son jurídicamente relevantes descartando aquellas que sólo producen el resultado de manera fortuita¹⁴¹. A su juicio, sin embargo, ello no afecta a la causalidad, sino a la antinormatividad, pues en atención a la finalidad de la norma, cabe afirmar que el sujeto sólo realiza una conducta prohibida cuando existe una relación de adecuación entre su conducta y el resultado desaprobado. Ello es así porque lo que castiga la norma no es tanto la causación de un resultado, como la *omisión del cuidado objetivamente debido* mediante la realización de una conducta que aumenta la posibilidad de que se produzca el resultado¹⁴². Desde este punto de vista, ENGISCH consideraba que la relación de adecuación debe determinarse desde un punto de vista *ex ante* en función de los conocimientos que una persona ideal hubiera tenido en el momento de llevarse a cabo la conducta. No se atiende a lo que es previsible para el sujeto concreto, sino a lo que es previsible para una persona razonable o cuidadosa en el momento de la acción. Los conocimientos del sujeto concreto son complementados con los conocimientos que hubiera tenido la persona cuidadosa porque se piensa que lo que no hubiera conocido esa persona cuidadosa tampoco le es cognoscible al sujeto concreto¹⁴³. Reconocía ENGISCH que a estas mismas conclusiones llegaban

¹⁴⁰ *Kausalität*, pp. 50-51. En sentido parecido, V. HIPPEL, *Lehrbuch*, pp. 96-97; MEZGER, *Tratado I*, p. 224, y MAURACH, *Tratado I*, pp. 231-232, compatibilizando la teoría de la adecuación como teórica limitadora de la causalidad en el plano de la tipicidad y el concepto final de acción. Siguiéndole CÓRDOBA RODA, en MAURACH, *op. cit.*, pp. 238-239, n. 23.

¹⁴¹ *Kausalität*, p. 41.

¹⁴² *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 284, 336 y ss.; IDEM, *Kausalität*, pp. 45-53. El deber objetivo de cuidado como criterio relacionado con la previsibilidad objetiva había empezado a ser utilizado por algunos autores para dar a la culpabilidad un contenido normativo y se trasladaba ahora al ámbito del injusto vinculado a la teoría de la adecuación como teoría limitadora del tipo. Cfr, sobre ello, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 25-27, 43 y ss. Algunos autores, sin embargo, aunque aceptaban la teoría de la adecuación como teoría limitadora de la causalidad, seguían ubicando la infracción del deber de cuidado en el plano de la culpabilidad, como, por ejemplo, V. HIPPEL, *Lehrbuch*, pp. 98 y 143-144; y MEZGER, *Tratado II*, p. 196, o en un plano intermedio como el de la «responsabilidad por el hecho» en el caso de MAURACH, *Tratado II*, pp. 230 y ss.

¹⁴³ *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 284; IDEM, *Kausalität*, pp. 52-57. En sentido parecido, MAURACH, *Tratado I*, pp. 236-237. De esta forma, se empezaba a desarrollar una teoría personal

también quienes, como LARENZ y HONIG, partían de la teoría de la imputación objetiva, pero a su juicio esta teoría, en sí misma, no aportaba nada nuevo, pues tanto la causalidad, como la tipicidad y la antijuridicidad pueden verse como parte de la imputación objetiva. Para ENGISCH, el juicio de adecuación es concretamente un elemento de la tipicidad que permite identificar qué conductas causales pueden llegar a contravenir la norma penal¹⁴⁴. A partir de ahí, ENGISCH distinguía entre la adecuación con respecto al resultado genérico descrito en el tipo y la adecuación con respecto al resultado lesivo que se ha producido concretamente, pues hay que tener en cuenta que lo que *ex ante* puede ser peligroso, puede no serlo *ex post*, en cuyo caso faltará la *relación de antijuridicidad* que permite afirmar que el peligro inicial se ha realizado en el resultado típico¹⁴⁵.

Con respecto a la posterior intervención de terceros o de la víctima, el juicio de adecuación que permite delimitar el deber objetivo de cuidado no presenta, según ENGISCH, ninguna particularidad y no hay razón, por tanto, para aceptar la teoría de la prohibición de regreso¹⁴⁶. En primer lugar, porque la idea de la causalidad psíquicamente mediada que late detrás de esta teoría no resulta coherente: cuando el tercero actúa de manera imprudente o cuando, aun actuando con dolo, no cumple con otros elementos subjetivos o no reúne las cualidades personales exigidas para realizar el delito (sujeto no cualificado), existe una relación causal psíquicamente mediada y, sin embargo, la teoría de la prohibición

del injusto. Al centrar la atención en la capacidad de previsión y en la infracción de un deber, el injusto ya no se concibe únicamente como una lesión de intereses, sino también como un reproche referido a la capacidad del sujeto de evitar el resultado; algo que, sin embargo, no necesita confundirse con el reproche propio de la culpabilidad porque el «poder» no se refiere a un sujeto concreto, sino a una persona general en una determinada situación. No se trata de que el sujeto podía y debía actuar de otro modo, sino que en ese caso *se* podía y debía actuar de otro modo. Cfr., en este sentido, MAIHOFER, *FS-Rittler*, pp. 152 y ss.

¹⁴⁴ *Kausalität*, p. 59, n. 1. No obstante, tiempo después iba a destacar la relación entre su propia concepción de la teoría de la adecuación y la teoría de la finalidad objetiva dentro del concepto social de la acción. Cfr. *supra* 1.2.1., en este mismo capítulo.

¹⁴⁵ Como ocurre, a su juicio, en el caso del médico que suministra al paciente cocaína en lugar de novocaína y, posteriormente, se demuestra que, aun habiendo actuado correctamente, la novocaína hubiera tenido el mismo efecto. Cfr. ENGISCH, *Kausalität*, pp. 61-69. En sentido parecido se pronuncia también MEZGER, *Tratado I*, pp. 226-227.

¹⁴⁶ *Kausalität*, pp. 80-81.

de regreso permite castigar por autoría mediata¹⁴⁷. En segundo lugar, porque en los casos en los que el primer sujeto actúa de manera imprudente, el hecho de que el tercero actúe con dolo o con imprudencia no es razón suficiente para eximirle de responsabilidad; cuando, por ejemplo, alguien de manera imprudente deja cargada una escopeta y otro la dispara con dolo o imprudencia, nada impide que, tal y como venía sosteniendo el *Reichsgericht*, el primer sujeto pueda llegar a responder por autoría imprudente¹⁴⁸.

2.3. *La teoría final de la acción y la infracción del deber objetivo de cuidado*

Al igual que ENGISCH, aunque partiendo de fundamentaciones teóricas distintas¹⁴⁹, WELZEL situaba el juicio de adecuación y la infracción del deber objetivo de cuidado dentro de la tipicidad; más exactamente dentro del tipo de injusto de los delitos imprudentes¹⁵⁰. Con su teoría final de la acción, WELZEL se mostraba especialmente crítico con el protagonismo que el positivismo naturalista

¹⁴⁷ *Kausalität*, p. 78.

¹⁴⁸ *Kausalität*, pp. 81-82. No obstante, tiempo después sí reconocería la necesidad de otorgar un tratamiento diferenciado a los casos en los que interviene un tercero apelando al principio de confianza que por aquel entonces la jurisprudencia empezaba a desarrollar en el ámbito del tráfico viario. Cfr. *supra* cap. 2, ap. I.1.

¹⁴⁹ Parte concretamente de planteamientos de carácter fenomenológico explicando que la valoración no es totalmente libre porque siempre se ve condicionada de alguna de manera por la propia realidad del objeto valorado, y que cuando se trata de valorar la acción humana hay que respetar su realidad ontológica como categoría apriorística formal. La acción cuenta con una estructura lógico-objetiva o lógico-real que la define como una unidad de elementos objetivos (causales) y subjetivos (finales) y que no puede romperse estudiando una parte en la antijuridicidad y otra parte en la culpabilidad. Sobre ello, cfr. WELZEL, *ZStW* 51 (1931), pp. 706 y ss; IDEM, *ZStW* 58 (1939), pp. 493-498; IDEM, *Naturrecht*, pp. 194-197. No obstante, en un primer momento, al subrayar el aspecto de la intencionalidad dentro de estructura lógico-objetiva de la acción humana y abogar por la necesidad de establecer una relación teleológica entre el sujeto y el resultado producido, se mostraba partidario del concepto de imputación objetiva y de la teoría de la adecuación, basando la relación teleológica en el hecho de que el sujeto haya previsto o haya podido prever las consecuencias de su actuación. Reconocía llegar así a resultados semejantes a los de Larenz, aunque partiendo de postulados teóricos distintos. Cfr., en este sentido, IDEM, *ZStW* 51 (1931), pp. 717-720, n. 30. Más tarde, sin embargo, se distanciaría de la imputación objetiva al querer centrar la atención en todo caso en la dirección de la voluntad, insistiendo en el carácter final de la acción humana tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes y criticando, en este sentido, la doctrina social o final objetiva de autores como Maihofer por no fijarse propiamente en la acción, sino en la imputación objetiva de resultados. Cfr. IDEM *El nuevo sistema*, pp. 38-40; IDEM, *AT*¹¹, p. 129.

¹⁵⁰ *El nuevo sistema*, pp. 71 y ss.

había otorgado al carácter causal de la acción humana¹⁵¹ y explicaba que, en atención a su estructura lógico-objetiva o lógico-real, la acción humana es un acontecer final dirigido por la voluntad del individuo, de modo que el Derecho penal sólo puede valorar acciones *finales*, es decir, acciones en las que se produce una unidad o relación de sentido entre elementos objetivos (relativos a lo que acontece en el mundo exterior) y subjetivos (relativos a la voluntad)¹⁵². De esta forma, llegaba a la conclusión de que la antijuridicidad de la acción no puede establecerse sin atender al elemento subjetivo de la finalidad¹⁵³ y que, en esa medida, hay que reconocer necesariamente que el dolo forma parte del tipo de injusto de los delitos dolosos¹⁵⁴. En el tipo de injusto de los delitos imprudentes, sin embargo, aunque destacaba también la necesidad de centrar la atención en el desvalor de la acción (final) y no en la causación del resultado, consideraba que lo determinante para reconocer la antijuridicidad de la conducta no viene dado por la dirección final, sino por la divergencia entre la acción realizada y la acción exigida por el tráfico, es decir, por la infracción del deber objetivo de cuidado, lo que le llevaba a aceptar en este ámbito el mismo criterio de la previsibilidad objetiva que utilizaba la teoría de la adecuación¹⁵⁵. En la delimitación del deber

¹⁵¹ Para destacar el carácter final de la acción humana como parte de su estructura lógico-objetiva, no sólo partía de consideraciones fenomenológicas, sino también de una particular concepción del Derecho penal de naturaleza positiva y ético-social. Frente al carácter preventivo-negativo de la mera protección de bienes jurídicos, quería incidir el substrato ético social de las normas penales. Cfr. WELZEL, *PG* 1956, pp. 3-13; IDEM, *AT*¹¹, pp. 3-9.

¹⁵² *ZStW* 59 (1939), pp. 502-503; IDEM, *PG* 1956, pp. 35-42; IDEM, *El nuevo sistema*, pp. 25-31 y 48; IDEM, *AT*¹¹, pp. 30-36.

¹⁵³ Lo que no queda abarcado por la finalidad y carece, por tanto, de ese elemento subjetivo sólo es un proceso causal ciego que no puede ser objeto de los mandatos y prohibiciones del Derecho penal. Cfr. WELZEL, *El nuevo sistema*, pp. 28-30.

¹⁵⁴ *PG* 1956, pp. 45 y 68-69; IDEM, *El nuevo sistema*, pp. 33-34 y 61-66; IDEM, *AT*¹¹, pp. 59-61. Así, en los cursos causal irregulares producidos a partir de una conducta dolosa la solución no dependía tanto de la teoría de la adecuación, como de la existencia o inexistencia de dolo. Cfr. WELZEL, *AT*¹¹, pp. 66-67.

¹⁵⁵ *El nuevo sistema*, pp. 34-36 y 71; IDEM, *AT*¹¹, pp. 130-132. En sentido parecido, partiendo también de la teoría final de la acción, MAURACH, *Tratado II*, p. 229. Puesto que Welzel tomaba como referencia la finalidad del sujeto concreto, en un primer momento, en el ámbito del delito imprudente, llegaba a negar la posibilidad de diferenciar entre antijuridicidad y culpabilidad, porque la finalidad potencial se refería también al sujeto concreto y presuponía su capacidad de culpabilidad. Así, por ejemplo, WELZEL, *ZStW* 58 (1939), pp. 559-563. Posteriormente, en cambio, diferenciaba ambos planos y valoraba dentro del injusto del delito imprudente la previsibilidad objetiva del resultado y la infracción del deber objetivo de cuidado, con lo que mantenía un concepto subjetivo-personal de injusto en el delito doloso y un concepto objetivo-personal de injusto en el delito imprudente. Cfr., en este sentido, MAIHOFFER, *ZStW* 70 (1958), pp. 173 y ss., señalando este autor, además, que incluso en el delito doloso no conseguía Welzel mantener una

objetivo de cuidado, junto con el elemento *intelectual* de la previsibilidad objetiva, hacía referencia a la necesidad de introducir también un elemento *normativo* con el que identificar las conductas que, aun siendo adecuadas o peligrosas, no resultan típicas por quedar dentro de lo permitido o socialmente adecuado¹⁵⁶. En este elemento normativo ligado al concepto de riesgo permitido, que años antes había empezado a ser destacado en el estudio de la culpabilidad y que ya ENGISCH había ubicado en el plano de la antijuridicidad¹⁵⁷, es donde WELZEL valora la mediación de los terceros, asumiendo la validez del *principio de confianza* que la jurisprudencia había desarrollado para el tráfico viario¹⁵⁸.

En el ámbito de los delitos dolosos, en cambio, siguiendo la tónica general de la época, WELZEL sólo concedía relevancia a la intervención de los terceros para determinar el grado de participación. Establecía a este respecto una clara diferenciación entre los delitos dolosos y los delitos imprudentes porque, a su juicio, el criterio que permite diferenciar entre autores y partícipes es el *dominio final del hecho*, y en la medida en que este criterio toma también como referencia el elemento de la finalidad, no puede ser aplicado cuando la conducta del sujeto es imprudente. En los delitos imprudentes no hay más remedio, por tanto, que admitir la imposibilidad de diferenciar entre autores y partícipes, de manera que si

concepción puramente subjetiva del injusto, pues reconocía que, dado que el sujeto nunca puede representarse perfectamente el acontecer causal, podía seguir considerándose dolosa aquella conducta en la que el resultado no se desvía de manera esencial del curso causal pretendido y que, en esa medida, se mantiene dentro de lo adecuado; de modo que, en definitiva, Welzel no se alejaba de la finalidad objetiva tanto como creía (*op. cit.* p. 183).

¹⁵⁶ *El nuevo sistema*, pp. 71 y ss.; IDEM, *AT*¹¹, pp. 132 y ss. Con su teoría de la adecuación social, sobre todo en un primer momento, introducía un aspecto valorativo y normativo tendente a limitar el alcance del tipo tanto en los delitos imprudentes como en los delitos. Cfr. IDEM, *ZStW* 58 (1939), pp. 514 y ss. De hecho, se ha querido ver en esta teoría de la adecuación social un antecedente de la moderna teoría de la imputación objetiva que se iba a desarrollar tiempo más tarde. Cfr., en este sentido, CANCIO MELIÁ, *ADPCP*, 1993, pp. 697 y ss.; IDEM, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 30 y ss.

¹⁵⁷ *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 286, 336 y ss.; IDEM, *Kausalität*, p. 53, n. 2. Según este autor, no toda conducta adecuada lesiva del deber de cuidado resulta antijurídica, pues pueden operar causas de justificación como, por ejemplo, el estado de necesidad o el riesgo permitido. Más tarde (IDEM, *FS-BDJ I*, pp. 418 y ss) reconoce que es un aspecto que excluye la tipicidad.

¹⁵⁸ *El nuevo sistema*, pp. 72-73; IDEM, *AT*¹¹, pp. 132-134. Ello sería seguido por otros autores de la teoría finalista como, por ejemplo, MAURACH, *Tratado II*, pp. 241 y 245-246, quien sin embargo no lo ubica en el injusto sino en el plano de la «responsabilidad por el hecho», o también, muy especialmente, STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, pp. 386-387, quien extendía su ámbito de aplicación a todas las actividades en las que existiese una división del trabajo. Lo aceptaría posteriormente el propio WELZEL, *AT*¹¹, p. 133.

quiere conceder importancia a la mediación de terceras personas no se puede apelar a la prohibición de regreso, sino sólo a figuras que, como el principio de confianza, sirven para limitar el deber de cuidado, pues en este tipo de delitos es únicamente la infracción del deber de cuidado la que fundamenta la autoría¹⁵⁹.

2.4. *Juicio de adecuación e intervención de los terceros*

Debido a esa nueva forma de analizar la relación entre la conducta y el resultado basada principalmente en el juicio de adecuación –o en el elemento de la finalidad–, a mediados del siglo XX la intervención de los terceros dejaba definitivamente de ser relevante para determinar la relación de causalidad y solamente se tomaba en consideración para excluir, en su caso, la imputación objetiva del resultado o la infracción del deber objetivo de cuidado.

En los supuestos en los que el primer sujeto actúa de manera dolosa y es consciente de la intervención posterior del tercero no se advertía ningún problema para establecer la relación entre la conducta y el resultado. La mediación del tercero sólo conducía a la necesidad de diferenciar entre autoría y participación, de manera que no se analizaba propiamente la existencia de una relación con el resultado típico, sino solamente la forma en la que se produce esa relación. En cambio, en los supuestos en los que el primer sujeto actúa de manera imprudente, aunque el criterio de la adecuación permitía, en principio, llegar a conclusiones parecidas no poniendo en duda la relación entre la conducta y el resultado, tanto entre la jurisprudencia como entre la doctrina iban apareciendo claras propuestas de limitación¹⁶⁰. Por una parte, los defensores de la teoría de la prohibición de regreso, asumiendo de manera más o menos explícita la posibilidad de diferenciar entre autoría y participación en los delitos imprudentes, excluían el carácter típico

¹⁵⁹ ZStW 58 (1939), pp. 538 y ss.; IDEM, AT¹¹, pp. 98 y ss. En el mismo sentido, MAURACH, *Tratado II*, pp. 307-309.

¹⁶⁰ Como explica DIEL, *Regreßverbot*, pp. 128-129, desde el momento en que se consideraba que el Código penal alemán dejaba sin castigo la participación imprudente y que, por tanto, podía responder como autor cualquiera de los intervinientes, los problemas para limitar la responsabilidad se trasladaban claramente al plano de la causalidad o, en general, a la relación entre la conducta y el resultado lesivo.

de la conducta ante la intervención dolosa de un tercero¹⁶¹. Por otra parte, quienes negaban esa posible diferenciación reconocían, no obstante, la necesidad de limitar el deber del sujeto de prever o contar con los comportamientos incorrectos de los terceros. En este punto fue decisiva la aportación de EXNER. Ya antes de que los partidarios de la teoría de la imputación objetiva reivindicasen, en los años cincuenta, la teoría de la prohibición de regreso, EXNER proponía tomar como referencia la conducta de los terceros para limitar el juicio de adecuación en el plano de la culpabilidad, dentro del estudio del delito imprudente. Realizaba, en este sentido, consideraciones semejantes a las del principio de confianza y se adelantaba al expreso reconocimiento que este principio iba a tener por parte de la jurisprudencia en el ámbito del tráfico viario¹⁶².

En efecto, preocupado por el desarrollo de actividades tan peligrosas como la del tráfico viario y, en general, por la gran cantidad de situaciones en las que el resultado lesivo se produce por la mediación de varias personas, EXNER afrontó el estudio de la concurrencia de culpas preguntándose en qué medida la responsabilidad por imprudencia de una persona puede extenderse a los resultados causados o cocausados por terceras personas¹⁶³. En consonancia con la doctrina mayoritaria, no se planteaba la posibilidad de limitar la relación con el resultado cuando la conducta del primer sujeto es dolosa y puede dar lugar en todo caso a una responsabilidad a título partícipe, pero sí consideraba necesario establecer alguna restricción cuando la conducta es imprudente¹⁶⁴. Así, por lo pronto, asumía la teoría de la prohibición de regreso y decía que cuando la conducta del tercero es dolosa, la conducta del primer sujeto representa una forma de participación imprudente que ha de resultar impune¹⁶⁵, pues, a su juicio, no tendría sentido castigar por autoría imprudente una conducta que sólo daría lugar a participación

¹⁶¹ Cfr. *supra* I.2.1

¹⁶² Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.1.2.

¹⁶³ *FG-Frank I*, pp. 569-570.

¹⁶⁴ *FG-Frank I*, p. 573.

¹⁶⁵ Reconocía, sin embargo, dos excepciones: una cuando es posible apreciar una coautoría entre la conducta imprudente y la conducta dolosa y otra es los casos en los que el primer sujeto puede llegar a ser responsable por omisión, como por ejemplo uno de los progenitores respecto del ataque realizado sobre su hijo por parte del otro progenitor. Cfr. EXNER, *FG-Frank I*, pp. 595-596.

en caso de haberse realizado con dolo¹⁶⁶. Por otra parte –y aquí radica la especial relevancia de la aportación de EXNER–, consideraba que también cuando la conducta del tercero es imprudente resulta necesario establecer una limitación de la responsabilidad por imprudencia. Afirmaba, en este sentido, que no se puede exigir a los sujetos que cuenten constantemente con las conductas imprudentes de los terceros: si los sujetos actúan de manera conjunta cabe pensar en una posible coautoría imprudente¹⁶⁷, pero si no ha habido acuerdo hay que reconocer que, en principio, el primer sujeto puede *confiar* en que el tercero no se comporte imprudentemente¹⁶⁸.

2.5. *La moderna teoría de la imputación objetiva*

Aunque, gracias sobre todo a la teoría finalista, el debate sobre el concepto de acción fue adquiriendo cada vez mayor protagonismo, algunos autores, en los años sesenta del pasado siglo XX, empezaron a poner en duda que el carácter típico de la conducta pudiera verse condicionado por consideraciones prejurídicas acerca de la naturaleza de la acción humana.

Uno de esos autores fue GIMBERNAT ORDEIG. Según este autor, el concepto ontológico de acción no sirve ni para determinar la estructura del tipo¹⁶⁹, ni para establecer la relación entre la acción y el resultado¹⁷⁰. Prueba de esto último es que cuando la teoría final o la teoría social analizan la existencia de una acción humana o de una relación entre la acción y el resultado, toman siempre

¹⁶⁶ *FG-Frank I*, pp. 593-597. En un sentido parecido se pronunciaba también v. HIPPEL, *Lehrbuch*, pp. 95 y 164, quien, aun negando que en estos casos pudiera existir una interrupción del nexo causal, llegaba a la conclusión de que eran conductas impunes en atención a la regulación de la inducción y la complicidad.

¹⁶⁷ *FG-Frank I*, pp. 572-573.

¹⁶⁸ *FG-Frank I*, pp. 582-583.

¹⁶⁹ *ADPCP*, 1962, pp. 551 y 557, n. 2. Consideraba, efectivamente, que las diferencias entre la teoría final y la teoría social de la acción no se derivaban tanto del concepto ontológico de acción como del modo en el que se pretendía llevar a cabo el análisis de la tipicidad. Se sumaba así expresamente a las tesis de autores como GALLAS, *ZStW* 67 (1955), pp. 7-8 y 13-15, que definían la teoría final y la teoría social de la acción como teorías del tipo. Cfr., también, en un sentido parecido, ROXIN, *ZStW* 74 (1962), p. 548.

¹⁷⁰ *ADPCP*, 1962, p. 553.

como referencia un determinado resultado típico y confunden el concepto de *acción* con el concepto de *acción típica*¹⁷¹. Ello demuestra, efectivamente, que en última instancia sólo el legislador decide qué acciones son susceptibles de realizar los tipos penales y que, por tanto, en una línea parecida a la que había apuntado ENGISCH, debe reconocerse que lo importante, en realidad, no es que la conducta del sujeto pueda ser definida como acción o como causación del resultado, sino que pueda ser desvalorada por el correspondiente tipo penal¹⁷². GIMBERNAT ORDEIG proponía, en ese sentido, adoptar un punto de vista plenamente valorativo y normativo para centrar el análisis en la *reprobabilidad* o *reprochabilidad* objetiva de la conducta, una reprochabilidad *objetiva* distinta de la reprochabilidad *subjetiva* que se estudia en el plano de la culpabilidad¹⁷³. Explicaba, por ejemplo, que en la mayoría de los casos en los que se producen cursos causales irregulares, difícilmente puede negarse que el sujeto ha realizado una conducta o que ha causado un resultado lesivo; lo que ocurre es que aunque se reconozca la existencia de una conducta, o incluso de una conducta peligrosa que puede causar el resultado de manera adecuada, es posible que esa conducta se encuentre dentro del riesgo permitido y no sea desvalorada por el tipo penal¹⁷⁴. La causalidad, aun siendo necesaria para establecer la relación entre la conducta y el resultado, es insuficiente para determinar el carácter típico de la conducta; las limitaciones que proponen las distintas teorías causales que se oponen a la teoría de la equivalencia de las condiciones no afectan realmente a la causalidad material y sólo pueden ser aceptadas a la hora de determinar el carácter típico de la conducta. Lo importante es saber por qué la conducta que causa el resultado puede resultar atípica, y para responder a esta pregunta hay atender a la *reprochabilidad objetiva*, que es la característica esencial del injusto¹⁷⁵. Una conducta es objetivamente reprochable cuando puede decirse que un sujeto prudente no la habría cometido, es decir,

¹⁷¹ ADPCP, 1962, pp. 553-557; IDEM, *Delitos cualificados*, pp. 111 y ss.

¹⁷² ADPCP, 1962, p. 558; IDEM, *Delitos cualificados*, p. 123.

¹⁷³ ADPCP, 1962, p. 559, n. 53; IDEM, *Delitos cualificados*, p. 107.

¹⁷⁴ ADPCP, 1962, pp. 566-567; IDEM, *Delitos cualificados*, pp. 149 y ss. Pudiendo excluirse, en los delitos dolosos, no sólo la consumación, sino también la tentativa.

¹⁷⁵ *Delitos cualificados*, pp. 105-108.

cuando lesiona el deber objetivo de cuidado¹⁷⁶. Para llegar a esa conclusión es necesario, ciertamente, que la conducta, dolosa o imprudente, resulte adecuada o peligrosa en atención a lo que hubiera podido prever un sujeto cuidadoso en la situación del autor, pero lo determinante es que el riesgo que lleva unido esa conducta pueda definirse como un riesgo desvalorado o no permitido¹⁷⁷.

Desde un punto de vista parecido, ROXIN se mostró partidario de dejar definitivamente la relación de causalidad en un segundo plano, dando mayor importancia al juicio de imputación y sustituyendo el concepto ontológico de acción por un concepto de carácter normativo¹⁷⁸. Para ello, proponía recuperar el juicio de imputación utilizado por HONIG. En su opinión, tal juicio de imputación, aunque se encontraba en parte vinculado al concepto de imputación de LARENZ y al concepto de acción de los hegelianos, se presentaba fundamentalmente como un criterio de valoración basado en las normas jurídicas¹⁷⁹. ROXIN manifestaba así su deseo de estudiar la acción y su relación con el resultado desde una perspectiva esencialmente normativa distinta de la perspectiva naturalista del dogma causal¹⁸⁰. Para establecer la relación entre la conducta y el resultado, tanto en los delitos dolosos, como en los delitos imprudentes, el criterio determinante debía ser la creación de un riesgo jurídicamente relevante o jurídicamente desaprobado¹⁸¹.

Se iba dando paso de esta forma a una nueva teoría de la imputación objetiva de carácter normativo, inspirada en la interpretación de los tipos penales y ligada a consideraciones de política-criminal¹⁸².

¹⁷⁶ *Delitos cualificados*, p. 108.

¹⁷⁷ *ADPCP*, 1962, pp. 560-566 y 568; IDEM, *Delitos cualificados*, pp. 108-110 y 153-159, en especial, p. 155, aclarando que el cuidado debido no sólo es importante en los delitos culposos, sino también en los delitos dolosos.

¹⁷⁸ *ZStW* 74 (1962), p. 516; IDEM, *FS-Honig*, p. 133.

¹⁷⁹ *FS-Honig*, pp. 134-135.

¹⁸⁰ *FS-Honig*, p. 138.

¹⁸¹ *FS-Honig*, pp. 135 y ss.

¹⁸² Esta teoría de la imputación objetiva es expresión, efectivamente, de la corriente funcionalista o teleológico-racional que aboga por una normativización de los conceptos inspirada en la finalidad de la norma penal y en exigencias político-criminales. Cfr, en este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. XXIII y 31-33; CANCIO MELIÁ, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 16-18.

Dentro de esta nueva teoría de la imputación objetiva se destaca, en primer lugar, el criterio de la *creación de un riesgo jurídicamente relevante o no permitido*, que es utilizado inicialmente para resolver los casos de cursos causales irregulares¹⁸³. ROXIN, por su parte, propone también el criterio de la *disminución del riesgo* para aplicarlo en los casos en los que se desencadena un curso causal con objeto de evitar una lesión más grave¹⁸⁴. En tercer lugar, para resolver los problemas planteados por los llamados «cursos alternativos conforme a derecho» –en los que se reconoce que el resultado también se hubiera podido producir con una conducta cuidadosa–, se aboga igualmente por la utilización de criterios normativos que no hagan depender la solución simplemente de una mayor concreción del juicio de adecuación o de consideraciones hipotéticas vinculadas a la idea de evitabilidad¹⁸⁵. En estos casos, para determinar la relación entre la conducta infractora del deber de cuidado y el resultado lesivo, ROXIN propone la *teoría del incremento del riesgo*¹⁸⁶ y GIMBERNAT la *teoría del fin de protección de la norma de cuidado*¹⁸⁷. Por otro lado, ROXIN considera necesario manejar, además, un último criterio para negar la imputación del resultado cuando se realiza una conducta que, aun siendo creadora de un riesgo no permitido y aun habiendo dado lugar al resultado lesivo, no está desvalorada realmente por el correspondiente tipo penal¹⁸⁸. Este criterio lo encuentra en el *ámbito de protección de la norma* o en el *alcance del tipo*¹⁸⁹ y lo utiliza para analizar, por ejemplo, los

¹⁸³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1962, p. 566; IDEM, *Delitos cualificados*, pp. 149 y ss.; ROXIN, *FS-Honig*, pp. 136 y ss.,

¹⁸⁴ *FS-Honig*, p. 136.

¹⁸⁵ Cfr., ROXIN, *ZStW* 74 (1962), pp. 413 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *RDCir*, 1965, pp. 596 y ss.; IDEM, *Delitos cualificados*, pp. 129 y ss.; RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 549-554.

¹⁸⁶ *ZStW* 74 (1962), pp. 430 y ss. Según este criterio, lo que hay que hacer es comprobar si el riesgo ocasionado por el sujeto es mayor que el riesgo que se hubiese producido con una conducta amparada por el riesgo permitido. También RUDOLPHI (*JuS*, 1969, pp. 551-554) asumía el criterio del incremento del riesgo, aunque lo ponía en relación con el criterio del fin de protección de la norma de cuidado.

¹⁸⁷ *RDCir*, 1965, pp. 676-677, n. 37. IDEM, *Delitos cualificados*, pp. 141 y ss. De acuerdo con este criterio, lo decisivo es que el resultado lesivo sea uno de los que pretendían evitarse con el establecimiento del deber de diligencia.

¹⁸⁸ *FS-Honig*, pp. 140-141; IDEM, *FS-Gallas*, pp. 243 y ss.

¹⁸⁹ En un primer momento (*FS-Honig*, pp. 140 y ss) emplea la expresión «ámbito de protección de la norma» (*Schutzbereich der Norm*) tomando como referencia la idea del «fin de protección de la

casos en los que se contribuye a una autolesión o a una autopuesta en peligro, se crea un riesgo que es aceptado por la víctima, aparecen con posterioridad nuevos resultados lesivos, se producen reacciones de *schock* o se causan nuevas lesiones como consecuencia de la actuación culpable de la víctima o de un tercero¹⁹⁰.

Aunque los criterios normativos de esta moderna teoría de la imputación objetiva pretenden tener validez tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes, lo cierto es que, en un primer momento, su análisis se desarrolla fundamentalmente en el ámbito de estos últimos delitos. Salvo el criterio relativo a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que desde un principio obtiene un mismo reconocimiento en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes, el resto de criterios se exponen por lo general partiendo de supuestos en los que el sujeto actúa de manera imprudente. Con respecto a criterios como los del fin de protección de la norma de cuidado o la teoría del incremento del riesgo –orientados a la determinación de la relación entre la conducta infractora del deber de cuidado y el resultado lesivo–, se reconoce la posibilidad de extender su aplicación a los delitos dolosos, pero se limita la exposición a supuestos de delitos imprudentes¹⁹¹. En cuanto al criterio del ámbito de protección de la norma, el propio ROXIN manifiesta expresamente que este criterio no puede operar de igual forma en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes. Explica, en ese sentido, que si, por ejemplo, alguien quiere acabar con la vida de una persona enferma del corazón matando a su único hijo, *es posible* que, a diferencia de lo que ocurriría en caso de haber actuado imprudentemente, se tenga que llegar a

norma» que habían utilizado Gimbernat Ordeig y Rudolphi, pero tratando también nuevos problemas en los que ya no se cuestiona propiamente la relación entre la conducta y el resultado. Tiempo después (*FS-Gallas*, pp. 242-243) opta por la expresión «fin de protección de la norma» (*Schutzzweck der Norm*), pero aclarando que es un criterio distinto tendente únicamente a identificar aquellas conductas que, aun habiendo creado un riesgo no permitido que efectivamente se ha realizado en el resultado, no dan lugar a un delito imprudente. Finalmente, cambia la denominación y trata estos casos dentro del llamado «alcance del tipo» (*AT I*³, 11/90 y ss.). En el presente trabajo se utilizarán solamente las expresiones «ámbito de protección de la norma» o «alcance del tipo», para diferenciar este tercer criterio de aquel otro basado en el «fin de protección de la norma de cuidado». Sobre esta confusión terminológica cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 34-35, nn. 49 y 50.

¹⁹⁰ *FS-Gallas*, pp. 243 y ss.

¹⁹¹ Así, GIMBERNAT ORDEIG, *RDCir*, 1965, pp. 680-682; IDEM, *Delitos cualificados*, p. 147; ROXIN, *FS-Honig*, p. 144.

reconocer la existencia de un homicidio, pues en los delitos dolosos las consideraciones desde el punto de vista teleológico pueden ser distintas¹⁹².

Esta tendencia a aplicar los criterios de la imputación objetiva principalmente en el ámbito de los delitos imprudentes se aprecia también en el tratamiento de los problemas relacionados con la intervención de terceras personas.

En los delitos dolosos se sigue pensando que la intervención de los terceros no permite poner en duda la relación con el resultado y solamente supone la necesidad de diferenciar entre autoría y participación. En estos delitos, efectivamente, la única particularidad, según ROXIN, pasa por introducir, junto a los demás criterios de imputación objetiva, un criterio de imputación «añadido», basado en el *dominio del hecho*, que sirve para determinar la relación de autoría¹⁹³.

En los delitos imprudentes, en cambio, al no aceptarse la posibilidad de diferenciar entre autoría y participación, la intervención de los terceros se tiene en cuenta en el momento de establecer la relación con el resultado mediante los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva. Se reconoce de esta forma que, en ciertos casos, la conducta de un tercero o de la propia víctima puede excluir la imputación objetiva del resultado. Ello se plantea tanto al analizar los criterios tendentes a establecer la relación entre la conducta descuidada y el resultado lesivo, como al exponer el criterio del ámbito de protección de la norma o del alcance del tipo. En uno y otro caso se proponen, sin embargo, muy diferentes criterios de solución que presentan un carácter fundamentalmente tópico.

RUDOLPHI, por ejemplo, en un primer momento, trata los problemas relativos la intervención de la víctima o de los terceros en el contexto de la

¹⁹² *FS-Honig*, p. 144. Reconoce que, en general, el marco de responsabilidad de la conducta dolosa puede ser más amplio que el de la conducta imprudente (IDEM, *FS-Gallas*, p. 246)

¹⁹³ *FS-Honig*, pp. 137 y 146; IDEM, *FS-Gallas*, 244.

relación entre la conducta infractora del deber objetivo de cuidado y el resultado lesivo. A este respecto, considera, por una parte, que en los casos en los que se favorece imprudentemente una autopuesta en peligro, la conducta no resulta típica porque en la medida en que, conforme al Código Penal alemán, no se castiga la participación en un suicidio, tampoco puede estar castigada la contribución imprudente a una autopuesta en peligro¹⁹⁴. Por otra parte, analiza también los casos en los que, tras la primera conducta, la víctima sufre una segunda lesión que, aun estando vinculada al daño inicial, se produce con motivo de su propio comportamiento incorrecto. En estos casos, según RUDOLPHI, si la segunda lesión responde a la actuación culpable de la víctima, no se puede imputar el resultado al autor porque el ámbito de responsabilidad del sujeto encuentra su límite en el de la víctima¹⁹⁵. Por último, se plantea también en qué medida se pueden imputar al sujeto que ha infringido el deber objetivo de cuidado aquellos resultados que se producen por la intervención incorrecta de un tercero. Descarta que en estos casos la solución pueda depender de que la actuación del tercero sea previsible conforme a la experiencia general porque el *principio de confianza* establece que, salvo en casos excepcionales, no hay necesidad de contar con el comportamiento incorrecto de los terceros. A partir de ahí, sin embargo, distingue en función de que el comportamiento del tercero consista en una mera omisión o suponga la introducción de una nueva causa, señalando que sólo en este último caso rige plenamente el principio de confianza y se puede negar la imputación a la primera conducta¹⁹⁶.

ROXIN, en cambio, al exponer sus consideraciones sobre la importancia que puede tener la actuación posterior de la víctima o de un tercero, se basa inicialmente en el criterio del ámbito de protección de la norma o del alcance del tipo. Concretamente, trata este tema en dos grupos de casos: por un lado, en los casos en los que la víctima interviene después del autor realizando un suicidio, una autolesión o una autopuesta en peligro y, por otro lado, en los casos en los que

¹⁹⁴ JuS, 1969, pp. 556-557. La única excepción se presenta en los casos en los que la autopuesta en peligro responde a una acción de salvamento que resulta obligada o que, en general, recibe una valoración positiva por parte del ordenamiento jurídico

¹⁹⁵ JuS, 1969, p. 555.

¹⁹⁶ JuS, 1969, pp. 555-556.

después de la lesión producida por el autor se origina un segundo daño por culpa de la víctima o de un tercero. En los casos de suicidios, autolesiones o autopuestas en peligro, ROXIN considera que la conducta imprudente del autor no entra dentro del ámbito de protección de la norma porque, dado el carácter atípico que, conforme al Derecho positivo alemán, presenta la participación en un suicidio, cabe entender que tampoco resulta típica la contribución imprudente a un suicidio, a una autolesión o a una autopuesta en peligro¹⁹⁷. Por otra parte, en los supuestos en los que se producen nuevos resultados lesivos por culpa de la víctima o de un tercero, ROXIN niega también la imputación apoyándose para ello en el *principio de confianza*, al que define inicialmente como un supuesto especial de limitación del ámbito de protección de la norma¹⁹⁸.

Por lo demás, en el marco de esta moderna teoría de la imputación objetiva se tiende a prescindir de la *teoría de la prohibición de regreso* por ver en ella un criterio de solución excesivamente rígido¹⁹⁹. Se piensa, efectivamente, que la posterior actuación dolosa del tercero no puede ser razón suficiente para negar la imputación. Se opta así por un criterio de solución más flexible como el principio de confianza, que deja de operar cuando, en atención a las circunstancias del caso concreto, resulta evidente el comportamiento incorrecto del tercero. ROXIN reconoce que, en algunos de los supuestos que él misma analiza, como los relativos a la participación imprudente en un suicidio, los partidarios de la teoría

¹⁹⁷ *FS-Gallas*, pp. 245-253. Este argumento le sirve también para excluir la imputación en los casos en los que la víctima asume o acepta el peligro creado por el autor siempre y cuando, cumpliendo con determinados requisitos, la situación se pueda equiparar a una verdadera autopuesta en peligro por parte de la víctima. Señala, por otra parte, que cuando la actuación de la víctima no es completamente voluntaria y obedece a un deber legal de actuar tampoco puede considerarse típica la conducta del autor, porque en estos casos al sujeto no le es lícito impedir la acción salvadora emprendida por la víctima y no tiene, por tanto, la posibilidad de prevenir el resultado. En estos casos no tendría sentido hacer responsable al sujeto porque el resultado no sólo lo ha provocado el autor, sino también el deber impuesto por el propio legislador (*FS-Honig*, pp. 142-143). Por razones parecidas excluye la imputación objetiva cuando la víctima realiza un conducta con la que sufre un daño posterior a pesar de que el daño se haya visto condicionado de alguna manera por la lesión permanente producida anteriormente por el autor, pues éste no tiene la posibilidad de influir en la forma en la que la víctima configura su propia vida (*FS-Gallas*, pp. 255-256).

¹⁹⁸ *FS-Gallas*, pp. 256-258.

¹⁹⁹ Cfr., en este sentido, ROXIN, *FS-Honig*, p. 144, n. 28.

de la prohibición de regreso llegan a los mismos resultados²⁰⁰. Sin embargo, rechaza que esta teoría pueda ser válida como criterio de limitación del ámbito de protección de la norma. Por un lado, porque desde el punto de vista dogmático ello supondría trasladar al ámbito del delito imprudente la distinción entre autoría y participación, y los criterios que permiten establecer esa distinción, ya sea el criterio del *dominio del hecho* o el criterio subjetivo del *animus auctoris*, no pueden ser utilizados cuando se trata de acciones imprudentes. Por otro lado, porque, por razones de política criminal, es necesario reconocer algunas diferencias. A su juicio, no se pueden tratar de igual manera los casos en los que el tercero atenta contra sí mismo y los casos en los que el tercero atenta contra otras personas, pues el hecho de que se llegue a castigar al tercero de manera independiente no es óbice para que exista un deber de cuidado frente a la vida de los terceros²⁰¹.

2.6. *La situación actual: el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva*

Con el tiempo, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha venido asumiendo los principales postulados de la moderna teoría de la imputación objetiva y ha optado por analizar la relación entre la conducta y el resultado desde un punto de vista esencialmente normativo. Junto a la relación *causal* –a la que se le reconoce un carácter puramente fáctico y para la que se aceptan los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones–, se destaca ya no sólo la relación *teleológica* –que se vincula al juicio de adecuación y que se manifiesta en la figura del riesgo–, sino también, sobre todo, la relación *valorativa o normativa*²⁰², que es la que caracteriza propiamente la moderna teoría

²⁰⁰ *FS-Gallas*, p. 244; refiriéndose concretamente a autores como Lampe o Welp, quienes consideraban que partiendo de un concepto unitario de autor en el delito imprudente habría que llegar a la conclusión de que el primer sujeto ha cometido un homicidio; de manera que, en opinión de estos mismos autores, si no se llega a esa conclusión y se exime de responsabilidad es porque se admite también en estos casos la accesoriedad y se entiende que el sujeto sólo es partícipe en un hecho atípico.

²⁰¹ *FS-Gallas*, pp. 244-245.

²⁰² Sobre esta concepción de la imputación objetiva como suma de aspectos causales, teleológicos y normativos, cfr. TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1986, pp. 35-41.

de la imputación objetiva²⁰³. Se va imponiendo la idea de que para poder imputar el resultado lesivo a una conducta no basta la relación de causalidad, sino que es necesario que la conducta suponga la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y que ese riesgo se realice en el resultado lesivo²⁰⁴; añadiéndose, en su caso, la exigencia de que el resultado quede, además, dentro del ámbito de protección de la norma o del alcance del tipo²⁰⁵.

No obstante, aun aceptándose mayoritariamente este punto de partida, existen diferentes interpretaciones acerca de cuál es el verdadero alcance de la teoría de la imputación objetiva. Unas veces se utiliza únicamente para establecer la relación entre la conducta y el resultado, y otras veces se utiliza también para valorar la conducta que debe ponerse en relación con el resultado.

En los primeros años, efectivamente, la teoría de la imputación objetiva se concibe como un conjunto de criterios normativos que sirven para identificar la causalidad jurídicamente relevante y establecer la imputación del resultado, sobre todo en el ámbito de los delitos imprudentes. Pese a que ya ENGISCH había vinculado el análisis de la relación entre la conducta y el resultado con la infracción del deber objetivo de cuidado –y, de esta forma, había hecho depender la relación de la conducta con el resultado de una previa valoración del carácter típicamente desaprobado de la propia conducta– y pese a que el propio GIMBERNAT ORDEIG identificaba la creación de un riesgo no permitido con la infracción del deber objetivo de cuidado, lo cierto es que, en un primer momento, la moderna teoría de la imputación objetiva, al desarrollarse en torno a la idea del riesgo apuntada por ROXIN y centrarse en la solución de problemas causales, se presenta fundamentalmente como una teoría sobre la imputación del resultado²⁰⁶.

²⁰³ Cfr., por ejemplo, FRISCH, en VVAA, *Sobre el estado de la teoría del delito*, pp. 24-26; SCHÜNEMANN, *GA*, 1999, p. 213, afirmando que es este aspecto normativo el que impide definir la teoría de la imputación objetiva como un mero correctivo de la teoría de la adecuación.

²⁰⁴ Que se corresponde con la formulación tradicional de la teoría de la imputación objetiva apuntada, entre otros, por JESCHECK, *Tratado I*, p. 389, con más referencias, y asumida hoy por la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

²⁰⁵ Cfr. ROXIN, *AT*³, 11/43; IDEM, *CLR* 50, 1994., pp. 221-222.

²⁰⁶ Cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 438-442 y 578-579; RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, pp. 299-301; JESCHECK, *Tratado I*, pp. 389-391; EBERT/KÜHL, *Jura*, 1979, pp. 563 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*², pp. 37 y ss., con más referencias doctrinales y

Poco a poco, sin embargo, se ha ido reconociendo que los criterios normativos que integran esta teoría de la imputación objetiva pueden servir también para valorar la conducta y determinar la infracción del deber de cuidado²⁰⁷. En este punto ha sido fundamental la aportación de FRISCH. Según este autor, la mayor parte de los criterios manejados por la teoría de la imputación objetiva no son criterios que afecten, realmente, a la imputación del resultado o a la relación entre la conducta y el resultado, sino que son criterios de valoración de la conducta que sirven para determinar, desde una perspectiva *ex ante*, si se ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado; ello tanto en los delitos dolosos, como en los delitos imprudentes²⁰⁸. A su juicio, la teoría de la imputación objetiva debe dejar de presentarse como una teoría de la imputación del resultado para convertirse en una teoría personal de la conducta típica, pues la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado –que la teoría de la imputación objetiva define como primer requisito para la imputación objetiva del resultado– responde realmente a una valoración de la conducta. Centrando la atención en este primer requisito, la teoría de la imputación objetiva puede convertirse, según este autor, en una teoría basada en el desvalor de la acción, más compatible con las exigencias propias de una teoría personal de injusto²⁰⁹. Por otra parte, FRISCH sostiene que, dado que se trata de valorar la conducta y su relación con el

jurisprudenciales sobre la inicial aceptación de la imputación objetiva en España. Aunque en estos primeros años se destaca, en ocasiones, la importancia del desvalor de la acción y se propone ubicar el criterio del riesgo permitido en el tipo objetivo como elemento determinante del deber de cuidado, los criterios que integran la teoría de la imputación objetiva se conciben como criterios de imputación del resultado a la conducta descuidada. Desde una perspectiva diferente, también GIMBERNAT ORDEIG, *EPCr X* (1987), pp. 175-179, desvincula la teoría de la imputación objetiva del deber objetivo de cuidado. En efecto, tras definir la imputación objetiva como un fantasma que recorre los tipos penales o como un elemento normativo del tipo que se diferencia del resto en que no se encuentra expresamente mencionado por la ley, afirma, por ejemplo, que el aspecto del riesgo permitido, en cuanto que vinculado a la imprudencia o al deber de diligencia es, en realidad, ajeno a la imputación objetiva.

²⁰⁷ Ello fue pronto destacado por CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 200-201 y 335-336.

²⁰⁸ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 31 y ss.; IDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 40-49. En los casos, por ejemplo, en los que se da lugar a una posterior actuación por parte de la víctima o de un tercero, entiende que lo que se plantea normalmente es si la conducta del sujeto crea un riesgo jurídicamente desaprobado o lesiona el deber objetivo de cuidado

²⁰⁹ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 23-31; IDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 16-19 y 92-95.

resultado en atención al sentido del correspondiente tipo penal, lo importante es si la acción en sí misma se encuentra típicamente desaprobada y si, a partir de ahí, da lugar también al resultado típicamente desaprobado. El criterio del alcance del tipo o del ámbito de protección de la norma no tiene sentido, por tanto, como criterio independiente, pues desde el momento en que puede decirse que la conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico, hay que entender que la conducta queda dentro del ámbito de protección de la norma o del alcance del tipo²¹⁰.

Partiendo de estas consideraciones, FRISCH llega a la conclusión de que los criterios manejados en el seno de la teoría de la imputación objetiva, en la medida en que sirven fundamentalmente para valorar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no son criterios realmente de imputación objetiva, sino que son criterios que contribuyen a determinar el *carácter típico de la conducta*²¹¹. La valoración de la conducta o del riesgo que encierra la conducta es una valoración independiente de la teoría de la imputación objetiva como teoría de la imputación del resultado. La *imputación objetiva del resultado* es un juicio *adicional* que responde a un análisis eminentemente fáctico de la relación existente entre la conducta desvalorada y el resultado lesivo; se trata, simplemente, de precisar los cursos causales prohibidos por la norma de conducta y, a partir de ahí, comprobar si alguno de ellos es el que finalmente se ha producido²¹².

Con independencia de que algunos autores, en una línea parecida a la de FRISCH, aunque desde perspectivas diferentes, consideren que debe diferenciarse entre la valoración de la conducta y el juicio de imputación objetiva que establece

²¹⁰ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 65-66. A su juicio, esta nueva perspectiva no sólo ofrece mayor claridad con respecto al verdadero alcance de los distintos criterios de la teoría de la imputación objetiva, sino que además sirve para reforzar la idea de que estos criterios son válidos tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes, al tiempo que se consigue dar un tratamiento adecuado a la figura de la tentativa, a la que poco aporta una teoría de la imputación objetiva centrada sólo en el resultado (*op. cit.*, pp. 37-39 y 44-49).

²¹¹ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 33 y ss.; IDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 95 y ss.; IDEM, en IDEM/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, pp. 57 y ss.

²¹² *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 31-44 y 50-65; IDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 103-116; IDEM, en VVAA, *Sobre el estado de la teoría del delito*, pp. 59-65.

la relación entre la conducta y el resultado²¹³, ha ido imponiéndose la idea de que los criterios que integran la teoría de la imputación objetiva sirven efectivamente para valorar la conducta y determinar su carácter típicamente desaprobado, tanto en los delitos dolosos, como en los delitos imprudentes. Se explica, en este sentido, que la conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado es una conducta típicamente desvalorada que infringe el deber objetivo de cuidado y que, en su caso, en los delitos dolosos, puede dar lugar a una responsabilidad en grado de tentativa. La teoría de la imputación objetiva pasa a concebirse así como una teoría que, aun sirviendo fundamentalmente para establecer la relación entre la conducta y el resultado, permite también valorar la conducta que se ha de poner en relación con el resultado, siendo compatible, por tanto, con una teoría personal del injusto centrada en el desvalor de la acción²¹⁴. En este mismo sentido, haciendo especial hincapié en lo relativo a la valoración típica de la conducta, se ha llegado, incluso, a concebir la teoría de la imputación objetiva no ya como una teoría sobre la imputación del resultado, sino como una teoría sobre el tipo objetivo que afecta por igual a la conducta y a su relación con el resultado²¹⁵, diferenciándose de este

²¹³ Partiendo de la distinción realizada por HRUSCHKA (*ADPCP*, 1994, pp. 344-350) entre «reglas de imputación» y «reglas de comportamiento», se advierte de la necesidad de diferenciar, dentro de los criterios normalmente manejados en el marco de la teoría de la imputación objetiva, entre los criterios atributivos, que afectan propiamente a la imputación, que se centran en la relación entre la conducta y el resultado, y los criterios valorativos, que se refieren al carácter típicamente desaprobado de la conducta y de su relación con el resultado. Cfr., por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, pp. 50-62, quien, con base en estas consideraciones, presenta el criterio del riesgo permitido como un criterio no ya de imputación objetiva, sino de valoración típica. Se muestra crítico, en cambio, con esta distinción, MIR PUIG, (en VVAA, *Nuevas tendencias*, pp. 395 y 403) llamando la atención sobre la dificultad de realizar juicios de atribución prescindiendo de consideraciones valorativas, tal y como se pone de manifiesto al precisar el grado de previsibilidad o de tendencia necesario para determinar la adecuación o peligrosidad de la conducta. En sentido parecido, cfr., también, TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1986, pp. 39-40, explicando que, dentro de la imputación objetiva, la relación entre el aspecto teleológico y el aspecto normativo o valorativo no es una relación de mera acumulación o yuxtaposición, sino una relación dialéctica donde el aspecto normativo resulta fundamental. Cfr., asimismo, ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1996, pp. 475-480 y 488-490, quien después de abogar también por la necesidad de diferenciar los criterios de atribución o imputación y los criterios de valoración, reconoce que ambos criterios operan de manera simultánea, pues al tiempo que se le atribuye al sujeto una acción, se le atribuye también una acción jurídico-penalmente relevante; destacando igualmente la necesidad de introducir consideraciones valorativas a la hora de determinar el grado de tendencia en el juicio de adecuación.

²¹⁴ Cfr., ROXIN, *AT* 1 ed., 11/82; IDEM, *CLR* 50, 1994, pp. 229-230; MARTÍNEZ ESCAMILLA, pp. 45, 61-64, 73-77 y 121-124.

²¹⁵ Junto con el propio FRISCH (*Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 31 y ss.), uno de los principales representantes de esta corriente doctrinal es JAKOBS, *AT*², 7/4, 7/4a y 7/4b; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 94-97, quien defiende una teoría de la imputación objetiva desvinculada en gran medida de la idea del riesgo. Este autor define la imputación objetiva como una teoría sobre las propiedades objetivas generales de la conducta imputable; como una teoría que interpreta el

modo entre una *imputación objetiva de la conducta* y una *imputación objetiva del resultado*²¹⁶.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que aunque la figura del riesgo de la que parte la teoría de la imputación objetiva pretende ser un criterio de valoración o de imputación susceptible de aplicación tanto en los delitos imprudentes, como en los delitos dolosos, algunos de los partidarios de esta teoría de la imputación objetiva se han mostrado contrarios a dejar de otorgar relevancia al aspecto subjetivo. Así, a la hora de valorar la conducta del sujeto y determinar, por ejemplo, el grado de previsibilidad o de tendencia necesario para desaprobado el riesgo, algunos autores optan por tratar de manera diferenciada los delitos dolosos

sentido objetivo de la conducta para comprobar si se aparta de las expectativas que se derivan de los roles o patrones generales de conducta que configuran el estado normal de interacción dentro de una determinada sociedad. En un sentido parecido, TRIFFTERER, *AT*, pp. 139-142, ha destacado también la importancia de la imputación objetiva en la valoración de la conducta y ha distinguido, dentro de la tipicidad objetiva, entre una imputación objetiva *general* que valora la conducta de cara a su posible relación con el resultado y una imputación objetiva *especial* que valora el concreto curso lesivo con objeto de establecer la relación de la conducta con el resultado. La imputación objetiva general se identifica con la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y sirve no sólo para determinar la contrariedad al deber de cuidado en el delito imprudente sino también para estudiar la tentativa y los delitos de mera actividad. Igualmente, TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, pp. 34-35 y 43-47, considera que la imputación objetiva representa, ante todo, una metodología teleológico-valorativa de carácter general que está presente en todo el sistema y cuyos criterios no sólo afectan a la imputación del resultado, sino también al carácter desaprobado del riesgo y a la determinación del deber de cuidado, pudiendo ser utilizados, por tanto, también en los delitos de mera actividad, al igual que en materia de tentativa o en materia de autoría y participación. Para este autor (*EPCr X* [1987], pp. 383-385), la imputación objetiva no es más que la tipicidad orientada en sentido teleológico y valorativo; sirve para poner de manifiesto que no basta la subsunción lógico-fomal y que es necesaria una perspectiva material desde la que se exija, en todo caso, que la acción típica resulte peligrosa para el bien jurídico. Por su parte, MIR PUIG, *PG*¹, pp. 193-194, *IDEM*, *PG*⁶, 10/48 y 10/60, concibe la imputación objetiva como un «juicio que permite imputar *jurídicamente* la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución *material*». Explica, en este sentido, (en *VVAA, Modernas tendencias*, pp. 398-405) que la imputación objetiva sirve para atribuir la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico a un sujeto como sujeto imaginado normativa e intersubjetivamente, que es lo que diferencia esta imputación de otras formas de imputación igualmente necesarias como la imputación subjetiva y la imputación personal. Para establecer esa relación o atribución, añade este autor, no son suficientes criterios puramente teleológicos o de atribución basados en la relación de riesgo, sino que también deben tomarse en consideración criterios de valoración como el criterio del riesgo permitido. Ello demuestra que la imputación objetiva no se refiere únicamente a la relación entre la conducta y el resultado, y que, por tanto, no hay razón para no aplicarla igualmente en los delitos de mera actividad. Con más detalle, sobre esta concepción de la teoría de la imputación objetiva como teoría del tipo objetivo y, en especial, sobre las tesis de Frisch y Jakobs, vid. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 50 y ss., CANCIO MELIÁ, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 36 y ss.

²¹⁶ Esta es la terminología que utilizan, por ejemplo, desde diversas perspectivas, JAKOBS, *AT*², 7/4b; *IDEM*, *La imputación objetiva*, pp. 93-94 y MIR PUIG, *PG*⁶ 10/48. En sentido parecido, cfr. TRIFFTERER, *AT*, p. 139; CANCIO MELIÁ, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 72-73; PEÑARANDA RAMOS, en BAJO FERNÁNDEZ (edit.), *PE I*, pp. 68 y 95.

y los delitos imprudentes, viendo en el dolo un elemento especialmente condicionante del desvalor de la conducta²¹⁷.

Por otra parte, un importante sector doctrinal, desde planteamientos vinculados a la teoría finalista y subrayando la especial relevancia que en este contexto juega el elemento subjetivo, ha rechazado abiertamente la posibilidad de aceptar la teoría de la imputación objetiva²¹⁸. Dentro de esta corriente doctrinal rara vez se llega, sin embargo, a prescindir totalmente de criterios normativos como los que se utilizan en el marco de esta teoría; se tiende más bien a hacer hincapié en el elemento subjetivo para destacar la necesidad de tratar de manera diferenciada los delitos dolosos y los delitos imprudentes. En los delitos dolosos, se entiende que el elemento subjetivo es el que condiciona fundamentalmente la relación con el resultado y que, por tanto, no es necesario acudir a los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva²¹⁹. En los delitos imprudentes, en cambio, aunque algunos autores niegan igualmente la posibilidad de utilizar la teoría de la imputación objetiva y consideran que lo determinante en todo caso es el elemento subjetivo²²⁰, se suelen manejar criterios semejantes a los adoptados

²¹⁷ Cfr., por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, pp. 39-40 y 42; MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 198-199; SCHÜNEMANN, *GA*, 1999, pp. 220-221.

²¹⁸ Cfr., a este respecto, con carácter general, la exposición de FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 63 y ss.; CANCIO MELIÁ, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 55 y ss.

²¹⁹ En casos como el del sujeto que envía a otro a dar un paseo por el bosque en un día tormentoso, se entiende que no se realiza la conducta típica porque, dada la ausencia de otras referencias sobre las circunstancias peligrosas del hecho, falta el dolo; no existe una voluntad dirigida como la que exige el dolo, sino una mera esperanza de que se produzca el resultado. Cfr. WELZEL, *AT*¹¹, pp. 66-67; KAUFMANN, *FS-Jescheck I*, pp. 261-263; HIRSCH, *FS-Lenckner*, pp. 122-123. Desde este punto de vista, KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 268-271, llega a la conclusión de que los criterios utilizados en la imputación objetiva para limitar el tipo, como los criterios del riesgo permitido o la adecuación social, sólo responden a una interpretación de los distintos tipos de la parte especial.

²²⁰ Por una parte, se advierte que la infracción del deber de cuidado depende del aspecto subjetivo; concretamente, de que el sujeto se represente o no el marco mínimo de condiciones causales que pueden llegar a producir el resultado. Por otra parte, se rechaza la necesidad de utilizar criterios normativos especiales para establecer la relación con el resultado, señalando que lo determinante es que el sujeto se haya representado suficientemente los factores causales que conducen efectivamente a la producción del resultado. Cfr., en este sentido, STRUENSEE, *GA*, 1987, pp. 99-103; IDEM, *JZ*, 1987, pp. 59-60; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, pp. 87-90 y 108-120. Cfr. también, con respecto al delito doloso, KAUFMANN, *FS-Jescheck I*, pp. 265-266. Por su parte, SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 83-93 y 126-132, aunque destaca igualmente la necesidad de tomar siempre como punto de partida la representación del sujeto, reconoce que ello no impide que se deba seguir haciendo uso de los criterios manejados por la teoría de la imputación objetiva para delimitar el objeto al que debe estar dirigida la representación del sujeto; unos criterios que, a su juicio, van más allá de las particularidades

por dicha teoría para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado y establecer la relación de riesgo con el resultado lesivo²²¹.

Por lo que se refiere al aspecto material, la perspectiva normativista de la teoría de la imputación objetiva, al basarse en una genérica referencia al sentido de los tipos penales, ha fomentado la utilización de muy diferentes criterios de valoración, entre los que se incluyen, por ejemplo, el riesgo permitido, la adecuación social, el principio de confianza, la prohibición de regreso o la autorresponsabilidad de la víctima²²². Es cierto que algunos autores han intentado fundamentar la teoría de la imputación objetiva en un único criterio material para formular así una completa teoría del tipo objetivo²²³, pero, en líneas generales,

propias de cada tipo de la parte especial y que, en esa medida, deben incluirse en la teoría general del hecho punible.

²²¹ Con respecto a estos delitos, la crítica ya no se refiere a la incorrección de la teoría de la imputación objetiva, sino a su irrelevancia. Se considera, efectivamente, que los criterios que integran esta teoría son los mismos que los manejados tradicionalmente para determinar la contrariedad al deber de cuidado y su relación con el resultado como problemas característicos del delito imprudente. Cfr., por ejemplo, KAUFMANN, *FS-Jescheck I*, p. 258, para quien la fórmula de la que parte la teoría de la imputación objetiva tiene sellado en la frente su origen en el delito imprudente. Cfr., también, HIRSCH, *FS-Lenckner*, pp. 127-128 y 140. Puede decirse, en este sentido, que en el ámbito de los delitos imprudentes existe cierto acuerdo sobre el fondo y que las críticas que realizan los autores finalistas son de carácter esencialmente terminológico. Así lo entiende, por ejemplo, FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 66 y 70; IDEM, en VVAA, *Sobre el estado de la teoría del delito*, pp. 37-38 y 43.

²²² Desde planteamientos cercanos al finalismo se ha criticado la normativización que se produce en este sentido por la inseguridad jurídica a la que conduce; una normativización que, sin embargo, en opinión de FRISCH (en VVAA, *Sobre el estado de la teoría del delito*, p. 44), incurren igualmente los autores finalistas a la hora de determinar la infracción del deber de cuidado. En todo caso, incluso los defensores de la teoría de la imputación objetiva, reconocen que esta teoría no ha alcanzado una formulación clara. Cfr., en este sentido, CANCIO MELIÁ, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 19-20, con más referencias, afirmando que «la discusión en este ámbito adolece de un acusado nominalismo, en el que con frecuencia parece que la discusión dogmática está más fijada en el establecimiento de determinadas denominaciones que en la averiguación de su contenido».

²²³ En concreto, autores como FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 73-86, y JAKOBS, *AT*², 7/4b.; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 96-97. Para determinar el carácter típico de la conducta o el carácter jurídicamente desaprobado del riesgo, Frisch se basa en una ponderación entre la libertad –o, en general, el valor que lleva implícito la propia conducta– y la conservación o protección de los bienes jurídicos; una ponderación de carácter general que se diferencia de la ponderación que se realiza en el plano de la antijuridicidad y complementada, en todo caso, con consideraciones sobre la idoneidad, necesidad y razonabilidad (proporcionalidad) de la reacción penal. Ello, a su juicio, permite una mayor concreción en comparación con el criterio del fin o ámbito de protección de la norma, que es un criterio excesivamente abstracto que sólo pone de manifiesto el carácter limitado del alcance del tipo. Jakobs parte de una concepción de la conducta objetivamente imputación como conducta que se desvía de las expectativas establecidas por la norma con respecto al portador de un determinado rol. Con más detalle, cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 49 y ss., en especial, 53 y 59-60.

puede decirse que no se han llegado a formular claros criterios de valoración, sino que se ha optado por una metodología fundamentalmente tópica e inductiva: se piensa en la solución más adecuada para un determinado grupo de casos y, a partir de ahí, se infiere un criterio de solución²²⁴. Ello ha llevado a algunos autores a afirmar que la teoría de la imputación objetiva, más que una teoría, constituye realmente una suma de *topoi* interpretativos poco articulados²²⁵.

En cuanto a la forma de analizar los casos en los que interviene un tercero, el desarrollo experimentado en los últimos años por la teoría de la imputación objetiva no ha supuesto cambios especialmente significativos, ni de carácter sistemático, ni de carácter material. Desde el punto de vista *sistemático*, no se ha acabado con el tratamiento claramente diferenciado que a este respecto reciben los delitos dolosos y los delitos imprudentes. Aunque los representantes de la teoría de la imputación objetiva han ido dando cada vez mayor importancia a la necesidad de aclarar que esta teoría debe operar por igual en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes, lo cierto es que con respecto a la intervención de los terceros se siguen haciendo importantes diferenciaciones. En el ámbito de los delitos dolosos la intervención de los terceros sigue siendo analizada, por lo general, dentro de la distinción entre autoría y participación, al margen de los criterios manejados en el marco de la teoría de la imputación objetiva. En el ámbito de los delitos imprudentes, sin embargo, aunque en ocasiones se reconoce también la posibilidad de distinguir entre autoría y participación, la intervención de los terceros suele tratarse como un problema de imputación objetiva. En este punto, los cambios a los que ha conducido el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva se refieren, fundamentalmente, a la idea de que los criterios de valoración utilizados en estos casos pueden servir para determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o el carácter típico de la conducta, aunque en ocasiones la intervención de terceras personas se siga viendo como un problema de imputación del resultado. Cuando se trata de determinar el deber de

²²⁴ Cfr., en este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 49-50; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 33. Silva,

²²⁵ TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, pp. 47-48; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. XXIV. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 58, afirmando que los criterios de la teoría de la imputación objetiva son criterios normativos vagos accesibles a las más variables concreciones.

cuidado o la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se tiende a utilizar, sobre todo, el principio de confianza, pero vuelve a ganar aceptación el criterio de la prohibición de regreso²²⁶. Cuando se trata de comprobar la realización del riesgo en el resultado, se otorga también importancia a la intervención de los terceros, pero se exigen ciertos requisitos para poder excluir la relación con el resultado; algunos exigen que la conducta del tercero sea dolosa o responda a una imprudencia especialmente grave²²⁷ y otros exigen que la conducta del tercero suponga la introducción de una nueva causa o de un nuevo riesgo²²⁸. Desde el punto de vista *material*, el modo de resolver los distintos problemas relacionados con la intervención de los terceros sigue teniendo un carácter fundamentalmente tópico²²⁹. Se identifican grupos de casos concretos para, a partir de ahí, asignarles un particular criterio de solución apelando de manera genérica al sentido de los tipos penales o a consideraciones de carácter político-criminal²³⁰. Se entiende que lo decisivo, en última instancia, es determinar el deber de cuidado según las circunstancias del caso concreto, procurando evitar en todo caso la rigidez al que conduce la tradicional teoría de la prohibición de regreso²³¹. Así sucede tanto en el marco de la teoría de la imputación objetiva, como en el seno de otras corrientes doctrinales que de alguna manera hacen uso de los mismos criterios generales de valoración²³².

II. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD

²²⁶ Cfr. *infra* II.1.

²²⁷ BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, 116-121.

²²⁸ Cfr, por ejemplo, RUDOLPHI, *SK*⁶, previo al § 1, n.m. 75; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 428 y ss.; BOLEA BARDÓN, *ADPCP*, 1994, pp. 384 y ss.; SCHMOLLER, *FS-Triffterer*, pp. 228 y ss.

²²⁹ Llaman la atención a este respecto en sentido crítico JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 10; BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 138-139; DIEL, *Regreßverbot*, pp. 140-153 y 270; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 184-198; SILVA SÁNCHEZ, en ESER/HUBER/CORNILS (edit.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung*, p. 206.

²³⁰ Cfr., en este sentido, NAUCKE, *ZStW* 76, 1964, pp. 416-420; DIEL, *Regreßverbot*, pp. 114-118.

²³¹ El propio ROXIN (*FS-Tröndle*, p. 185) mantiene que la rigidez de la teoría de la prohibición de regreso es característica de una época en la que no estaba suficientemente desarrollada la teoría de la imputación objetiva.

²³² Destaca, con carácter general, la falta de consenso acerca de los criterios utilizables en este contexto FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 50 y 58.

1. La utilización del principio de autorresponsabilidad para limitar la responsabilidad del sujeto ante la intervención de terceras personas: la teoría de la prohibición de regreso

Como se ha visto en la exposición anterior, durante el siglo XIX y hasta los primeros años del pasado siglo XX, las tesis que pretendían conceder una especial relevancia al comportamiento de los terceros se centraban en la causalidad. Partían, sin embargo, de una causalidad entendida no ya de manera naturalista, sino de manera ideal; de una causalidad basada en la libre voluntad del individuo y vinculada al concepto de *imputación*. Desde ese punto de partida, se planteaba la necesidad de excluir la relación con el resultado en los casos en los que, tras la conducta del sujeto, interviene un tercero realizando una conducta *libre* y responsable –o, en su caso, una conducta *dolosa* y responsable–. Se decía que en estos casos el curso lesivo no puede reconducirse a la libre voluntad del sujeto y que, en esa medida, existe una *interrupción del nexo causal* que excluye la imputación del resultado y la responsabilidad a título de autor. A menudo, se indicaba que la justificación última de esta conclusión tenía que ver con la idea de que *nadie puede responder de lo que hace otra persona*.

A partir de los años treinta del pasado siglo XX, se van perfilando dos formas de tratar los casos relacionados con la intervención de los terceros: la primera es la que, recuperando los planteamientos en los que se basa la teoría de la interrupción del nexo causal y tomando como referencia la regulación existente en materia de autoría y participación, propone la utilización de la *teoría de la prohibición de regreso* para excluir la imputación a título de autor; y la segunda es la que, rechazando tales planteamientos, aboga por la aplicación del *principio de confianza* para limitar el deber de cuidado en los delitos imprudentes, en los que se parte de un concepto unitario de autor.

Posteriormente, sobre todo con el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva, se reconoce más claramente que la limitación de la responsabilidad ante la intervención de terceras personas no obedece tanto a las exigencias propias de una determinada teoría de la acción, de la causalidad o de la

imputación, como a consideraciones de carácter valorativo derivadas del sentido de los tipos penales. Paralelamente, se tiende a flexibilizar esa limitación de la responsabilidad evitando la rigidez a la que conduce la teoría de la prohibición de regreso y apostando por la utilización de un criterio como el principio de confianza, al que se le otorga una fundamentación más genérica basada en una valoración o en una ponderación de intereses.

No obstante, buena parte de la doctrina ha querido seguir analizando estos casos a partir de la *teoría de la prohibición de regreso* y ha destacado para ello la existencia de un *principio de autorresponsabilidad* que permite limitar la responsabilidad del sujeto ante la intervención de tercera personas. Mientras que algunos autores, respetando su formulación originaria, reservan la aplicación de esta teoría para los casos de conductas posteriores dolosas, otros proponen utilizarla también en los casos de conductas posteriores imprudentes.

1.1. *Prohibición de regreso ante conductas posteriores dolosas*

Entre los autores que reservan la aplicación la teoría de la prohibición de regreso para los casos de conductas posteriores dolosas se encuentran aquellos que, continuando la estela de la tradicional teoría de la imputación objetiva, vinculan la prohibición de regreso con la falta de dominabilidad objetiva del suceso lesivo mediado por la conducta dolosa de un tercero. Esta es la vía que ha seguido OTTO a partir de planteamientos parecidos a los de LARENZ, H. MAYER, LAMPE o NAUCKE²³³. Según OTTO, la existencia de un deber de no lesionar los bienes jurídicos presupone en todo caso la posibilidad objetiva de evitar o de dominar el curso lesivo²³⁴. Más concretamente, entiende este autor que sólo se pueden imputar aquellos resultados que son evitables, y sólo son evitables, desde su punto vista, los resultados respecto de los cuales cabe apreciar una «conducibilidad» o «posibilidad de conducción» (*Steuerbarkeit*)²³⁵. Partiendo de

²³³ Cfr. la exposición realizada *supra* 1.2.1.

²³⁴ *FS-Maurach*, p. 92..

²³⁵ *FS-Maurach*, pp. 100-101. En otro lugar (*FS-Spendel*, p. 277) señala que, en realidad, la posibilidad de conducción tiene un carácter que va más allá de la evitabilidad.

ahí, OTTO sostiene que cuando una tercera persona que es libre en sentido jurídico interviene *dolosamente* dirigiendo el suceso de manera *activa y consciente*, se le priva al primer sujeto de la «conducibilidad» y se interrumpe, por tanto, la relación de imputación²³⁶. La interrupción de la relación de imputación que se produce por la actuación posterior dolosa del tercero es la que, por otra parte, según OTTO, permite diferenciar entre autoría y participación: el partícipe no es autor porque la conducta dolosa del tercero que introduce un nuevo riesgo de manera consciente le priva de la «conducibilidad»; el partícipe, por tanto, solamente motiva, facilita o promueve la actuación del autor doloso²³⁷. Ello supone partir de un concepto restrictivo de autor tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes y entender, por tanto, que la responsabilidad del partícipe es una responsabilidad secundaria que sólo se castiga cuando es posible la extensión de la punición de acuerdo con las normas de la Parte General del Código Penal²³⁸.

Con el tiempo, OTTO ha destacado que lo importante, en realidad, no es tanto que la conducta del tercero sea dolosa, como que suponga la introducción de un nuevo riesgo, pues reconoce que puede imputarse el resultado al primer sujeto cuando la conducta del tercero, aun siendo dolosa, o bien es una conducta omisiva o bien genera un riesgo que no es independiente del riesgo inicial o cuya evitación es pretendida con el desvalor del riesgo inicial²³⁹. No queda claro, sin embargo, si con ello simplemente introduce una excepción con respecto a las conductas posteriores dolosas o si, en realidad, plantea un nuevo criterio de solución – susceptible de aplicación también en los casos de conductas posteriores imprudentes–, conforme al cual lo determinante en última instancia es el tipo de riesgo que genera la conducta del tercero y su relación con la conducta peligrosa del primer sujeto²⁴⁰. Da la impresión de que si bien el criterio es ciertamente la

²³⁶ *FS-Maurach*, pp. 96-97 y 100.

²³⁷ *FS-Spendel*, pp. 271-273.

²³⁸ *FS-Spendel*, pp. 271-272.

²³⁹ *FS-Lampe*, pp. 498-502; *IDEM, AT*⁶, 6/50 y ss.

²⁴⁰ De hecho, los ejemplos que utiliza OTTO (*FS-Lampe*, p. 507) para negar la interrupción de la imputación por la vinculación de la conducta posterior con el riesgo inicial se refieren normalmente a casos de conductas imprudentes de los terceros.

introducción de un nuevo riesgo, OTTO considera que es con las conductas dolosas con las que normalmente se introduce ese nuevo riesgo²⁴¹.

En cualquier caso, según OTTO, la necesidad de aplicar la teoría de la prohibición de regreso se deduce del *principio de responsabilidad* y de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad a la que conduce dicho principio, pues hay que reconocer, a su juicio, que las personas, por regla general, sólo son responsables de lo que ellas mismas hacen y no de lo que hacen los demás, sin que a estos efectos deba establecerse una diferenciación entre la autonomía o responsabilidad de la víctima y la autonomía o responsabilidad de los terceros²⁴².

Una tesis bastante parecida, aunque prescindiendo del criterio de la dominabilidad o de la «conducibilidad», es la que mantiene WELP. Según este autor, la prohibición de regreso se deriva directamente de la autorresponsabilidad del tercero, más concretamente de su capacidad de autodeterminación o de su capacidad de elegir de manera responsable. Sostiene, a partir de ahí, que la conducta de un sujeto que da lugar a la actuación *libre y responsable* de un tercero ha de verse como una mera «tentación» (*Versuchung*) hacia el tercero y no como un ataque directo sobre la víctima²⁴³. Esta idea, dice WELP, es la que rige en materia de participación, pues la actuación del partícipe no es más que un ofrecimiento con respecto a la conducta responsable del autor doloso. La diferencia entre tentación y actuación inmediata conduce en este sentido a un concepto restrictivo de autor en el que las normas de la Parte General reguladoras de la participación se conciben como normas que extienden la responsabilidad a quienes sólo generan la situación en la que decide libremente el autor, es decir, a quienes desencadenan un curso causal mediado por la autorresponsabilidad de un

²⁴¹ Cabe pensar, sin embargo, que en la medida en que lo importante es la vinculación entre el riesgo inicial y el riesgo introducido por la conducta del tercero, se trata, en realidad, de definir el alcance de la responsabilidad del primer sujeto y desvalorar así el riesgo que ha creado con su conducta, de manera que, en última instancia, se produce una normativización del concepto de «conducibilidad» que amenaza con privarle de su significado originario: lo decisivo ya no es la imposibilidad de dirigir el curso lesivo sino el carácter jurídicamente desaprobado del riesgo creado por el primer sujeto. Cfr., en este sentido, MURMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 394-397.

²⁴² *FS-Spendel*, pp. 276-280; IDEM, *FS-Lampe*, p. 497; IDEM, *AT*⁶, 6/48-49.

²⁴³ *Vorangegangenes Tun*, pp. 277-279.

tercero²⁴⁴. De este modo, según WELP, puede llegarse a la conclusión de que la conducta imprudente del primer sujeto da lugar a una participación imprudente que, conforme a las normas de la Parte General del Código Penal alemán, ha de resultar impune²⁴⁵. Aclara WELP, sin embargo, que la prohibición de regreso no se deriva directamente de la regulación de la autoría y la participación, sino de la autorresponsabilidad del tercero²⁴⁶.

En todo caso, WELP considera necesario que la conducta del tercero sea libre y *dolosa*, pues de lo contrario, el primer sujeto podrá responder por autoría mediata²⁴⁷. Aunque el tercero se comporte de manera imprudente –y tenga, por tanto, alguna responsabilidad– hay que llegar a esa misma conclusión porque no puede decirse que el tercero actúe con plena libertad. En tal caso, la conducta del primer sujeto puede verse como una utilización de la actuación del tercero y puede dar lugar, por tanto, a una autoría mediata²⁴⁸. Explica WELP, sin embargo, que eso no significa que en los casos de conductas posteriores imprudentes no se pueda acudir a otros criterios como el principio de confianza –basado también en la autorresponsabilidad–, capaz de limitar también la responsabilidad del primer sujeto. Entiende, no obstante, que esa limitación, como demuestran lo propios presupuestos de aplicación del principio de confianza, ya no puede regir con carácter absoluto²⁴⁹: ante conductas posteriores imprudentes resultará determinante que el primer sujeto, con motivo de un mayor conocimiento, tenga una posición predominante con respecto al tercero; si el tercero actúa con culpa consciente y el primer sujeto actúa con dolo directo o si el tercero actúa con imprudencia inconsciente y el primer sujeto actúa con dolo directo, dolo eventual

²⁴⁴ *Vorangegangenes Tun*, p. 277, n. 10.

²⁴⁵ *Vorangegangenes Tun*, p. 279, n. 17.

²⁴⁶ *Vorangegangenes Tun*, pp. 299-301.

²⁴⁷ *Vorangegangenes Tun*, pp. 301 y ss.

²⁴⁸ *Vorangegangenes Tun*, pp. 310-313.

²⁴⁹ A conclusiones parecidas, aunque definiendo el principio de confianza como manifestación de la prohibición de regreso, llega también RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 275-277. Cfr. *infra* 1.2.

o imprudencia consciente, se producirá esa situación de predominio y el primer sujeto será corresponsable del resultado lesivo²⁵⁰.

WELP realiza estas consideraciones al plantearse en qué medida el primer sujeto tiene una posición de garante que le obligue a evitar el resultado producido por el tercero de manera responsable, llegando a la conclusión de que en estos casos la injerencia no presenta diferencias con respecto a la actuación comisiva y que, por tanto, la omisión del primer sujeto no puede equipararse a la actuación inmediata, sino sólo a la participación²⁵¹. En ese sentido, si se trata de una influencia no dolosa en la libertad ajena deberá interpretarse como una forma de participación imprudente que resultará en todo caso «socialmente adecuada»²⁵².

Finalmente, entre los autores que, siguiendo la formulación tradicional, defienden una teoría de la prohibición de regreso limitada a las conductas posteriores dolosas, hay que mencionar a WEHRLE. Este autor se aparta de la línea acabada de exponer y se basa en la particular valoración que merecen los supuestos de conductas *imprudentes* que dan lugar a conductas *dolosas* de los terceros. En efecto, se muestra partidario de aplicar la prohibición de regreso en los casos en los que una conducta imprudente da lugar a una posterior actuación dolosa por parte del tercero, pero entiende que ello no se debe ni a una posible exclusión de la imputación basada en falta de dominabilidad, ni tampoco a la regulación existente en materia de autoría y participación, sino sólo a razones valorativas que afectan a la determinación del deber de cuidado en el delito imprudente²⁵³. En su opinión, los sucesos en los que media la actuación dolosa de un tercero no quedan abarcados por el ámbito de protección de la norma de cuidado porque desde el punto de vista valorativo se produce una relación *plus-minus* entre la conducta dolosa del tercero y la conducta imprudente del primer

²⁵⁰ *Vorangegangenes Tun*, pp. 314-315.

²⁵¹ Explica también, en este mismo sentido, que cuando existe una conducta activa que da lugar a una complicidad la omisión posterior no puede dar lugar a una responsabilidad a título de autor porque entonces carecerían de sentido las normas de participación (*Vorangegangenes Tun*, pp. 322-323)

²⁵² *Vorangegangenes Tun*, pp. 274-275 y 280-289.

²⁵³ *Regreßverbot?*, pp. 43-51.

sujeto²⁵⁴. Para llegar a esa conclusión se apoya también en consideraciones de carácter político-criminal, señalando que en casi todos los delitos dolosos se puede apreciar una especie de participación imprudente, de modo que si no se reconociera esta prohibición de regreso se ampliaría en exceso el alcance de la responsabilidad penal²⁵⁵. A su juicio, por tanto, sólo puede haber responsabilidad por el resultado producido por medio de la conducta dolosa del tercero en el ámbito de la participación dolosa²⁵⁶. No obstante, reconoce que pueden establecerse algunas excepciones en la aplicación de la prohibición de regreso; concretamente, cuando el primer sujeto ostenta una posición de garante de protección del bien jurídico o una posición de garante de aseguramiento con respecto a determinados objetos peligrosos²⁵⁷.

WEHRLE se basa también en el principio de autorresponsabilidad, manifestando que, por lo general, los sujetos no son responsables de las conductas incorrectas de los terceros, pero lo vincula, en todo caso, a ese criterio valorativo basado en la relación *plus-minus*, reservando la idea de autorresponsabilidad para los casos de conductas imprudentes que dan lugar a una posterior conducta dolosa por parte del tercero²⁵⁸.

1.2. *Prohibición de regreso ante conductas posteriores dolosas e imprudentes*

Uno de los autores que más claramente ha negado la necesidad de diferenciar en función del carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero

²⁵⁴ *Regreßverbot?*, pp. 84-85. La idea de fondo de la que parte este autor, no obstante, sí está relacionada con la necesidad de distinguir entre autoría y participación también en el delito imprudente, pues lo importante, a su juicio, es que si en los delitos dolosos el hecho de favorecer la conducta dolosa de un tercero no da lugar a una responsabilidad a título de autoría, sino sólo a una responsabilidad a título de participación, en los delitos imprudentes la causación de la conducta dolosa de un tercero tampoco puede dar lugar a una autoría y debe quedar impune por el menor desvalor que en general tienen las actuaciones imprudentes en comparación con las actuaciones dolosas. Es decir, lo que en los delitos dolosos sólo es participación, en los delitos imprudentes debe quedar impune.

²⁵⁵ *Regreßverbot?*, p. 4.

²⁵⁶ *Regreßverbot?*, pp. 84-85.

²⁵⁷ *Regreßverbot?*, pp. 103-104 y 107-111.

²⁵⁸ *Regreßverbot?*, pp. 97-99.

es HRUSCHKA. Basándose en el juicio de imputación y en la causalidad de la libre voluntad, este autor recupera los antiguos planteamientos de la teoría de la interrupción del nexo causal y de la teoría de la prohibición de regreso, y advierte de la necesidad de negar la imputación del resultado al primer sujeto en los casos en los que media la conducta *libre* de un tercero²⁵⁹. A su juicio, desde el momento en que la conducta del tercero es libre, no cabe entender que ha sido producida por el primer sujeto²⁶⁰. Lo decisivo, por tanto, es que el tercero haya actuado libremente y se le pueda imputar lo sucedido, aun cuando sea a título de imprudencia²⁶¹. Si lo sucedido se le imputa al tercero, el primer sujeto no puede responder ni como autor ni como autor mediato, sino sólo como partícipe, y ello, además, sólo cuando lo permitan las normas relativas a la participación, pues en el Código Penal alemán estas normas no castigan la participación imprudente²⁶². Según HRUSCHKA, el concepto restrictivo de autor y la accesoriedad de la participación no son más que una manifestación de esa prohibición de regreso que impide imputar al sujeto el resultado producido por la conducta libre de un tercero²⁶³.

En el caso de HRUSCHKA se puede apreciar también, por tanto, la relación entre la prohibición de regreso y el principio de autorresponsabilidad, un principio que en su caso se corresponde con la imposibilidad de imputar a un sujeto lo que ha realizado libremente una tercera persona. Se sigue así el mismo planteamiento de los autores que defendían la teoría de la interrupción del nexo causal y de los autores que vinculan la prohibición de regreso con la falta de dominabilidad objetiva en el ámbito de la tradicional teoría de la imputación objetiva.

Una tesis parecida es la que sigue DIEL. Esta autora defiende también la posibilidad de establecer una prohibición de regreso tanto frente a las conductas posteriores dolosas como frente a las conductas posteriores imprudentes, de un

²⁵⁹ ZStW 110 (1998), pp. 586 y ss.

²⁶⁰ ZStW 110 (1998), pp. 586-588.

²⁶¹ ZStW 110 (1998), pp. 599-602.

²⁶² ZStW 110 (1998), pp. 609-610.

²⁶³ ZStW 110 (1998), pp. 592-594.

tercero o de la propia víctima²⁶⁴. Entiende que cuando el curso lesivo transcurre por un ámbito de responsabilidad ajeno, el primer sujeto produce el resultado de manera mediada y sólo puede responder como partícipe²⁶⁵. En su opinión, ello resulta de una aplicación coherente del principio de autorresponsabilidad²⁶⁶ y de la idea de que las personas sólo son responsables de su propia conducta y no de la conducta de los demás²⁶⁷. El principio de autorresponsabilidad implica, en ese sentido, una delimitación objetiva de los ámbitos de responsabilidad, que conduce necesariamente a un concepto restrictivo de autor válido tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes²⁶⁸. Si la conducta del primer sujeto es imprudente deberá interpretarse, por tanto, como una forma de participación imprudente que, en atención a las normas reguladoras de la autoría y la participación, puede llegar a considerarse impune²⁶⁹. No obstante, DIEL admite una importante excepción con respecto a la posibilidad de aplicar la prohibición de regreso. Aunque considera que, en principio, es indiferente que la conducta posterior del tercero sea dolosa o imprudente²⁷⁰, reconoce que cuando es imprudente puede llegar a castigarse al primer sujeto por autoría mediata si éste actúa con dolo o con mayor conocimiento del riesgo²⁷¹.

²⁶⁴ *Regreßverbot*, p. 179.

²⁶⁵ *Regreßverbot*, pp. 328-330.

²⁶⁶ *Regreßverbot*, pp. 196-199 y 270-273. Se muestra crítica en este sentido con las restricciones que se reconocen, por ejemplo, en la aplicación del principio de confianza, pues tales restricciones responden a planteamientos centrados en el caso concreto que son sumamente imprecisos y generan una gran inseguridad. A su juicio, para respetar los principios de determinación y de legalidad que se deducen del art. 103.2 de la Constitución alemana y del § 1 StGB alemán resulta necesario otorgar al principio de autorresponsabilidad y al criterio de la prohibición de regreso un alcance más amplio y reconocerlo como una limitación general de la tipicidad penal.

²⁶⁷ *Regreßverbot*, pp. 275-280.

²⁶⁸ *Regreßverbot*, pp. 317-328 y 337-338.

²⁶⁹ *Regreßverbot*, pp. 328-330.

²⁷⁰ De hecho, crítica a quienes no siguen el principio de autorresponsabilidad ante conductas posteriores imprudentes porque entiende que en tales conductas no deja de actuarse en libertad, con independencia de que esa libertad se predique sólo de la acción y no del resultado (*Regreßverbot*, pp. 260-264).

²⁷¹ *Regreßverbot*, pp. 333-336. De esta forma, termina renunciando, en realidad, a una aplicación coherente del principio de autorresponsabilidad válida tanto para las conductas posteriores dolosas como para las conductas posteriores imprudentes. Frente a estas últimas, la posibilidad de establecer una prohibición de regreso se reserva para los casos en los que el primer sujeto actúa de manera imprudente o con menor conocimiento del riesgo.

DIEL fundamenta su defensa de la teoría de la prohibición de regreso en el principio de autorresponsabilidad y en la delimitación de ámbitos de responsabilidad a la que conduce este principio²⁷², pero toma como referencia el concepto de imputación de HEGEL²⁷³. Considera, efectivamente, que este principio de autorresponsabilidad se deduce de la idea de que sólo se puede hacer responsable al individuo de lo que es obra de su libertad o, más concretamente, de lo que le resulta objetivamente *dominable (Beherrschbar)*²⁷⁴, añadiendo, en este sentido, que cuando interviene un tercero de manera libre y responsable, se debe establecer una prohibición de regreso hacia la conducta del primer sujeto porque éste ya no influye con su libertad o capacidad de autodeterminación en la producción del resultado; es decir, deja de contar con la *dominabilidad* objetiva del curso lesivo²⁷⁵.

Otros autores consideran igualmente que se debe limitar la responsabilidad del sujeto ante la posterior intervención dolosa o imprudente de un tercero o de la propia víctima, pero entienden que ello no se deduce tanto de la imposibilidad de imputar al sujeto el resultado lesivo que se ha visto mediado por la actuación libre de una tercera persona, como de la necesidad de establecer una clara delimitación de los ámbitos de responsabilidad. Esta es la tesis que ha defendido LENCKNER destacando la existencia de un *principio de responsabilidad* del que se deduce no ya la tradicional teoría de la prohibición de regreso –en la medida en que normalmente esta teoría se reserva para casos de conductas posteriores dolosas–, sino una *teoría de los ámbitos de responsabilidad*²⁷⁶. De esta forma, llega a conclusiones parecidas a las de la teoría de la prohibición de regreso –proponiendo limitar la responsabilidad del sujeto cuando éste produce un riesgo de manera mediata–, pero indicando, no obstante, que la limitación de la

²⁷² Este principio se encontraría reconocido en la propia Constitución alemana como principio jurídico de validez general que resulta del reconocimiento de la dignidad y de la libertad del ser humano (*Regreßverbot*, pp. 311-315).

²⁷³ *Regreßverbot*, pp. 280-296.

²⁷⁴ *Regreßverbot*, pp. 297-301.

²⁷⁵ *Regreßverbot*, pp. 301-311.

²⁷⁶ *FS-Engisch*, p. 507; S/S²⁶-LENCKNER, previo a los §§ 13 y ss., n. m. 100.

responsabilidad se puede producir incluso ante conductas posteriores imprudentes y que, en todo caso, obedece a una delimitación de los ámbitos de responsabilidad o competencia frente a los terceros y frente a la propia víctima²⁷⁷. El principio de responsabilidad, tal y como lo concibe LENCKNER, significa efectivamente que el sujeto sólo es responsable de su propia conducta y que, por tanto, sólo debe cuidar de no lesionar él mismo los bienes jurídicos, sin estar obligado, salvo en casos excepcionales, a cuidar de que otros no lo hagan, pues ello forma parte de la *competencia* de los terceros²⁷⁸.

Otro de los autores que pretenden aplicar la prohibición de regreso sin diferenciar entre conductas posteriores dolosas e imprudentes es RENZIKOWSKI. Este autor tampoco toma como referencia el criterio de la dominabilidad ligado a la tradicional teoría de la imputación objetiva, sino la delimitación de ámbitos de responsabilidad que se desprende del principio de autorresponsabilidad o de autonomía²⁷⁹. La idea de partida, según RENZIKOWSKI, es que cada individuo, en la medida en que tiene reconocido un ámbito de autonomía y libertad, sólo puede ser hecho responsable de aquello que realiza de manera autónoma en el marco de ese ámbito de libertad²⁸⁰. Sostiene, a partir de ahí, que la prohibición de regreso se produce porque lo que realiza un tercero a partir de su propia autonomía o libertad no se le puede imputar al primer sujeto²⁸¹. Ello conlleva efectivamente una delimitación objetiva de ámbitos de responsabilidad de la que resulta un concepto restrictivo de autor, tanto en los delitos dolos como en los delitos imprudentes²⁸². Así, desde el momento en que interviene un tercero de manera responsable, se establece una prohibición de regreso y el primer sujeto sólo puede responder como partícipe, siempre y cuando no haya realizado una conducta imprudente, pues la participación imprudente, según el ordenamiento jurídico-penal alemán, es

²⁷⁷ S/S²⁶-LENCKNER, previo a los §§ 13 y ss., n. m. 101 a.

²⁷⁸ *FS-Engisch*, p. 507.

²⁷⁹ *Restriktiver Täterbegriff*, p. 4.

²⁸⁰ *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 68-72.

²⁸¹ *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 73-74.

²⁸² *Restriktiver Täterbegriff*, *passim*, en especial, pp. 1-4 y 68-69.

impune²⁸³. En cualquier caso, RENZIKOWSKI reconoce algunas excepciones a la posibilidad de aplicar la prohibición de regreso. Así, por lo pronto, considera que cuando el tercero actúa de manera imprudente y el primer sujeto actúa con mayor conocimiento del riesgo no hay lugar para la prohibición de regreso y puede castigarse por autoría mediata²⁸⁴. Por otra parte, entiende que tampoco existe prohibición de regreso cuando el primer sujeto ostenta una posición de garante de protección del bien jurídico²⁸⁵ o cuando el tercero realiza una conducta puramente omisiva y no modifica el riesgo inicial²⁸⁶.

Finalmente, entre los autores que abogan por una prohibición de regreso válida tanto para las conductas posteriores dolosas, como para las conductas posteriores imprudentes, se encuentra JAKOBS. En su opinión, la prohibición de regreso debe entenderse de manera completamente objetiva, sin necesidad de tomar en consideración el carácter doloso o imprudente ni de la conducta del primer sujeto ni de la conducta del tercero²⁸⁷. La prohibición de regreso sirve para poner de manifiesto que al sujeto sólo se le pueda imputar un determinado resultado lesivo cuando mantiene con el mismo una relación específica de carácter objetivo, como la que se exige en los delitos de comisión por omisión²⁸⁸. Al igual que ocurre en estos delitos, no basta con apelar a la causalidad o a la evitabilidad, sino que hay que demostrar que el sujeto es realmente competente del suceso lesivo²⁸⁹. Se trata, en definitiva, de determinar los distintos ámbitos de responsabilidad o competencia para saber hasta qué punto lo sucedido se le puede

²⁸³ *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 73-74, 259-260 y 292.

²⁸⁴ *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 267-277. Ello se ve respaldado, a su juicio, por el tratamiento que se le concede al principio de confianza, que no es más que una manifestación del principio de autorresponsabilidad y de la posibilidad de establecer una prohibición de regreso ante la conducta autónoma del tercero. Entiende, en ese sentido, que los límites que se le reconocen al principio de confianza cuando el sujeto cuenta con indicios concretos de que el tercero va a actuar incorrectamente reflejan también esa posibilidad de imputar el resultado al sujeto con motivo de su mayor conocimiento del riesgo o su mayor capacidad de evitación del resultado en comparación con el tercero (*op. cit.* pp. 275-277).

²⁸⁵ *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 147-149.

²⁸⁶ *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 108-112.

²⁸⁷ *ZStW* 89 (1977), pp. 6-7; IDEM, *AT*², 24/21.

²⁸⁸ *ZStW* 89 (1977), pp. 1-3 y 20; IDEM, *AT*², 24/15.

²⁸⁹ *AT*², 7/57-59.

imputar objetivamente al sujeto²⁹⁰. JAKOBS reconoce que no se puede proclamar sin más la vigencia de una general prohibición de regreso, pero entiende que tampoco se debe prescindir de esta figura apelando a la necesidad de atender al caso concreto. A su juicio, deben buscarse criterios generales que permitan desarrollarla y fundamentarla correctamente²⁹¹. Partiendo de que la norma penal pretende estabilizar determinadas expectativas, JAKOBS sostiene que lo decisivo es que el comportamiento resulte o no compatible con el esquema configurado por la norma²⁹². Hay que valorar si la conducta del primer sujeto define un propio plan delictivo, se adapta al comportamiento delictivo de un tercero o se realiza ostentando una determinada posición de garante que obligue a evitar la conducta del tercero²⁹³. Se trata de decidir, en otras palabras, si la conducta ha de interpretarse necesariamente como integrante de un plan delictivo, propio o ajeno, o si, por el contrario, es posible otra interpretación y el sujeto puede distanciarse de ese plan delictivo en el que participa el tercero, pues en este último caso su conducta no supondrá ningún riesgo especial y se presentará como algo inocuo o cotidiano. Es entonces cuando existe una prohibición de regreso²⁹⁴.

JAKOBS mantiene que tales planteamientos están vinculados al principio de autorresponsabilidad porque parten de que el sujeto, en principio, sólo es competente de lo que surge de su ámbito de organización²⁹⁵. Sin embargo, esta idea de autorresponsabilidad no se basa en la posibilidad de tomar como referencia el ámbito de responsabilidad ajeno para limitar el ámbito propio, sino que se centra únicamente en la conducta del primer sujeto para destacar que «no todo es asunto de todos» y que, en esa medida, es necesaria la imputación objetiva para delimitar el propio ámbito de responsabilidad²⁹⁶. Se trata, en realidad, de una forma de entender la autorresponsabilidad que tiene que ver más bien con el

²⁹⁰ ZStW 89 (1977), pp. 6-7.

²⁹¹ ZStW 89 (1977), p. 10.

²⁹² ZStW 89 (1977), p. 21.

²⁹³ ZStW 89 (1977), p. 23.

²⁹⁴ ZStW 89 (1977), pp. 20 y ss.; IDEM, *AT*², 24/15-17; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 148 y ss.

²⁹⁵ ZStW 89 (1977), pp. 29-30.

²⁹⁶ ZStW 89 (1977), p. 30.

reconocimiento de una cierta primacía de los deberes generales negativos de no lesionar sobre los deberes positivos de evitar un resultado lesivo²⁹⁷.

2. Diferentes interpretaciones del principio de autorresponsabilidad

Mediante el principio de autorresponsabilidad, algunos autores, como se ha visto, han querido incidir en la idea de que nadie debe responder de lo que hacen los terceros para, a partir de ahí, desarrollar la teoría de la prohibición de regreso y ofrecer un criterio de imputación o valoración destinado a limitar la responsabilidad del sujeto ante la intervención de los terceros. Así, frente al tratamiento fundamentalmente tópico al que conducen las consideraciones valorativas o normativas propias de la moderna teoría de la imputación objetiva, se propone la utilización de un criterio más preciso que, en principio, se centra directamente en la libertad o en la responsabilidad de los terceros, destacando de esta forma la particularidad que presenta la intervención de los terceros en comparación con el resto de factores que condicionan o pueden condicionar la producción del resultado lesivo. No obstante, se ha podido comprobar que, a pesar del acuerdo existente acerca de su formulación general, son muy distintas las interpretaciones que se realizan del principio de autorresponsabilidad. Procede ahora, por tanto, analizar más detenidamente en qué medida estas interpretaciones del principio de autorresponsabilidad permiten realmente ofrecer un particular criterio de imputación o valoración relacionado con la intervención de los terceros.

2.1. El principio de autorresponsabilidad como expresión de la imputación o como fundamento de un particular criterio de imputación

El principio de autorresponsabilidad, tal y como suele ser formulado, establece que cada sujeto ha de responder de su propia conducta y no de la conducta de los demás. Partiendo de esta formulación, se pueden hacer por lo pronto dos interpretaciones del principio de autorresponsabilidad: una en el sentido de que el sujeto sólo debe responder por lo que *él mismo* ha realizado y

²⁹⁷ *La imputación objetiva*, pp. 145 y ss.; IDEM, *AT*², 7/56-58.

otra en el sentido de que el sujeto no debe responder por lo que *un tercero* ha realizado²⁹⁸.

Aunque, aparentemente, ambas interpretaciones parecen ser las dos caras de una misma moneda, lo cierto es que la primera presenta el principio de autorresponsabilidad como una expresión o manifestación de toda la teoría de la imputación y la segunda lo convierte en un particular criterio de imputación, según el cual desde el momento en el que interviene un tercero lo sucedido deja de ser obra o responsabilidad del primer sujeto.

De la afirmación de que cada sujeto sólo debe responder de su propia conducta y no de la conducta de los demás, se podría inferir, efectivamente, que el principio de autorresponsabilidad no es más que una forma de expresar la propia teoría de la imputación. Desde ese punto de vista, serviría simplemente para destacar que el sujeto sólo debe responder por aquello que él mismo ha realizado y que, por tanto, es necesario delimitar su ámbito de responsabilidad para poder diferenciar lo que es obra suya y lo que es obra de terceras personas o de la casualidad. En ese sentido, todos los criterios utilizados en la determinación del deber de cuidado o en el marco de la teoría de la imputación objetiva podrían verse como una manifestación de este principio de autorresponsabilidad. Conforme a esta interpretación, por tanto, el principio de autorresponsabilidad difícilmente podría ofrecer un particular criterio de valoración o imputación basado en la intervención o en la responsabilidad de los terceros, pues la conducta de los terceros sólo se tendría en cuenta *a posteriori* –después de haber delimitado el propio ámbito de responsabilidad y haber realizado el juicio de imputación– para demostrar que lo sucedido no es obra del primer sujeto. Así pues, si se quiere utilizar el principio de autorresponsabilidad para fundamentar criterios de

²⁹⁸ Se puede hablar, en este sentido, de una doble vertiente del principio de autorresponsabilidad: una positiva y otra negativa. Así lo advierte ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 162-163: «El principio de responsabilidad por el propio injusto, como manifestación de la idea de autonomía individual, tiene así un doble aspecto: positivo o fundamentador de la responsabilidad y negativo o excluyente de la responsabilidad. En efecto, la primera y más evidente consecuencia del principio de autorresponsabilidad es que el ámbito de responsabilidad de cada individuo queda limitado a su propia conducta, de manera que, en principio, nadie responde por los efectos que su propia conducta pueda ocasionar en otros sujetos a su vez autorresponsables. Sin embargo, por otro lado, en su vertiente positiva, este principio tiene como consecuencia la vinculación de la responsabilidad por la propia organización defectuosa del sujeto».

valoración o de imputación referidos a la intervención de los terceros, como el principio de confianza o la prohibición de regreso, no se puede identificar sin más este principio con toda la teoría de la imputación. Es necesario plantear la posibilidad de realizar una interpretación distinta en la que lo determinante sea la referencia a la conducta de los terceros; una interpretación conforme a la cual se pudiera llegar a la conclusión de que lo sucedido no se puede imputar al sujeto *precisamente* por la intervención de los terceros. Sería una forma de contribuir a la imputación con una delimitación *negativa* del ámbito de responsabilidad, dejando fuera lo que es obra o responsabilidad de otra persona.

2.2. *El principio de autorresponsabilidad y la ponderación de intereses*

En ocasiones, como se vio en su momento, para fundamentar el principio de confianza como criterio general tendente a limitar la responsabilidad de un sujeto ante la intervención de terceras personas, se parte de una ponderación de intereses como la que se encuentra detrás del criterio del riesgo permitido²⁹⁹.

De esta forma, se prescinde directamente del principio de autorresponsabilidad y de cualquier otra fundamentación relacionada con la intervención de los terceros. Si se permite confiar y se limita la responsabilidad es porque, por alguna razón no suficientemente explicitada, en esa ponderación de intereses prima la libertad de actuación sobre la necesidad de evitar todos los riesgos que puedan generarse sobre los bienes jurídicos, sin conceder particular relevancia –en el marco esa ponderación– al hecho de que pueda intervenir un tercero. Eso significa que, en realidad, la posibilidad de confiar se concibe en este caso como el resultado de una previa ponderación o valoración y no como un criterio con el que realizar esa valoración. En última instancia, por tanto, se renuncia efectivamente a profundizar en el análisis del principio de autorresponsabilidad o de un criterio de solución relacionado concretamente con la intervención de los terceros. Al establecerse una remisión a un criterio general de solución tan abstracto como el criterio basado en la ponderación de intereses – que puede verse a su vez como expresión de toda la teoría de la imputación–, se

²⁹⁹ Cfr. *supra* cap. 2, ap. IV.3.5.

incurre en un cierto formalismo y se termina cerrando la puerta a la posibilidad de desarrollar otros criterios más concretos³⁰⁰.

Lo mismo ocurre cuando el principio de confianza se quiere deducir de la existencia de normas reguladoras de una determinada actividad que establecen un esquema de coordinación mediante un reparto de tareas basado en una previa ponderación de intereses. Cuando se define el principio de confianza simplemente como el reflejo psicologizante de un reparto de tareas ya existente, se parte de una ponderación ya realizada y se vuelve a confundir el principio de confianza con el resultado de la ponderación. De este modo, se renuncia de nuevo a la posibilidad de valorar la conducta con ayuda de un criterio referido a la intervención de los terceros³⁰¹.

Problemas parecidos se presentan también cuando, a la hora de buscar una fundamentación al principio de confianza, si bien se hace referencia al principio de autorresponsabilidad –y se concede especial importancia a la intervención de

³⁰⁰ Esta es la misma crítica que, con respecto a la fundamentación de las causas de justificación, realiza BALDÓ LAVILLA (*Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 40) a las tesis que se basan directamente en la ponderación de intereses. Dice este autor que «si bien es cierto que existen algunos criterios materiales (...) a los que pueden ser reconducidos todas las causas de justificación, no lo es menos que en el camino hacia tal abstracción pierden gran parte de su contenido material, explicativo. Ello es lo que ocurre, hasta donde alcanzo, con el *principio de ponderación de intereses* en su comprensión amplia. La pretensión de explicar y fundamentar materialmente toda causa de justificación de este “principio” exige, por una parte, que se sostenga una concepción tan amplia del mismo que acaba finalmente con su propia capacidad explicativa (...) [E]n aras de esta pretensión omnicompreensiva, el principio general de ponderación de intereses, asume un carácter abstracto tal que, si se quiere, coincide con la idea misma de Derecho, mas no aporta criterios materiales de regulación del orden social que puedan ser *directamente aplicables* –“operativos”–. Considero correcta, por tanto, la objeción de formalismo que se le ha formulado, cuando se plantea en su versión amplia. Pero es que, además, este “principio” –*per se*– no deja de ser más que un instrumento “analítico” o “metodológico” –o, si se quiere, “matemático”–. Responde a la cuestión de *cuándo* una lesión o puesta en peligro de un interés jurídico-penalmente protegido debe considerarse justificada por la existencia de intereses preponderantes. Mas no responde a la cuestión de *por qué*, dada la mencionada “preponderancia” de intereses, unos deben “prevalecer” sobre los otros. A ésta última cuestión sólo pueden responder verdaderos principios “axiológicos”».

³⁰¹ De hecho, el propio FRISCH (*Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 86-89), al analizar el carácter desaprobado del riesgo distinguiendo, desde un punto de vista fenomenológico, entre los ataques que se producen de manera inmediata y los que se producen por la mediación de un tercero, reconoce que la solución no depende realmente de cuál es el tipo de ataque, y aunque sostiene que en los casos en los que el ataque está mediado debe tenerse en cuenta la responsabilidad de los terceros, entiende que ello se deriva igualmente de la necesidad de realizar una ponderación de intereses y de considerar la idoneidad, la necesidad y la razonabilidad o proporcionalidad de la reacción penal.

los terceros–, ello se hace a su vez en el marco de una ponderación de intereses. De esta forma, se identifica ciertamente un criterio de valoración relacionado con los terceros, pero al mismo tiempo se reconoce la necesidad de tener en cuenta otros criterios de valoración, sin precisar la forma en la que los diferentes criterios deben combinarse para resolver la ponderación. Por esa razón, también en este caso resulta difícil profundizar en el significado y alcance del principio de autorresponsabilidad, pues este principio queda diluido dentro de una amalgama de criterios de valoración y no se explica de qué depende en cada caso su capacidad para condicionar los términos de la ponderación³⁰².

2.3. *El principio de autorresponsabilidad como delimitación del propio ámbito de competencia*

Tampoco la concepción del principio de autorresponsabilidad que defiende JAKOBS permite buscar en este principio un criterio de solución suficientemente preciso. Para realizar el juicio de imputación en los casos en los que intervenga un tercero, JAKOBS parte del principio de autorresponsabilidad, pero centra la atención en la especial vinculación que tiene el sujeto con el curso lesivo. Introduce así un criterio de imputación objetiva basado en la relación de competencia que ostenta el primer sujeto con el curso lesivo, pero no especifica la forma en la que la intervención del tercero puede afectar a dicha relación de competencia. Aunque considera que la prohibición de regreso –al igual que el principio de confianza– es un criterio de imputación objetiva que sirve para delimitar el ámbito de responsabilidad o competencia en aquellos casos en los que interviene la víctima o un tercero, no parece concebirlo realmente como un criterio que guarde relación con la especial condición del tercero³⁰³. Parte, en definitiva, de una concepción del principio de autorresponsabilidad que no se refiere a la responsabilidad de los terceros, pues lo que le interesa es delimitar el ámbito propio de responsabilidad mediante una interpretación normativa y objetiva de la conducta del sujeto, sin entrar a considerar la especial relevancia

³⁰² Cfr., en este mismo sentido, las consideraciones hechas *supra* cap. 2, ap. IV.3.5 y IV.5.

³⁰³ Cfr. JAKOBS, AT², 7/60.

que pueda tener la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno³⁰⁴. Se produce así la misma situación que se describía en el apartado anterior: aunque no se parte de una mera ponderación de intereses, se apela también a un criterio general de solución –basado en este caso en la relación de competencia– y se presenta el principio de autorresponsabilidad como resultado de la aplicación de ese criterio general. Nuevamente, se identifica el principio de autorresponsabilidad con el propio concepto de imputación y se prescinde de la posibilidad de utilizar un particular criterio de imputación referido a la intervención de los terceros con el que realizar una delimitación negativa del ámbito de responsabilidad³⁰⁵.

2.4. *El principio de autorresponsabilidad y la tradicional teoría de la imputación objetiva*

Quienes defendían la teoría de la interrupción del nexo causal y quienes utilizan actualmente la teoría de la prohibición de regreso en el marco de la tradicional teoría de la imputación objetiva parten, en cambio, de una concepción distinta del principio de autorresponsabilidad. Vinculan este principio con la imposibilidad de imputar el resultado en los casos en los que un tercero contribuye a la producción de ese resultado por medio de una conducta incorrecta realizada de manera responsable –o de manera dolosa y responsable–. Con esta interpretación, por tanto, el principio de autorresponsabilidad sí parece ofrecer un particular criterio de solución, pues pretende limitar la responsabilidad del sujeto

³⁰⁴ Si bien al hacer referencia a la prohibición de regreso reconoce que el distanciamiento del sujeto con respecto al suceso puede tener lugar por el hecho de que se defina como consecuencia de la casualidad o como competencia de una tercera persona (JAKOBS, *AT*², 7/57), no queda claro si ello es la causa o la consecuencia de que no se impute al primer sujeto.

³⁰⁵ Así se aprecia en las conclusiones a las que llega ROBLES PLANAS (*La participación en el delito*, p. 164), a partir de planteamientos parecidos a los de Jakobs: «Normativamente comprendido, este principio [de autorresponsabilidad] sólo afirma que alguien responde única y exclusivamente por aquello que jurídicamente se le atribuye a su propia esfera de organización y no a una ajena... La decisión sobre lo que es propio y lo que es ajeno es una decisión que depende de cada sistema normativo y no ontológica. Por consiguiente, el entendimiento que aquí se propone supone una relectura del principio de autorresponsabilidad sobre la base del objeto de referencia: no se es autorresponsable por cualquier disposición libre de un curso causal tendente a la lesión de un bien jurídico, sino por quebrantar los límites de la libertad de actuación jurídico-penalmente garantizada. De esta manera, deja de tener sentido la búsqueda de cursos naturales libres para hallar el límite al ámbito de responsabilidad de cada individuo. Por el contrario, el entendimiento normativo de la autorresponsabilidad comporta el establecimiento de esferas de organización jurídicamente reconocidas de cada persona».

tomando como referencia precisamente el comportamiento incorrecto que realiza un tercero de manera responsable. La fundamentación se encuentra en el propio concepto de imputación que se utiliza para establecer la relación con el resultado, ya que se parte de la idea de que la actuación libre y responsable del tercero no puede reconducirse a la libre voluntad del primer sujeto. Se afirma, en este sentido, que en tal caso o bien existe una causalidad psíquicamente mediada o bien falta la dominabilidad o la posibilidad de conducir el curso lesivo, que son los criterios normalmente manejados para realizar el tradicional juicio de imputación objetiva³⁰⁶.

Esta concepción del principio de autorresponsabilidad presenta, sin embargo, algunas deficiencias, tanto en su coherencia interna, como en su fundamentación. Por un lado, cabe señalar que conforme a este planteamiento no tendría sentido reservar la prohibición de regreso a los casos de conductas posteriores dolosas y generadoras de un nuevo riesgo, porque tanto las conductas imprudentes como las conductas omisivas se realizan libremente y son obra de la voluntad del tercero³⁰⁷. Da la impresión, por tanto, de que esta concepción del principio de autorresponsabilidad no se basa sólo en la imposibilidad de imputar un resultado producido libremente por un tercero, sino también en otro tipo de consideraciones. Se trata, en todo caso, de limitaciones que no están relacionadas realmente con la libre voluntad del tercero y que no parecen derivarse, por tanto, del principio de autorresponsabilidad que se dice tomar como punto de partida. Por otro lado, cabe cuestionar también la fundamentación última de esta concepción del principio de autorresponsabilidad, pues no queda suficientemente claro por qué no es posible la imputación cuando media la actuación libre de un tercero³⁰⁸. La «dominabilidad» o la «conducibilidad» no son criterios que por sí mismos puedan justificar la interrupción de la imputación por la conducta del

³⁰⁶ Cfr. WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 277 y ss.; OTTO, *FS-Maurach*, pp. 96-101; IDEM, *FS-Spendel*, pp. 276-280; IDEM, *FS-Lampe*, p. 497; IDEM, *AT*⁶, 6/48-49; DIEL, *Regreßverbot*, pp. 280 y ss.; HRUSCHKA, *ZStW* 110 (1998), pp. 586 y ss. Cfr. también *supra* I.1 y I.2.

³⁰⁷ Así lo advierten, con respecto a las conductas posteriores imprudentes, ROXIN, *FS-Tröndle*, pp. 183 y 187; KÜPER, *JZ*, 1989, pp. 941-942; MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 262.

³⁰⁸ Se ha llegado a decir, efectivamente, que se trata de argumentación circular que carece de una verdadera fundamentación. Así, por ejemplo, JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 7-8.

tercero, ni siquiera en los casos en los que ésta tiene carácter doloso³⁰⁹. No parece que ello deba deducirse necesariamente de la filosofía idealista en la que se basa la tradicional teoría de la imputación³¹⁰, y aunque así fuera podría ponerse en duda que la solución tenga que depender de esta particular filosofía y no de consideraciones de carácter jurídico-positivo³¹¹. Puede decirse, en definitiva, que conceptos como los de «dominabilidad» o «conducibilidad» son conceptos tan ambiguos que parece difícil hacer depender de ellos la relación entre la conducta y el resultado³¹².

2.5. *El principio de autorresponsabilidad como delimitación de los ámbitos de responsabilidad*

En los últimos años han ido ganando protagonismo las tesis que desean fundamentar el principio de autorresponsabilidad al margen de la tradicional teoría de la imputación objetiva, prestando menor atención, por tanto, a criterios como la «dominabilidad» o la «conducibilidad». Se hace más hincapié en los deberes que le son impuestos a los terceros en cuanto sujetos autorresponsables con capacidad de autodeterminación para, a partir de ahí, reconocer la existencia de una delimitación de ámbitos de responsabilidad³¹³.

De este modo, la fundamentación del principio de autorresponsabilidad adquiere un carácter más valorativo. Lo importante ya no es si lo realizado por el tercero puede ser reconducido a la conducta o a la libre voluntad del primer sujeto, sino si queda o no dentro de su ámbito de responsabilidad. Aparentemente, se

³⁰⁹ Cfr., en este sentido, BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 137-138; ROXIN, *FS-Tröndle*, pp. 181-182; SK⁶-RUDOLPHI, previo al § 1, n.m. 72; MURMANN, *Nebentäterschaft*, pp. 262-264; IDEM, *Selbstverantwortung*, pp. 394-395; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 200-202; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 88-89.

³¹⁰ De hecho, como se indicaba *supra* I.1.2, los hegelianos no negaban en este caso la imputación.

³¹¹ Así lo reconocía el propio NAUCKE, *ZStW* 76, 1964, pp. 431-432.

³¹² Cfr., en este sentido, ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 181.

³¹³ Cfr., por ejemplo, LENCKNER, *FS-Engisch*, p. 507; IDEM, *S/S*²⁶, previo a los §§ 13 y ss., n. m. 100; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *S/S*²⁶, § 15, n.m. 171; BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 138-139; KRATZSCH, *FS-Oehler*, pp. 74-75; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 5-20; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 68-74.

consigue ofrecer, por tanto, un criterio específico de valoración o imputación que se centra en la conducta del tercero: el primer sujeto no responde de lo que hace el tercero porque ello forma parte de un ámbito de responsabilidad ajeno. No obstante, esta concepción del principio de autorresponsabilidad presenta también algunos problemas de coherencia y fundamentación. Por una parte, quienes realizan esta interpretación del principio de autorresponsabilidad también reconocen ciertas excepciones que aparentemente nada tienen que ver con el ámbito de responsabilidad de los terceros. Son excepciones que atienden a aspectos tan variados como el mayor conocimiento del riesgo del primer sujeto, el carácter doloso o imprudente de la actuación del tercero, la falta de modificación del riesgo inicial por parte del tercero o la existencia de deberes de cuidado o de deberes de garante frente a la conducta del tercero. Incluso quienes procuran desarrollar coherentemente este principio en el marco de la teoría de la prohibición de regreso establecen una salvedad cuando el tercero realiza una conducta imprudente y el primer sujeto actúa con dolo o con mayor conocimiento del riesgo. Nuevamente, parece que la solución no se hace depender realmente de un principio de autorresponsabilidad basado en la libertad o la responsabilidad de los terceros, sino de otro tipo de consideraciones que se acaban combinando para realizar una valoración de la conducta y delimitar así la responsabilidad del sujeto³¹⁴. Por otra parte, la fundamentación de esta concepción del principio de autorresponsabilidad, basada en la delimitación de ámbitos de responsabilidad, se lleva a cabo de manera bastante genérica, atendiendo simplemente a la condición de los terceros como sujetos responsables con capacidad de autodeterminación. A partir de ahí, directamente se presenta como axioma la idea de que los sujetos sólo deben responder de su propia conducta y no de la conducta realizada por los demás dentro de su ámbito de responsabilidad. Esta explicación, sin embargo, no resulta del todo satisfactoria, pues la capacidad de autodeterminación de los terceros, si bien puede dar lugar al reconocimiento de un ámbito de responsabilidad ajeno, no implica por sí misma una delimitación negativa o excluyente de los ámbitos de responsabilidad. Puede ser una condición necesaria, pero no suficiente, pues para delimitar negativamente los ámbitos de

³¹⁴ Cfr. las observaciones hechas a este respecto *supra* (cap. 2, ap. IV.4 y IV.5) en relación con la utilización del principio de autorresponsabilidad para fundamentar el principio de confianza.

responsabilidad hay que explicar además por qué razón lo que queda dentro del ámbito de responsabilidad del tercero no puede formar parte a su vez del ámbito de responsabilidad del primer sujeto. Pocos son, sin embargo, los que llegados a este punto procuran ofrecer una explicación que vaya más allá de la mera afirmación de que cada sujeto debe responder de su propia conducta y no de la conducta de los demás³¹⁵.

Algunos autores, estableciendo una vinculación entre la delimitación de ámbitos de responsabilidad y el concepto de imputación basado en la dominabilidad o la conducibilidad, sostienen que la delimitación se produce porque desde el momento en que algo surge de la autodeterminación de un tercero, cabe entender que es independiente de la voluntad del primer sujeto y que, por tanto, no queda dentro de su ámbito de responsabilidad³¹⁶. Ello, sin embargo, como se apuntaba en el apartado anterior, no puede ser una razón suficiente, pues la libre intervención de un tercero no impide necesariamente reconducir el hecho a la libre voluntad del primer sujeto³¹⁷. Otros autores, en cambio, desde un punto de vista más valorativo, consideran que lo determinante es que, una vez admitida la existencia de diferentes ámbitos de responsabilidad, resulta necesario entender que cada sujeto, en principio, ha de cuidar únicamente de aquello que queda dentro de su ámbito de responsabilidad. El principio de autorresponsabilidad se presentaría así como un esquema de *regla/excepción* según el cual sólo por motivos excepcionales puede existir un deber de cuidar también de aquello que se encuentra en un ámbito de responsabilidad ajeno. Esta interpretación, si bien consigue salvar buena parte de las críticas que se refieren a la rigidez propia del principio de autorresponsabilidad y de la teoría de la prohibición de regreso, tiene dos problemas. Por una parte, sigue sin fundamentar suficientemente por qué se debe producir, en principio, esa delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad. Para ello no basta con apelar a la necesidad de garantizar un esfera mínima de libertad y responsabilidad, porque eso mismo podría servir para

³¹⁵ Cfr., en este sentido, las críticas expuestas *supra* cap. 2, ap. IV.4.

³¹⁶ OTTO, *FS-Spendel*, pp. 276-280; IDEM, *FS-Lampe*, p. 497; IDEM, *AT*⁶, 6/48-49; DIEL, *Regreßverbot*, pp. 311 y ss.

³¹⁷ Cfr. *supra* II.2.4.

justificar cualquier limitación de la responsabilidad, sin necesidad de tener en cuenta la libertad o la responsabilidad de los terceros. Por otra parte, en la medida en que no explica a qué obedece concretamente esa relación de regla/excepción, puede relativizar por completo el principio de autorresponsabilidad, diluyéndolo en una ponderación de intereses de carácter general. Si las excepciones no se fundamentan a partir del propio principio de autorresponsabilidad, sino a partir de cualquier otro tipo de consideraciones valorativas, se plantean efectivamente los mismos problemas que cuando se parte directamente de una ponderación de intereses. En última instancia, se deja sin concretar el alcance de este principio de autorresponsabilidad y se renuncia a la posibilidad de utilizar un criterio capaz de otorgar un tratamiento diferenciado a los casos en los que interviene un tercero³¹⁸.

3. Principio de autorresponsabilidad y *neminem laedere*

3.1. La delimitación normativa de los ámbitos de responsabilidad

Se trata ahora de analizar hasta qué punto es posible extraer del principio de autorresponsabilidad un criterio que permita examinar de manera precisa y sistemática los casos en los que media la conducta incorrecta de un tercero. Para ello, es necesario averiguar por qué razón se puede delimitar el ámbito de responsabilidad de un sujeto partiendo de la libertad o la responsabilidad de los terceros. En ese sentido, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, cabe pensar que esa delimitación de la responsabilidad no puede derivarse de la imposibilidad de dominar el curso lesivo cuando media la conducta libre y responsable de un tercero. Los criterios de imputación de carácter puramente físico como los que se basan en la causalidad, la evitabilidad, la finalidad o la dominabilidad, además de contar con los problemas de incoherencia e imprecisión a los que anteriormente se ha hecho referencia, presentan el inconveniente de que son incapaces de justificar una solución diferenciada en los casos en los que interviene un tercero. La conducta de los terceros, aun siendo libre y responsable, no presenta ninguna particularidad a estos efectos en comparación con el resto de factores que condicionan o pueden condicionar la producción del resultado lesivo.

³¹⁸ Cfr., en este mismo sentido, las consideraciones realizadas *supra* cap. 2, ap. IV.5

Así pues, parece más correcto realizar la delimitación del ámbito de responsabilidad del sujeto partiendo de consideraciones de carácter valorativo o normativo, en la misma línea que se ha impuesto en los últimos años gracias al desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva.

Desde este punto de partida, se puede concretar algo más la tarea reconociendo que lo importante es averiguar por qué razón se puede establecer una delimitación valorativa o normativa de los ámbitos de responsabilidad tomando como referencia la figura de los terceros. El problema con el que cuentan las interpretaciones del principio de autorresponsabilidad que siguen esta línea es precisamente que no explican con suficiente claridad las razones por las que esa delimitación se puede realizar teniendo en cuenta la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. Normalmente terminan apelando de manera un tanto genérica a la necesidad de garantizar una esfera de libertad o responsabilidad individual o establecen excepciones que no parecen derivarse de la responsabilidad de los terceros.

3.2. *Deberes negativos y deberes positivos*

Una buena manera de desarrollar algo más la idea de que es necesario o conveniente delimitar negativamente los ámbitos de responsabilidad puede ser tomar en consideración la distinción que se establece en los ordenamientos jurídicos de carácter liberal entre deberes *negativos* y deberes *positivos*;. Así, por ejemplo, el Código Penal español establece una clara diferencia entre matar (delito de homicidio: arts. 138 y 142) y no evitar la muerte (delito de omisión de socorro: art. 195). La norma que prohíbe matar no impone un deber de evitar cualquier riesgo que se genere para vida. El mero hecho de no evitar un riesgo de muerte constituye, en su caso, una infracción distinta que es castigada con una pena bastante menor. La norma que prohíbe matar, al igual que el resto de normas que prohíben la producción de un determinado resultado lesivo, sólo castiga, en principio, la infracción de un deber negativo de no lesionar que se corresponde con la máxima *neminem laede* o *neminem laedere*³¹⁹. Se reconoce así,

³¹⁹ Sobre los orígenes históricos y las diferentes expresiones utilizadas tradicionalmente para formular este mandato general, cfr. SCHIEMANN, *JuS*, 1989, pp. 345-346.

efectivamente, que el principal deber de las personas consiste en un deber negativo de no lesionar y que el deber positivo de evitar que se produzcan resultados lesivos es, en principio, un deber de menor importancia que sólo excepcionalmente –conforme a los criterios que establecen normas como la del art. 11 CP–, se puede equiparar con el deber negativo de no lesionar³²⁰.

En este sentido, para realizar la valoración de la conducta en los delitos que prohíben la producción de un determinado resultado lesivo –como, por ejemplo, el delito de homicidio–, es oportuno diferenciar la imputación que se basa en el incumplimiento de un deber negativo y la que se basa en el incumplimiento de un deber positivo. Ello conlleva la necesidad de identificar claramente cuáles son los riesgos o amenazas que surgen directamente de la actuación del sujeto y que pueden suponer la lesión de un deber negativo de no lesionar. Es en este punto donde cabe entender que cobra especial relevancia la intervención de los terceros y donde cabe reconocer, por tanto, la existencia de un criterio de solución basado en la responsabilidad de los terceros. Ello es posible si se piensa que una manera de delimitar el ámbito propio de actuación es comprobar precisamente si el riesgo surge o transcurre por un ámbito de responsabilidad ajeno.

3.3. *Propuesta de interpretación: el principio de autorresponsabilidad como concreción de la idea «neminem laedere»*

El deber general de no lesionar a los terceros que expresa la máxima *neminem laedere* es un deber negativo porque implica el reconocimiento de una relación esencialmente *negativa* con los bienes jurídicos de los terceros. El sujeto tiene un deber de no lesionar, pero no un deber de evitar la lesión; es decir, sólo es responsable de los ataques que realiza él mismo, desde su propio ámbito de actuación. A partir de ahí, para concretar el alcance del deber negativo se puede adoptar el siguiente razonamiento: no forma parte del propio ámbito de actuación el riesgo o la parte de riesgo que debe controlar un tercero; el sujeto, en principio, sólo tiene un deber de evitar los riesgos que quedan dentro de su ámbito de

³²⁰ LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 90-96.

actuación y no los que surgen de cualquier otro ámbito, o los que, aun habiendo surgido del suyo propio, salen del mismo para entrar en el ámbito de responsabilidad de un tercero. La idea de fondo es que la misma relación negativa que, con carácter general, existe frente a los bienes jurídicos de los terceros puede reconocerse frente a los ámbitos de responsabilidad de los terceros.

Ello puede justificarse afirmando que la misma razón por la que se reconoce que, por regla general, no existe un deber de evitar los riesgos que no proceden del ámbito propio, puede servir para descartar la existencia de evitar los riesgos que proceden del ámbito de un tercero. Se trata, en última instancia, de expresar un interés social y jurídicamente reconocido de permitir al sujeto no tener que realizar un cálculo o ponderación global de todas las consecuencias que pueden derivarse de su acción u omisión, ofreciéndole para ello esquemas de actuación que resulten menos complejos o más fácilmente objetivables³²¹. Esta es la idea que puede encontrarse en la primacía de los deberes negativos sobre los deberes positivos y también en la delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad que establece el principio de autorresponsabilidad: los deberes que se le imponen a los terceros constituyen un esquema de actuación que no desplaza o evita la ponderación, pero que sí la simplifica. En este sentido, el principio de autorresponsabilidad refleja ciertamente la importancia que tienen las normas jurídicas en la orientación de los sujetos³²², pero permite introducir también dos precisiones: la primera es que la delimitación de los ámbitos de responsabilidad sólo puede hacerse en el marco de relaciones de carácter negativo y la segunda es que tal delimitación no es absoluta o incondicionada, sino que sólo representa un factor de ponderación³²³.

El principio de autorresponsabilidad se presenta, por tanto, como una concreción de la máxima *neminem laedere* que contribuye a delimitar el alcance

³²¹ Cfr., en este sentido, LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 102-111.

³²² Tal y como han destacado algunos autores para fundamentar el principio de confianza (cfr. *supra* cap. 2, ap. IV.3.1).

³²³ Sobre las consecuencias que se derivan de ello, cfr. *infra* cap. IV.

del deber negativo³²⁴. Supone reconocer que, a la hora de determinar qué es lo que forma parte del propio ámbito de actuación, puede excluirse lo que forma parte del ámbito de actuación de un tercero. De esta forma, se obtiene un criterio de imputación o valoración basado directamente en la conducta incorrecta de los terceros o, más exactamente, en la existencia de ámbitos de responsabilidad ajenos. De hecho, cabe afirmar que esta interpretación es la que justifica el reconocimiento de un principio de *autorresponsabilidad* distinto de un principio general de responsabilidad.

Este principio de autorresponsabilidad no se presenta, sin embargo, como regla de solución, sino sólo como principio. Da lugar a un esquema de regla/excepción en el que se reconoce que, por *regla* general, las relaciones con los terceros tienen carácter negativo o descentralizado, pero que, *excepcionalmente*, pueden tener también un carácter positivo.

En cualquier caso, es importante no confundir las excepciones que se derivan del propio sentido del principio de autorresponsabilidad –en la forma en la que aquí se ha interpretado– y las excepciones que suelen proponerse aplicando criterios complementarios que poco o nada tienen que ver con la responsabilidad de los terceros. Las excepciones del principio de autorresponsabilidad son propiamente las que se producen cuando la relación con el bien jurídico o con la persona del tercero, en contra de lo que es la regla general, no tiene un carácter negativo, sino positivo. En ese sentido, habrá que reconocer que cuando se establecen excepciones atendiendo al carácter doloso de la conducta del primer sujeto, a su mayor conocimiento del riesgo, a la especial previsibilidad del

³²⁴ Esta relación entre la delimitación de ámbitos de responsabilidad a la que conduce el principio de autorresponsabilidad y la idea del *neminem laedere* es destacada también por BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 20-23 y 40-49. Este autor, en aras a lograr una mayor sistematicidad en el tratamiento de las causas de justificación, reconoce la existencia de una serie de principios axiológicos entre los que se encuentra el «principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador», que a su vez se deriva de una idea rectora superior basada en la «autonomía individual», una idea que es inmanente al sistema jurídico-penal en tanto que sistema de carácter liberal y que se delimita mediante su relación con la idea rectora de «solidaridad intersubjetiva» propia de un sistema que al mismo tiempo tiene carácter social. A su juicio, la idea rectora que se inspira en la autonomía individual presupone una separación de «esferas organizativas autónomas», lo que implica una libertad organizativa propia de cada individuo y también una responsabilidad por la propia organización («principio de responsabilidad»), una responsabilidad que se deriva de la obligación que tiene cada individuo de respetar las esferas de libertad ajenas de acuerdo con la máxima *alterum non laedere*.

comportamiento incorrecto del tercero o a la no introducción de nuevos riesgos, no se aplica realmente el principio de autorresponsabilidad, sino otros criterios complementarios que, en su caso, deberán ser aplicados una vez definido el verdadero alcance del principio de autorresponsabilidad. De lo contrario, como se apuntaba anteriormente, se corre el riesgo de hacer depender la solución de criterios poco articulados, incurriendo en una metodología excesivamente tópica e imprecisa.

CAPÍTULO 4

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD

Una vez reconocida la posibilidad de utilizar el principio de autorresponsabilidad para desarrollar un criterio de imputación específicamente destinado a limitar la responsabilidad del sujeto ante la intervención de terceras personas, procede ahora analizar en qué medida este principio de autorresponsabilidad puede servir, concretamente, para fundamentar el principio de confianza y sus diferentes presupuestos de aplicación.

En primer lugar, es necesario llamar la atención sobre el doble alcance que se le puede otorgar al principio de autorresponsabilidad: por una parte, para delimitar negativamente la posición de garante o la posición de especial vinculación con el curso lesivo y, por otra parte, para delimitar negativamente el deber de cuidado cuando se ostenta una posición de garante o una posición de especial vinculación con el curso lesivo (*infra* I). Es necesario hacer esta diferenciación porque, como se intentará demostrar a lo largo de este capítulo, el principio de autorresponsabilidad sirve, en el primer caso, para fundamentar la prohibición de regreso y, en el segundo caso, para fundamentar el principio de confianza. La tesis que se va a defender en este capítulo es, efectivamente, que el principio de confianza es una manifestación del principio de autorresponsabilidad que sirve para delimitar negativamente el deber de cuidado cuando el sujeto ostenta una posición de garante, es decir, cuando la intervención de terceras personas no permite delimitar negativamente su posición de garante mediante el establecimiento de una prohibición de regreso. Eso significa que antes de plantear la posibilidad de aplicar el principio de confianza se deben identificar los casos en los que se puede establecer de entrada una prohibición de regreso (*infra* II).

Realizada esa tarea, lo importante será precisar el significado del principio de confianza y determinar los presupuestos de aplicación con los que cuenta este principio para poder delimitar el deber de cuidado (*infra* III).

I. EL DOBLE ALCANCE DEL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD

El principio de autorresponsabilidad, como se ha visto, es un principio que reconoce la posibilidad de dejar fuera del ámbito de actuación de un sujeto lo que es responsabilidad de un tercero. Constituye, en ese sentido, un criterio de imputación o valoración que permite delimitar el ámbito de responsabilidad en los deberes negativos de no lesionar.

La posibilidad de tomar como referencia la distinción entre deberes negativos y deberes positivos para delimitar el ámbito de responsabilidad ha sido especialmente destacada por JAKOBS al pretender generalizar, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, la utilización de criterios semejantes a los desarrollados en los delitos de comisión por omisión para fundamentar la posición de garante. Según JAKOBS, del mismo modo que en los delitos de comisión por omisión no basta la mera previsibilidad o evitabilidad del resultado para realizar el juicio de imputación, tampoco en los delitos activos puede ser suficiente la utilización de criterios como la previsibilidad, la evitabilidad o la dominabilidad¹. A su juicio, en ambos tipos de delitos se debe partir de la idea de que «no todo es asunto de todos» y de que, por tanto, es necesario comprobar que el sujeto mantiene una posición de garante o una posición de especial vinculación con el curso lesivo para poder afirmar que lo sucedido entra dentro de su competencia o de su ámbito de responsabilidad². En concreto, JAKOBS entiende que son dos las formas en las que se puede fundamentar la competencia: por *organización* y por *institución*³. La primera resulta de la existencia de un general deber negativo conforme al cual se debe procurar que, dentro del propio ámbito de organización,

¹ ZStW 89 (1977), pp. 1-3; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 103 y 159.

² ZStW 89 (1977), p. 30; IDEM, *AT*², 7/ 56 y ss., 24/15.

³ *AT*², 7/50; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 139-141.

no se generen amenazas o riesgos para los bienes jurídico-penalmente protegidos⁴. La segunda resulta de la existencia de ciertos deberes positivos que se derivan de una vinculación institucional o socialmente reconocida con un determinado bien jurídico y que imponen la obligación de evitar los riesgos que se dirigen contra ese bien jurídico⁵. Fuera de estos casos, la responsabilidad penal, según JAKOBS, sólo podría derivarse de la comisión de delitos que no exigen el reconocimiento de una posición de garante, como ocurre, por ejemplo, en el delito de omisión de socorro⁶. En el modelo propuesto por JAKOBS se identifican, por tanto, tres clases de delitos: delitos por organización (delitos de dominio) que incumplen un deber negativo de no crear riesgos sobre los bienes jurídicos ajenos, delitos por institución (delitos de infracción de deber) que incumplen un deber positivo – cualificado– de evitar los riesgos que amenazan a un determinado bien jurídico y, por último, delitos de omisión pura que no presuponen una posición de garante y que infringen un deber positivo basado en una mínima y general solidaridad, como el delito de omisión de socorro⁷.

La distinción planteada por JAKOBS entre delitos por organización y delitos por institución, refleja una clasificación de los delitos que no atiende tanto al carácter activo u omisivo de la conducta, como al tipo de deber en el que se basa la imputación; distinguiendo así entre delitos derivados de un deber negativo y delitos derivados de un deber positivo⁸.

Partiendo de esa clasificación, el principio de autorresponsabilidad –en la forma en la que aquí se ha interpretado– podría constituir un criterio para delimitar el ámbito de organización del sujeto, dejando fuera lo que es responsabilidad de un tercero.

⁴ AT², 7/50, 7/70, 21/16.

⁵ AT², 7/50, 7/57, 7/70, 7/71.

⁶ ZStW 89 (1977), pp. 20 y ss; IDEM, AT², 7/56 y ss *La imputación objetiva*, p. 160.

⁷ AT², 7/50, 7/70, 7/71, 21/1-21/3. Cfr., también, la exposición de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 38 y ss.

⁸ Cfr., a este respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 83-102.

La cuestión es saber si este criterio que ofrece el principio de autorresponsabilidad sirve sólo para delimitar la *posición de garante* o permite también delimitar el *deber cuidado* en los casos en los que el sujeto ostenta una posición de garante. Cabe pensar, efectivamente, que la imputación de un resultado o de un curso lesivo no sólo requiere la existencia de una posición de garante, sino también la infracción de un deber de cuidado. En ese sentido, resulta necesario plantear hasta qué punto el principio de autorresponsabilidad puede tener un *doble alcance* y contribuir a delimitar negativamente tanto la relación general con el riesgo, como el alcance del deber de cuidado sobre ese riesgo.

II. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD EN LA DELIMITACIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTE: LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

1. La prohibición de regreso y la delimitación negativa de la posición de garante de control de una fuente de peligro

1.1. La posición de garante como presupuesto de imputación del suceso lesivo

Reconociendo que al sujeto no se le puede hacer responsable de cualquier conducta susceptible de producir el resultado lesivo y que, en ese sentido, el juicio de imputación o adecuación típica debe realizarse partiendo de consideraciones valorativas que limiten su ámbito de responsabilidad, cabe entender, en la línea apuntada por JAKOBS, que una buena manera de limitar ese ámbito de responsabilidad pasa, en primer lugar, por exigir una especial relación con el suceso lesivo. Para que el sujeto pueda responder por el riesgo o por el resultado lesivo, es necesario comprobar que el riesgo es de su competencia o de su incumbencia, pues ciertamente no todo es asunto de todos. Esto significa que la posición de garante puede verse como un criterio o presupuesto de imputación válido para todos los delitos en los que se castigue la producción de un determinado resultado lesivo, con independencia de que sean delitos activos u omisivos.

Como se indicaba anteriormente, la posición de garante, según JAKOBS, puede estar fundamentada en una relación negativa o en una relación positiva con el bien jurídico-penalmente protegido. La relación negativa se deriva del deber general de no lesionar y significa que el sujeto se encuentra vinculado con los riesgos que suponen una intromisión por su parte en el ámbito de organización de un tercero. Si el sujeto genera directamente un riesgo que sale de su ámbito de organización para afectar a los intereses de un tercero, guarda una clara relación con ese riesgo y es competente o garante de que, en determinados casos, dicho riesgo no llegue a lesionar los intereses o bienes jurídicos del tercero. La relación positiva resulta, en cambio, de una vinculación socialmente reconocida entre el sujeto y el bien jurídico que es independiente de la propia actuación del sujeto. Por su situación en la sociedad, el sujeto puede encontrarse vinculado con los riesgos que se dirigen contra determinados bienes jurídicos y, en esa medida, ser competente o garante de los mismos, quedando obligado a evitar que, en determinados casos, tales riesgos amenacen los bienes jurídicos del tercero. Se puede diferenciar así, efectivamente, entre una competencia por *organización* y una competencia por *institución*.

1.2. *La delimitación negativa de la posición de garante de control*

Más allá de cómo se fundamente la posición de garante o la relación de competencia, es importante, sin embargo, diferenciar también las relaciones que se establecen directamente con un determinado riesgo y las que se establecen con un determinado bien jurídico. El sujeto puede tener una especial vinculación con el riesgo –o con el curso lesivo– por su relación directa con el riesgo o por su relación con el bien jurídico que se ve amenazado por el riesgo. En este sentido, puede tomarse como referencia, con respecto al contenido de la posición de garante, la clásica distinción entre posiciones de garante de *control* del riesgo y posiciones de garante de *protección* del bien jurídico. Es importante hacer esta observación porque ello supone la necesidad de matizar en cierta medida los planteamientos de JAKOBS. En la distinción propuesta por JAKOBS da la impresión de que se confunden dos cuestiones distintas: por un lado, el origen o fundamento de la relación con el suceso lesivo (que puede basarse bien en la libre organización o actuación del propio sujeto, bien en una vinculación institucional o

socialmente reconocida) y, por otro lado, el alcance o contenido de esa relación con el suceso lesivo (que puede establecerse con el riesgo o con el bien jurídico protegido). En realidad, tanto la competencia por organización, como la competencia por institución pueden afectar directamente al riesgo o pueden estar referidas al bien jurídico protegido. Cuando la competencia, por organización o por institución, afecta directamente al riesgo, sigue existiendo una relación negativa con el bien jurídico, pues se trata de una relación con el riesgo que lleva unida un deber de no lesionar, es decir, de evitar que ese riesgo del que se es competente amenace el bien jurídico. Cuando, en cambio, la competencia, por organización o por institución, no se refiere propiamente al riesgo, sino al bien jurídico, se genera una relación positiva con ese bien jurídico de la que se deriva un deber de evitar la lesión del bien jurídico con independencia de cuál sea la procedencia del riesgo. Así pues, la relación negativa o positiva con el bien jurídico no viene marcada por el hecho de que la competencia se fundamente por organización o por institución, sino más exactamente por el tipo de relación que se establece con el bien jurídico, una relación referida directamente al riesgo (garante de control = relación negativa) o referida al bien jurídico protegido (garante de protección = relación positiva).

El sujeto A que deja una pistola cargada en una guardería ostenta una posición de garante por *organización* que implica un deber de controlar el riesgo que entraña el uso de la pistola. El sujeto B, encargado de la tienda en la que se vende la pistola, que permite a su hijo menor de edad vender la pistola a A, sin explicarle correctamente su funcionamiento, ostenta una posición de garante por *institución* que implica igualmente un deber de controlar el riesgo que lleva unido el uso de la pistola. El sujeto C que se introduce en la guardería con intención de cometer un robo y toma como rehenes a los niños ostenta una posición de garante por *organización* que implica un deber de evitar los riesgos que se generan sobre los niños, incluido el riesgo que se deriva de la pistola. El sujeto D que se encuentra en la guardería acompañando a su hijo pequeño ostenta una posición de garante por *institución* de la que se deriva un deber de evitar los riesgos que puedan generarse sobre su hijo, incluido el riesgo que representa la pistola. Todos ellos ostentan una posición de garante que les hace competentes del riesgo que implica para la vida o la integridad física de los niños la utilización de la pistola,

pero mientras que A y B guardan una relación negativa con el bien jurídico, C y D mantienen una relación positiva con ese mismo bien jurídico.

A la hora de delimitar la posición de garante se debe reconocer, por tanto, la diferencia existente entre una posición de garante de control basada en una relación negativa con el bien jurídico y una posición de garante de protección basada en una relación positiva con el bien jurídico. Esta diferencia obliga, en el sentido anteriormente apuntado, a identificar claramente los riesgos que guardan relación con el sujeto por surgir o encontrarse dentro de su propio ámbito de actuación para, de esta manera, poder diferenciar tales riesgos de aquellos otros que sólo pueden ser de su competencia con motivo de una relación positiva con el bien jurídico amenazado. Al identificar los riesgos que surgen del propio ámbito de actuación se puede aplicar el principio de autorresponsabilidad y afirmar que, en principio, los riesgos que surgen o transcurren por un ámbito de responsabilidad ajeno no forman parte del ámbito de responsabilidad del sujeto. El principio de autorresponsabilidad puede operar aquí, por tanto, como un particular criterio de imputación contribuyendo a la determinación del ámbito de responsabilidad del sujeto mediante una delimitación negativa de su posible *posición de garante de control de una fuente de peligro*. Desde este punto de vista, puede decirse que el principio de autorresponsabilidad sirve para excluir la responsabilidad o la imputación dando lugar a una *prohibición de regreso* en aquellos casos en los que el sujeto realiza una conducta peligrosa o aparece, en un primer momento, como competente de un determinado riesgo, pero ese riesgo atraviesa un ámbito de responsabilidad ajeno.

1.3. *La prohibición de regreso como criterio de exclusión de la relación de autoría*

Esta prohibición de regreso, tal y como proponía el propio FRANK en su formulación original, excluirá en todo caso la responsabilidad del sujeto a título de autor. Esto supone reconocer que es la posición de garante la que determina la relación de autoría y la que fundamenta, en su caso, la imputación a título de autor.

Este planteamiento que vincula el principio de autorresponsabilidad y la prohibición de regreso con la delimitación de la posición de garante y la relación de autoría implica la aceptación de una concepción normativa de la autoría basada en la relación de competencia que mantiene el sujeto con el curso lesivo. En ese sentido, a pesar de que el objeto de este trabajo no sea realizar un análisis detallado de los diferentes y complejos aspectos relacionados con el tema de la autoría y la participación, al exponer la forma en la que opera el criterio de la prohibición de regreso se irán haciendo algunas indicaciones puntuales sobre los resultados que se derivan con respecto a las diferentes formas de autoría legal y doctrinalmente reconocidas. El propósito, únicamente, es subrayar la necesidad de diferenciar los casos relacionados con la intervención de los terceros que afectan a la relación de autoría y pueden abordarse con la figura de la prohibición de regreso y los casos relacionados con la intervención de los terceros en los que debe utilizarse el principio de confianza.

Dado que la prohibición de regreso sólo delimita la posición de garante, sólo excluye la imputación a título de autor. Si no se excluye la posición de garante, el sujeto –siempre que incumpla el deber de cuidado– deberá responder a título de autor. Si, en cambio, se establece la prohibición de regreso, sólo se niega la relación de autoría, de modo que, a partir de ahí, deberá realizarse un examen complementario, basado en la accesoriedad, para valorar la posibilidad de reconocer una responsabilidad a título de partícipe. Esta forma de interpretar la prohibición de regreso implica, por tanto, el reconocimiento de un concepto restrictivo de autor según el cual sólo es autor el sujeto al que se le puede imputar directamente la realización del delito descrito en la Parte Especial del Código Penal. Si se establece una prohibición de regreso, sólo cabe una responsabilidad accesoria a título de partícipe de acuerdo con las normas de la Parte General que permiten extender la responsabilidad a quienes no se les puede imputar directamente la realización del tipo delictivo descrito en la Parte Especial. Al partícipe se le imputa el suceso típico de manera indirecta o accesoria en la medida en que, en atención a las normas de la Parte General, se le reconoce una relación con el sujeto que puede llegar a ser considerado autor.

El sujeto A que deja una pistola cargada en la guardería deja de ser competente del riesgo que se deriva de esa conducta desde el momento en que un

tercero responsable X coge la pistola y dispara sobre uno de los niños. Desde ese momento, efectivamente, el riesgo del posible disparo deja de ser responsabilidad de A. Se establece una prohibición de regreso que impide imputarle el resultado a título de autor. A partir de ahí, deberá realizarse un examen complementario con objeto de determinar su posible responsabilidad a título de partícipe.

2. Los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso

La prohibición de regreso, concebida como manifestación del principio de autorresponsabilidad tendente a delimitar negativamente la posición de garante del sujeto ante la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, cuenta con una serie de requisitos o presupuestos de aplicación: en primer lugar, es necesario que exista efectivamente un ámbito de responsabilidad ajeno por el que transcurra el riesgo del que, en principio, resulta competente el primer sujeto (*infra* 2.1); en segundo lugar, es necesario que la inicial relación del sujeto con el suceso lesivo sea negativa, es decir, que se fundamente en una relación directa con el riesgo (posición de garante de control) y no en una relación con el bien jurídico (posición de garante de protección), pues sólo en tal caso puede decirse que su relación con el bien jurídico se ve mediada por el ámbito de responsabilidad de un tercero (*infra* 2.2); en tercer lugar, es necesario que no haya razones excepcionales para poner en duda el carácter negativo de la relación con el tercero (*infra* 2.3).

2.1. La existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno

El principio de autorresponsabilidad permite delimitar negativamente el ámbito de responsabilidad del sujeto partiendo de la idea de que, por regla general, queda fuera de ese ámbito de responsabilidad lo que es responsabilidad de un tercero. En ese sentido, la prohibición de regreso sólo puede estar justificada cuando efectivamente existe un ámbito de responsabilidad ajeno. Si media el comportamiento de un tercero, pero ese tercero, por alguna razón, no es responsable del riesgo, la relación que el primer sujeto tiene con la conducta del tercero es exactamente igual, desde un punto de vista valorativo, a la que tiene con cualquier otro factor condicionante del resultado lesivo, y no hay razón, por tanto, para establecer una prohibición de regreso.

El sujeto A que deja cargada la pistola en la guardería sigue siendo competente del riesgo que se deriva de esa conducta cuando quien coge la pistola es un sujeto Y que es inimputable –por ejemplo, un niño– o un sujeto Z que simplemente no es responsable de su conducta –por ejemplo, por actuar bajo un error invencible o por encontrarse amparado por una causa de justificación–. En este caso, no hay prohibición de regreso, y si se puede demostrar que A ha lesionado el deber de cuidado, deberá responder como *autor mediato*.

Más problemática es la cuestión de en qué medida es posible establecer una prohibición de regreso cuando el tercero tiene una responsabilidad reducida; por ejemplo, por ser semiimputable o por incurrir en un error de tipo o en un error de prohibición. En estos casos, la doctrina suele ser partidaria de no limitar la relación del primer sujeto con el resultado lesivo y no poner en duda, por tanto, su responsabilidad a título de autor. Por lo general, efectivamente, la doctrina prescinde de consideraciones relacionadas exclusivamente con la delimitación de los ámbitos de responsabilidad y centra la atención en la posibilidad que tiene el primer sujeto de dominar el curso lesivo. Desde ese punto de vista, se llega a la conclusión de que la relación del primer sujeto con el resultado lesivo no puede verse limitada cuando el tercero tiene una menor capacidad de comprender el sentido de su conducta. Incluso quienes se muestran favorables a la utilización del principio de autorresponsabilidad tienden a realizar en estos casos una comparación entre la conducta del primer sujeto y la conducta del tercero descartando la posibilidad de establecer una prohibición de regreso cuando el tercero actúa con menor conocimiento del riesgo. No obstante, si se parte de una aplicación coherente del principio de autorresponsabilidad y se atiende a lo que realmente tiene de particular la intervención de un tercero, hay que reconocer que lo importante, únicamente, es que el tercero esté en condiciones de tener asignado un propio ámbito de responsabilidad y cuente con un deber de controlar o evitar el riesgo que procede del primer sujeto. Desde ese momento es posible delimitar negativamente el ámbito de responsabilidad del primer sujeto y establecer una prohibición de regreso. Las circunstancias en las que pueda encontrarse el tercero sólo son relevantes, por tanto, en la medida que impidan asignarle un propio ámbito de responsabilidad capaz de delimitar el ámbito de responsabilidad del

primer sujeto. Lo que se ha de comparar, por tanto, es la esfera de responsabilidad o el alcance del deber de cuidado de uno y otro sujeto, siendo irrelevante, por el contrario, que el tercero tenga una mayor o menor responsabilidad individual o a un mayor o menor conocimiento del riesgo. Así pues, si el tercero se encuentra en una situación de semiimputabilidad o incurre en un error vencible, deberá entenderse que no hay motivo para descartar la posibilidad de establecer una prohibición de regreso, pues el tercero no deja de tener definido un propio ámbito de responsabilidad capaz de delimitar el ámbito de responsabilidad del primer sujeto⁹.

2.2. La relación negativa con el bien jurídico: la relación con la fuente de peligro

La delimitación negativa del ámbito de responsabilidad del sujeto en la que se basa la prohibición de regreso sólo es posible cuando la relación con el resultado lesivo se encuentra mediada por un ámbito de responsabilidad ajeno, lo que presupone que el sujeto tiene una inicial relación con la fuente de peligro (posición de garante de control), pero no directamente con el bien jurídico (posición de garante de protección). Si el sujeto ostenta una relación directa con el bien jurídico no puede establecerse una prohibición de regreso porque su relación con el curso lesivo no se encuentra realmente mediada por la actuación de un tercero. En tal caso, el sujeto mantiene una relación positiva con el bien jurídico y es competente, con carácter general, de los riesgos que amenazan al bien jurídico, con independencia de cuál sea su procedencia, siendo irrelevante, por tanto, que el riesgo surja del propio ámbito de organización del sujeto o del ámbito de responsabilidad de un tercero

Los sujetos C y D del ejemplo anterior ostentan una posición de garante de protección y mantienen una relación positiva con el bien jurídico. Dado que

⁹ Sólo cabría plantear una salvedad con respecto a los casos en los que, desde un punto de vista objetivo, el deber de cuidado del tercero resulta menos intenso que el deber de cuidado del primer sujeto, siendo determinante de una imprudencia de carácter leve, o se centra sólo en aspectos parciales del riesgo que procede del primer sujeto. En estos casos, se podría poner en duda la posibilidad de establecer una delimitación negativa del ámbito de responsabilidad, pero sólo en atención a una comparación entre el alcance objetivo de los distintos ámbitos de responsabilidad.

deben velar por la seguridad de los niños, siguen siendo competentes del riesgo que implica la pistola a pesar de que sea un tercero responsable X quien coja la pistola y dispare sobre alguno de los niños. En este caso no se puede establecer una prohibición de regreso y habrá que pasar a analizar si cumplen o no con el deber de cuidado. Si no lo hacen serán responsables del resultado a título de autores.

En los casos en los que el sujeto tiene sólo una relación con el riesgo o con la fuente de peligro no hay problema para establecer una prohibición de regreso conforme al principio de autorresponsabilidad. Ello incluso cuando el sujeto es garante con respecto a un elemento especialmente peligroso (como, por ejemplo, una pistola) y tiene, por tanto, un deber especial de aseguramiento. El deber especial que en estos casos tiene el sujeto con respecto a la fuente de peligro puede ser determinante para fundamentar una responsabilidad a título de partícipe, pero no es razón suficiente para dejar de operar con el principio de autorresponsabilidad y establecer una prohibición de regreso.

El sujeto B, encargado de la tienda en la que A adquiere la pistola, puede tener un deber de cumplir con ciertos requisitos para hacer entrega de la pistola, pero eso no impide que la actuación responsable de A de lugar a una prohibición de regreso y se excluya su responsabilidad a título de autor. Del mismo modo, el sujeto encargado de la vigilancia de un preso o de un sujeto responsable especialmente peligroso no responderá a título de autor de la lesión producida por ese sujeto que debe vigilar. También en este caso se puede aplicar una prohibición de regreso.

Ahora bien, para que se pueda establecer la prohibición de regreso en estos casos en los que el sujeto sólo tiene una relación negativa con el bien jurídico y su posición de garante sólo puede fundamentarse en una relación directa con el riesgo, es necesario también que exista una relación lineal entre el riesgo del primer sujeto y el posterior riesgo del tercero. La prohibición de regreso resulta de una delimitación negativa del ámbito de responsabilidad del sujeto en los casos en los que el riesgo generado por el sujeto *transcurre* por un ámbito de responsabilidad ajeno. No es posible establecer una delimitación negativa del ámbito de responsabilidad del sujeto cuando el riesgo del que es competente el

tercero surge en un momento previo o representa una línea de ataque al bien jurídico de carácter independiente. Si la actuación del tercero es previa o las líneas de actuación confluyen en un mismo punto, sin ser una continuación de la otra, la relación que tiene el sujeto con su propio riesgo no se ve alterada. Lo importante, por tanto, es que exista una línea de actuación sucesiva, pues de lo contrario no hay prohibición de regreso y el primer sujeto puede llegar a responder como autor, reproduciéndose la situación propia de una *autoría directa* o de una *autoría accesoria*.

Si el sujeto A compra un producto defectuoso al sujeto C y es el carácter defectuoso del producto lo que provoca que A cause la lesión de un tercero, no puede decirse que el ámbito de responsabilidad de C sirva para delimitar negativamente la relación que tiene el sujeto A con el riesgo que entraña el uso de ese producto. Puede ocurrir, como se verá al explicar el significado y alcance del principio de confianza, que el deber de cuidado que tiene C sirva para delimitar negativamente el deber de cuidado de A, pero A no deja de tener una relación con el riesgo, de manera que si se llega a considerar que no puede confiar y que ha infringido el deber de cuidado, responderá del resultado lesivo a título de autor.

En el tan discutido «caso *Dohna*», en el que A, sabiendo que B planea matarlo cuando llegue a un determinado lugar, envía a su enemigo C a dicho lugar, tanto A como B deben responder como autores. La intervención de B no permite establecer una prohibición de regreso sobre la conducta de A. La razón es que ambas actuaciones representan distintas líneas de ataque: el riesgo introducido por B es independiente del que ha generado A. Se trata de un supuesto equiparable al que se produce si A, sabiendo que B ha puesto una bomba en un determinado avión, convence a C para que tome ese mismo avión. En estos casos no hay prohibición de regreso porque el riesgo creado por B no depende de la conducta de A. El riesgo con el que está relacionado A no transcurre por el ámbito de responsabilidad de B y, por tanto, el ámbito de responsabilidad de A no puede verse delimitado negativamente por el ámbito de responsabilidad de B. No hay un autor detrás del autor, sino un autor junto a otro autor. No se trata de un supuesto de *autoría mediata*, sino de *autoría accesoria*.

2.3. *La relación negativa con el tercero*

El principio de autorresponsabilidad, en cuanto que principio, parte de un esquema de regla/excepción según el cual, por *regla* general, cabe pensar que la relación con los terceros tiene un carácter negativo, o que la actividad social se produce de manera descentralizada, porque normalmente hay un interés en permitir que el sujeto sólo se preocupe de su propia actuación. En determinados casos, sin embargo, puede reconocerse una *excepción* y considerarse que la actuación de los sujetos no tiene lugar en un contexto descentralizado, sino que constituye una especie de actuación conjunta en la que los distintos intervinientes comparten la competencia por un determinado tipo de riesgo. Puede ocurrir que los sujetos generen o dominen conjuntamente el riesgo, que formen parte de un equipo de trabajo o de una estructura organizada o que participen en el marco de una determinada actividad peligrosa. En estos casos, no hay lugar para la prohibición de regreso porque los sujetos tienen una relación compartida con el riesgo general y son garantes de los diferentes riesgos en los que pueda concretarse ese riesgo general. Se produce la situación propia de una *coautoría*.

Si el sujeto A, que deja la pistola cargada en la guardería, y el sujeto X, que hace uso de la pistola, integran una organización delictiva o actúan de manera coordinada en ejecución de un plan previamente definido, no se establece tampoco una prohibición de regreso porque cabe pensar que no guardan entre ellos una relación negativa y descentralizada que permita delimitar sus ámbitos de responsabilidad; forman una unidad frente a los terceros y pueden llegar a responder como *coautores*.

3. El carácter normativo y objetivo de la prohibición de regreso

La prohibición de regreso fundamentada en el principio de autorresponsabilidad refleja una delimitación normativa y objetiva de la posición de garante de control de una fuente de peligro. La delimitación se basa en la relación negativa que existe entre los diferentes ámbitos de responsabilidad y se produce desde el mismo momento en el que el riesgo del que inicialmente es competente el primer sujeto transcurre por un ámbito de responsabilidad ajeno. Es

una delimitación *normativa* porque se basa en la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno y no en una relación fáctica con la conducta del tercero. Es una delimitación *objetiva* porque depende de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad y no de la representación o finalidad de los distintos intervinientes. Así pues, si se parte, como aquí se hace, del principio de autorresponsabilidad y de la delimitación negativa del ámbito de actuación del primer sujeto ante la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, deben rechazarse ciertas excepciones o salvedades que normalmente lleva unida la teoría de la prohibición de regreso.

3.1. *Irrelevancia del carácter activo u omisivo de la conducta del tercero*

En la aplicación de la teoría de la prohibición de regreso, una de las salvedades que suelen reconocerse es la que se refiere a las conductas de los terceros que son omisivas o que no introducen un nuevo riesgo. Se considera que sólo se puede limitar la responsabilidad del primer sujeto si la conducta del tercero, además de ser una conducta responsable –o, en su caso, dolosa y responsable–, tiene carácter activo o supone la introducción de un nuevo riesgo.

La cuestión que cabe plantear, sin embargo, es por qué razón ante conductas posteriores igualmente responsables se debe establecer una diferenciación en función de ese criterio añadido. Ello no parece estar relacionado directamente con el hecho de que sea un tercero el que medie en la producción del resultado, pues también las conductas de los terceros que son omisivas o que no generan un nuevo riesgo pueden ser vistas como conductas libres y responsables. En realidad, da la impresión de que esta salvedad obedece a la aplicación de otros criterios de imputación distintos al principio de autorresponsabilidad; unos criterios que, además de no ser capaces de justificar un tratamiento diferenciado de los casos en los que interviene un tercero, terminan resultando un tanto imprecisos. Cuando se atiende únicamente al carácter activo u omisivo de la conducta del tercero, se parte de criterios relacionados sobre todo con la causalidad o la dominabilidad que no consiguen fundamentar la necesidad de llegar a conclusiones distintas en función del carácter físicamente mediado de la producción del resultado, pues la causalidad o la dominabilidad no desaparece

necesariamente cuando el tercero se comporta de manera activa. Cuando se atiende al tipo de riesgo que introduce la conducta del tercero y se parte de criterios valorativos o normativos relacionados con la vinculación entre el riesgo de la conducta inicial y el riesgo de la conducta del tercero, tampoco se logra ofrecer una explicación suficientemente convincente. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de determinar esa vinculación y de saber si el desvalor del riesgo inicial se mantiene inalterado a pesar de la intervención del tercero, de modo que la mera referencia al nuevo tipo de riesgo resulta igualmente poco precisa, pues no se dice qué es lo que permite entender que el riesgo generado por el tercero es realmente nuevo.

Partiendo del principio de autorresponsabilidad, lo importante es que el riesgo que implica la conducta del tercero forme parte de un ámbito de responsabilidad ajeno, con independencia de que responda a una conducta activa u omisiva. Desde un punto de vista normativo, para descartar la relación entre el riesgo inicial y el resultado producido con la mediación del tercero, lo decisivo es que el tercero tenga un deber de controlar o evitar el riesgo y pueda considerarse que el riesgo inicial atraviesa un ámbito de responsabilidad ajeno. A partir de ahí, se puede afirmar que el riesgo que conduce a la producción del resultado lesivo deja de formar parte del ámbito de responsabilidad del primer sujeto y que es posible, por tanto, establecer una prohibición de regreso.

En el ejemplo de la guardería, si A deja cargada la pistola en uno de los cajones de la mesa del despacho de X, uno de los puericultores o encargados de la guardería, se establece una prohibición de regreso con independencia de que X coja la pistola y dispare sobre uno de los niños o, simplemente, deje la puerta abierta y permita de esa forma que un niño la coja y lesione a otro de los niños. Es el hecho de que el riesgo haya entrado en un ámbito de responsabilidad ajeno lo que excluye la relación entre el riesgo ocasionado por el primer sujeto y el resultado lesivo finalmente producido. Igualmente, si A dispara la pistola y lesiona gravemente a V es posible establecer una prohibición de regreso si el médico X, encargado de curar al paciente V, incumple su deber y no interviene para salvar la vida de V. En este caso, si se produce finalmente la muerte de V, tampoco se le puede imputar a A el resultado mortal.

Cabe introducir, no obstante, una matización con respecto a las conductas posteriores omisivas de quienes no son garantes de evitar la producción del resultado lesivo y simplemente infringen un deber de socorro. En estos casos, la relación que tiene el tercero con el riesgo no es equiparable a la del primer sujeto y no resulta suficientemente intensa como para reconocer la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno capaz de delimitar el ámbito de responsabilidad del primer sujeto. Para establecer una prohibición de regreso es necesario que el tercero sea garante y tenga un deber de cuidado frente al riesgo del que inicialmente era garante el primer sujeto.

3.2. Irrelevancia del carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero

Aunque, en un primer momento, los defensores de la teoría de la interrupción del nexo causal consideraban que es posible negar la relación con el resultado desde el mismo momento en el que media la conducta incorrecta y responsable de un tercero, poco a poco la doctrina ha ido destacando la necesidad de diferenciar en función del tipo de conducta realizada por el tercero y ha reservado la posibilidad de interrumpir la relación con el resultado para los casos en los que la conducta del tercero es una conducta dolosa. Así lo entendió el propio FRANK al formular la originaria teoría de la prohibición de regreso y así lo han venido reiterando hasta la actualidad buena parte de los representantes de esta teoría. Incluso algunos los autores que proponen una interpretación más coherente de esta teoría de la prohibición de regreso, válida para conductas posteriores dolosas e imprudentes, reconocen que si el tercero actúa de manera imprudente y el primer sujeto actúa con dolo o con mayor conocimiento de riesgo, no tiene lugar la prohibición de regreso y se puede hacer responsable al primer sujeto por autoría mediata.

Resulta difícil, sin embargo, comprender por qué es necesario que la conducta del tercero sea dolosa para limitar la relación del sujeto con el resultado lesivo. Las explicaciones que parten de consideraciones puramente físicas relacionadas con la causalidad, la previsibilidad o la dominabilidad no resultan satisfactorias porque no pueden justificar un tratamiento diferenciado en función de la representación subjetiva del tercero. Las explicaciones que parten de

consideraciones valorativas o normativas no resultan convincentes porque no consiguen ofrecer criterios suficientemente coherentes. Las que aluden simplemente a la menor libertad del tercero que actúa de manera imprudente, además de que no tienen en cuenta que la conducta del tercero sigue siendo una conducta libre y responsable, no son capaces de explicar correctamente cómo puede justificarse entonces la existencia de un principio de confianza que limite la responsabilidad del sujeto también ante conductas incorrectas de los terceros de carácter imprudente. Las que conciben la prohibición de regreso únicamente como una forma de excluir la imputación del resultado en casos de conductas imprudentes que favorecen conductas dolosas de los terceros se basan en consideraciones excesivamente genéricas sobre las diferencias valorativas que presentan las dos formas de intervención y sobre la posibilidad de expiar el hecho lesivo con el castigo de la conducta dolosa del tercero, sin explicar por qué la mayor responsabilidad de una tercera persona permite dejar sin castigo la conducta imprudente del primer sujeto. Finalmente, las que entienden que es necesario castigar por autoría mediata cuando el primer sujeto actúa de manera dolosa y el tercer sujeto actúa de manera imprudente terminan prescindiendo igualmente de la idea de autorresponsabilidad para centrar la atención en la capacidad o posibilidad que tiene el primer sujeto de dominar el curso lesivo, incurriendo en los mismos problemas que quienes parten del criterio de la dominabilidad, pues no aclaran por qué la representación subjetiva del tercero puede condicionar esa posibilidad de dominar el curso lesivo. De hecho, estos autores llegan a la misma conclusión cuando el tercero actúa de manera dolosa pero no es penalmente responsable de su conducta, de modo que, en última instancia, la posibilidad de instrumentalizar al tercero para dominar el curso lesivo parece depender realmente de la responsabilidad penal en la que incurre el tercero, dejando sin explicar por qué es determinante que el tercero se comporte o no de manera dolosa y tenga un mayor o menor grado de responsabilidad.

Según la concepción de la prohibición de regreso que aquí se defiende, esta salvedad relacionada con el carácter imprudente de la conducta del tercero no está justificada. Aplicando el principio de autorresponsabilidad, basta con que el riesgo inicialmente generado por el sujeto transcurra por un ámbito de responsabilidad ajeno. El punto de partida es que el sujeto, por principio, tiene una

relación negativa con los terceros y no es competente de lo que forma parte de un ámbito de responsabilidad ajeno. El interés en que el sujeto sólo sea competente del riesgo que surge directamente de su ámbito de actuación no varía por el carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero. Lo importante es que se pueda delimitar el ámbito de responsabilidad del primer sujeto ante la existencia de un tercero que se encuentre obligado, dentro de su propio ámbito de responsabilidad, a evitar o controlar el riesgo que procede de la conducta de ese primer sujeto. Como se apuntaba anteriormente, desde la perspectiva seguida en este trabajo, la relevancia que la mayor parte de la doctrina quiere otorgar al desconocimiento del tercero sólo está justificada en la medida en que ese desconocimiento impida asignarle un ámbito propio de responsabilidad que le obligue a evitar o controlar el riesgo que procede del primer sujeto. En ese sentido, la posibilidad de establecer una prohibición de regreso puede verse limitada cuando el tercero incurra en un error invencible, pero no cuando simplemente incurra en un error vencible y tenga una representación defectuosa del sentido de su conducta. El mero hecho de que el tercero no actúe de manera dolosa no es obstáculo para considerar que el riesgo transcurre por un ámbito de responsabilidad ajeno y establecer, por tanto, una prohibición de regreso.

Si el sujeto A deja cargada una pistola en una guardería y un tercero responsable X la coge y dispara sobre uno de los niños, es posible establecer una prohibición de regreso tanto si X actúa con dolo, como si actúa bajo un error vencible pensando que la pistola es de juguete o se encuentra descargada. Igualmente, si se deja la pistola en el despacho de X, es posible establecer una prohibición de regreso si X permite que uno de los niños entre el despacho y coja la pistola, con independencia de que lo haga dolosa o imprudentemente. Si A engaña a X haciéndole pensar que la pistola es de juguete o se encuentra descargada, en tanto que se pueda llegar a la conclusión de que el error de X es evitable y que, por tanto, X actúa de manera responsable, seguirá pudiendo establecerse la prohibición de regreso con respecto a la conducta de A, excluyéndose la imputación del resultado a título de autor. Si el propio A dispara la pistola y lesiona a V, se puede también reconocer una prohibición de regreso en caso de que el médico Y, encargado de tratar al paciente V, cometa un error en el diagnóstico o en el tratamiento y se acabe produciendo la muerte de V.

Tampoco en este caso se le podrá imputar a A el resultado mortal a título de autor.

3.3. Irrelevancia del carácter doloso o imprudente de la conducta del primer sujeto

Para FRANK, al igual que para la mayor parte de los partidarios de la teoría de la interrupción del nexo causal, la posibilidad de limitar la relación con el resultado ante la intervención de terceras personas era independiente del carácter doloso o imprudente de la conducta del primer sujeto. Al formular la teoría de la prohibición de regreso, FRANK se basaba únicamente en el carácter psíquicamente mediado de la relación con el resultado. Consideraba, en ese sentido, que desde el momento en el que interviene un tercero realizando una conducta dolosa y responsable se excluye la responsabilidad del primer sujeto a título de autor. Con ello, FRANK se mostraba favorable al reconocimiento de un concepto restrictivo de autor tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes, explicando que en los delitos imprudentes la prohibición de regreso puede servir para negar por completo la responsabilidad del sujeto debido al carácter atípico que en el Código Penal alemán presenta la participación imprudente. Tiempo después, no obstante, a mediados del pasado siglo XX, los autores que reivindicaron la teoría de la prohibición de regreso concibieron esta teoría no ya como una teoría destinada a excluir la relación de autoría ante el carácter psíquicamente mediado de la relación con el resultado, sino como una teoría capaz de excluir la imputación del resultado en los casos en los que la conducta imprudente del sujeto da lugar a una conducta dolosa por parte de un tercero. Paralelamente, en la doctrina alemana se iba imponiendo definitivamente la idea de que la diferencia entre autoría y participación no depende tanto del carácter psíquicamente mediado de la relación con el resultado, como de otro tipo de consideraciones relacionadas con el dominio y la representación subjetiva del sujeto. Ello explica que actualmente, en la doctrina alemana, a pesar de que en los últimos años algunos autores han vuelto a vincular la teoría de la prohibición de regreso con la posibilidad de excluir la relación de autoría tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes, siga siendo mayoritaria la tesis de que el concepto restrictivo de autor que se encuentra detrás de la distinción entre autoría y participación sólo es válido en los

delitos dolosos. Desde una óptica parecida, con respecto a los delitos imprudentes se tiende a pensar que la imputación del resultado puede verse condicionada por los conocimientos del sujeto, lo que provoca que, incluso en estos delitos, a menudo se acabe renunciando a la teoría de la prohibición de regreso para optar por un criterio de solución más flexible como el principio de confianza, que hace depender la solución de que el sujeto se represente o no la actuación incorrecta del tercero.

La concepción de la prohibición de regreso que aquí se defiende se distancia de este tipo de planteamientos, así como de quienes, aun abogando por la utilización de la teoría de la prohibición de regreso, o bien siguen reservando esta teoría para las conductas imprudentes que dan lugar a una conducta dolosa de los terceros, o bien hacen depender su aplicación del mayor o menor conocimiento del riesgo del primer sujeto en comparación con el tercero. Si, como aquí se hace, se concibe la prohibición de regreso como manifestación del principio de autorresponsabilidad, se deberá reconocer que, a la hora de tomar en consideración la intervención de los terceros para limitar la relación con el resultado, es indiferente que la conducta del primer sujeto sea dolosa o imprudente. La teoría de la prohibición de regreso, en la medida en que delimita negativamente la posición de garante o la posición de especial vinculación con el curso lesivo, supone una delimitación negativa del ámbito de responsabilidad que no se ve necesariamente alterada por la representación subjetiva que pueda tener el sujeto. Lo determinante es su relación con el curso lesivo, y esa relación no depende necesariamente de su intención o conocimiento. El aspecto subjetivo de la conducta del sujeto puede ser importante en la medida en que contribuya a reconocer una especial relación con el tercero o sirva para concretar su deber de cuidado una vez admitida su posición de garante, pero no puede decirse que sea el carácter doloso o imprudente de su conducta lo que fundamente su relación con el riesgo o con la conducta del tercero. La prohibición de regreso, en definitiva, opera de igual forma en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes, y sirve, en ambos tipos de delitos, para determinar la relación de autoría. El principio de autorresponsabilidad y la prohibición de regreso conducen, por tanto, a la necesidad de partir de un concepto restrictivo de autor tanto en los delitos dolosos, como en los delitos imprudentes.

La posibilidad de asumir un concepto restrictivo de autor tanto en los delitos dolosos, como en los delitos imprudentes es reconocida también por quienes, sobre todo en la doctrina española, han venido abogando por teorías objetivas de la autoría como la que se centra en el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho. La particularidad que presenta la concepción aquí defendida en comparación con estas teorías objetivas de la autoría radica en la idea de que lo importante es propiamente la relación objetiva con el curso lesivo o con la conducta del tercero y no la realización física del hecho. Desde este punto de vista, la diferencia entre quienes son autores y quienes no lo son depende únicamente de la posibilidad de aplicar la prohibición de regreso para delimitar la relación del sujeto con el curso lesivo ante la presencia de un tercero.

Si el sujeto A deja cargada la pistola en la guardería sabiendo que un tercero responsable X la va a utilizar para disparar sobre uno de los niños, se puede establecer una prohibición de regreso que excluya la posición de garante de A y, por tanto, su responsabilidad a título de autor. Si, como se indicaba anteriormente, A engaña a X haciéndole pensar que la pistola es de juguete o se encuentra descargada, en tanto que se pueda llegar a la conclusión de que el error de X es evitable y que, por tanto, X actúa de manera responsable, seguirá pudiendo establecerse la prohibición de regreso con respecto a la conducta de A, excluyéndose la imputación del resultado a título de autor. Cuestión distinta es si puede llegar a responder como partícipe.

III. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD EN LA DELIMITACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

1. El principio de confianza y la delimitación negativa del deber de cuidado

1.1. La constatación de la existencia de una posición de garante como paso previo para la aplicación del principio de confianza

Al comienzo de este capítulo, al hacer referencia al doble alcance del principio de autorresponsabilidad, se apuntaba que este principio permite no sólo delimitar la posición de garante de control de una fuente de peligro, sino también delimitar el deber de cuidado una vez que se ha comprobado que el sujeto ostenta una posición de garante. Se afirmaba, por ello, que este principio de autorresponsabilidad sirve para delimitar el ámbito de responsabilidad en dos momentos diferentes, dando lugar a dos criterios de imputación o valoración igualmente diferentes: la prohibición de regreso y el principio de confianza. Según la propuesta aquí realizada, estos criterios de imputación no son, por tanto, criterios incompatibles en el seno de la teoría jurídica del delito; no responden a una opción por una mayor o menor rigidez con respecto a la posibilidad de limitar la responsabilidad de un sujeto ante la intervención de un tercero; en realidad, ambos criterios son igualmente válidos, pero cuentan con un diferente ámbito de aplicación. El principio de confianza sólo opera una vez que se ha comprobado que el sujeto ostenta una posición de garante, con independencia de que esa posición de garante se derive de una relación directa con el riesgo o de una relación con el bien jurídico, es decir, con independencia de que se trate de una posición de garante de control del riesgo o de una posición de garante de protección del bien jurídico¹⁰.

Así pues, en los casos en los que interviene una tercera persona, a la hora de realizar el juicio de imputación, antes de barajar la posibilidad de aplicar el principio de confianza es necesario examinar –conforme a los planteamientos anteriormente apuntados en relación con la prohibición de regreso– si el sujeto ostenta una posición de garante frente al riesgo que conduce o puede conducir a la producción del resultado lesivo. Si se llega a la conclusión de que el sujeto no ostenta una posición de garante, no hay necesidad de utilizar el principio de confianza. Si el sujeto, por ejemplo, deja una pistola en manos de un tercero responsable y no hay problema en establecer una prohibición de regreso que

¹⁰ Cfr., en un sentido parecido, JAKOBS, *AT*², 7/52 y 7/53, para quien «el principio de confianza sólo es necesario cuando quien confía ha de responder del curso causal en sí, aun cuando sea un tercero quien lo dirija responsablemente al daño»; en casos en los que «quien confía es *garante* del buen desenlace» (sin cursiva en el original) o, en general, en casos en los que la «imprudencia de los terceros no podría excluir la responsabilidad según las reglas de la prohibición de regreso».

excluya su posición de garante y su relación de autoría, no hay necesidad de valorar en qué medida puede o no confiar en la conducta correcta del tercero. La principal diferencia que presenta el principio de confianza con respecto a la prohibición de regreso se encuentra, precisamente, en el hecho de que el principio de confianza presupone que el sujeto ostenta una posición de garante. Como se verá más adelante, es justamente la especial relación que, debido a esa posición de garante, el sujeto guarda con el riesgo la que justifica el diferente alcance que tiene el principio de confianza en comparación con la prohibición de regreso.

1.2. *La delimitación negativa del deber de cuidado con motivo de la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno*

El principio de confianza es un criterio de imputación que sirve para delimitar el deber de cuidado conforme a los postulados del principio de autorresponsabilidad. Esta afirmación presupone reconocer, por una parte, la necesidad de concebir la posición de garante y el deber de cuidado como dos momentos diferentes del juicio de adecuación típica y, por otra parte, la posibilidad de tomar como referencia la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno para delimitar el alcance del deber de cuidado.

Los sujetos que ostentan una posición de garante, ya sea por su relación directa con el riesgo o por su relación con el bien jurídico, no tienen un deber de controlar o evitar todos y cada uno de los riesgos que puedan conducir a la producción del resultado lesivo. Quienes toman parte en una actividad generalmente peligrosa, aun pudiendo ser considerados garantes de los riesgos que entraña la actividad, no necesariamente tienen el deber de controlar o evitar todos riesgos en los que puedan resultar del ejercicio de esa actividad. Igualmente, quienes han de proteger un determinado bien jurídico, aun pudiendo ser considerados garantes frente a los riesgos que se dirigen contra ese bien jurídico, no necesariamente tienen un deber de controlar o evitar los distintos riesgos que pueden amenazar el bien jurídico. El hecho de que el sujeto ostente una posición de garante sólo supone un primer requisito para poder hacerle penalmente responsable del curso lesivo. Para completar el juicio de adecuación típica es necesario que el sujeto haya lesionado un deber de cuidado.

Es en este punto donde cobra relevancia la utilización del principio de confianza en cuanto que manifestación del principio de autorresponsabilidad. El principio de confianza parte de la idea de que el sujeto, por regla general, aun siendo garante, no tiene un deber de cuidar de todos los posibles riesgos, sino sólo un deber negativo de cuidar de los riesgos que surgen de su propio ámbito de actuación. Se basa, en ese sentido, en la primacía con la que cuentan los deberes negativos frente a los deberes positivos y en la necesidad de identificar, en todo caso, un ámbito propio de actuación. Partiendo de ahí, propone establecer una delimitación negativa del propio ámbito de actuación tomando como referencia la existencia de terceras personas responsables que cuentan, a su vez, con ciertos deberes de cuidado. De esta forma, conduce a una delimitación negativa del deber de cuidado dando a entender que el sujeto, en principio, no tiene un deber de controlar o evitar los riesgos de los que debe cuidar un tercero. La posibilidad de confiar se presenta así como una manifestación de esa delimitación negativa del deber de cuidado a la que conduce el principio de autorresponsabilidad: por regla general, se puede confiar en la conducta correcta de los terceros porque no existe un deber de cuidar de aquello de lo que debe cuidar un tercero.

1.3. El principio de confianza como criterio independiente y complementario para la determinación del deber de cuidado

El principio de confianza, concebido como manifestación de la delimitación negativa del deber de cuidado que resulta de la aplicación del principio de autorresponsabilidad, expresa la posibilidad de delimitar negativamente el deber de cuidado tomando como referencia la existencia de terceras personas que, dentro de su ámbito de responsabilidad, tienen un deber de cuidado sobre ciertos riesgos que pueden contribuir a la producción del resultado lesivo. En ello radica, precisamente, su particularidad frente a otros criterios que suponen igualmente una delimitación del deber de cuidado y que pueden verse reflejados en mayor o menor medida en las normas reguladoras de la actividad. Estos otros criterios parten de una valoración o ponderación en la que se tienen en cuenta otros aspectos no relacionados exclusivamente con la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. Frente a ellos, el principio de confianza

representa un criterio *independiente* que se basa en un aspecto concreto como es la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. En este sentido, debe diferenciarse la posibilidad de confiar que se deriva de la delimitación del deber de cuidado basada en criterios generales de valoración y la posibilidad de confiar que se deriva de la delimitación del deber de cuidado basada en criterios relacionados concretamente con la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. Si no se estableciera esta diferenciación dejaría de tener sentido proclamar la vigencia de un *principio* de confianza que reconozca la posibilidad de confiar, con carácter general, en la conducta correcta de los terceros. No habría necesidad de hacer alusión al principio de confianza porque este principio quedaría vacío de contenido; se identificaría plenamente con el resto de criterios de imputación o valoración y sólo podría reconocerse la existencia de una *puntual protección de la confianza* resultante del carácter permitido de la conducta. La referencia a los terceros sería totalmente superflua porque respondería a una decisión previamente adoptada sobre el alcance del deber de cuidado en la que no se tiene realmente en cuenta la particular condición de los terceros en comparación con el resto de factores que contribuyen o pueden contribuir a la producción del resultado lesivo. De esta forma, en definitiva, se correría el riesgo de no prestar suficiente atención a la particular relevancia que, a los efectos de la valoración, puede tener la presencia de los terceros y la delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad. Se prescindiría de un principio de autorresponsabilidad capaz de orientar la imputación o valoración en atención a la particular condición de los terceros, ignorando la tradicional importancia que a lo largo de la historia se ha concedido a esta condición de los terceros para analizar la relación de la conducta con el resultado lesivo. La diferenciación aquí apuntada resulta obligada, por tanto, si se entiende que la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los terceros se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad o en la delimitación negativa del ámbito de responsabilidad que se produce ante la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. De acuerdo con esta particular fundamentación del principio de confianza, puede decirse que el hecho de que un tercero tenga un deber de cuidado es por sí mismo, conforme a los presupuestos de aplicación que determinan el concreto alcance de este principio de confianza, un aspecto susceptible de ser tomado como referencia para delimitar el alcance del deber de cuidado.

Ocurre, sin embargo, que en muchos ámbitos de actuación en los que interviene una pluralidad de personas existe una detallada regulación de las tareas o pautas de actuación que tienen los diferentes intervinientes, y ello dificulta en buena medida esa diferenciación entre la delimitación del deber de cuidado que resulta de criterios generales de valoración y la delimitación del deber de cuidado que resulta de un criterio de valoración referido particularmente a la presencia de los terceros. Así ocurre, claramente, en el ámbito del tráfico viario, donde las normas de circulación resuelven de manera expresa la valoración o ponderación que sirve de base a la delimitación del deber de cuidado de los distintos participantes del tráfico. Por medio de esas normas, el deber de cuidado aparece definido con tal grado de detalle con respecto a cada uno de los participantes del tráfico, que resulta difícil reconocer la necesidad de tomar como referencia los deberes de los terceros; la delimitación positiva parece ser tan completa que puede ponerse en duda, efectivamente, la necesidad de establecer una delimitación negativa. El hecho de que los terceros cuenten con ciertos deberes de cuidado podría verse en estos casos como el *resultado* y no como la *causa* de la delimitación del deber de cuidado de cada uno de los participantes del tráfico. Debe quedar claro, no obstante, que esa delimitación del deber de cuidado no se basa en el principio de autorresponsabilidad y no es la que justifica la posibilidad de confiar que reconoce el principio de confianza. Es una delimitación que se produce con independencia de que los riesgos que quedan fuera del ámbito de responsabilidad del sujeto sean atribuibles a un tercero o a un fenómeno de carácter natural carente de responsabilidad. En todo caso, a pesar de que esa delimitación puede hacer menos necesario acudir al principio de autorresponsabilidad, no puede dejar de tenerse en cuenta que, incluso en estos ámbitos de actuación tan detalladamente regulados, siempre es conveniente acudir a un criterio general capaz de completar o concretar la norma reguladora de la actividad para precisar el alcance del deber de cuidado. Y para ello, junto a otros criterios de valoración más genéricos, también es de utilidad un criterio basado directamente en la autorresponsabilidad como el principio de confianza, que se presenta, desde este punto de vista, como un criterio de carácter *complementario*. En el ámbito del tráfico viario, por ejemplo, hay situaciones tan detalladamente reguladas que muchas veces puede llegar a ponerse en duda la posibilidad o la

necesidad de utilizar un principio de confianza fundamentado en el principio autorresponsabilidad. A la hora de determinar, por ejemplo, el deber de cuidado del conductor que tiene preferencia paso, puede pensarse que el deber del tercero no resulta de especial utilidad porque el *propio sentido de la norma* que concede la preferencia permite pensar que se puede continuar la marcha sin estar pendiente de que el tercero incumpla su deber de ceder el paso. En este caso, efectivamente, da la impresión de que la delimitación de los deberes de cuidado de uno y otro conductor viene dada exclusivamente por la propia normativa que regula la actividad. No obstante, lo cierto es que, incluso en el contexto de estas actividades tan detalladamente reguladas, hay muchas situaciones en las que el sujeto no tiene tan claramente definido su deber de cuidado o en las que no existe una relación entre el contenido de su tarea y el contenido de la tarea del tercero. En estas situaciones, para concretar el deber de cuidado del sujeto, puede resultar fundamental tomar como referencia los deberes que le son impuestos a los terceros, y cuando así ocurre, la confianza sí se encuentra justificada por la delimitación negativa del ámbito de responsabilidad que se produce con carácter general ante la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. De hecho, en el caso de la preferencia de paso puede decirse que el conductor que circula con preferencia no sólo puede confiar en que el otro conductor respete su derecho de preferencia, sino también, por ejemplo, en que nadie lo deslumbre al acercarse al cruce, en que nadie lo adelante sin respetar la distancia de seguridad o, incluso, en que el conductor que debe respetar su preferencia de paso lleve puesto el cinturón de seguridad.

El principio de confianza constituye, por tanto, un criterio de imputación o valoración *independiente y complementario* que contribuye a determinar el deber de cuidado. Es independiente en el sentido de que se basa concretamente en la posibilidad de delimitar negativamente el alcance del deber de cuidado tomando como referencia los deberes de cuidado de los terceros. Es complementario porque esa posibilidad de tomar como referencia la persona del tercero no sirve por sí misma para determinar el alcance del deber de cuidado, sino que ha de sumarse a otros criterios de valoración que pueden aparecer reflejados en mayor o menor medida en la norma reguladora de la actividad. La delimitación negativa del deber de cuidado resultante del principio de autorresponsabilidad sólo

complementa la delimitación positiva que se ha podido llevar a cabo en atención a las particularidades propias de cada actividad.

Partiendo de estas consideraciones puede resultar más fácil valorar los problemas con los que históricamente se ha encontrado el reconocimiento del principio de confianza en el ámbito del tráfico viario. En el capítulo dedicado a la exposición de los orígenes del principio de confianza, se veía que a medida que este principio empezaba a tener un mayor reconocimiento, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia iban surgiendo voces que denunciaban el riesgo que para la seguridad de las personas podía derivarse de ese reconocimiento y abogaban por la necesidad de proclamar, con carácter general, la existencia de un principio aparentemente opuesto de conducción defensiva. A partir de ahí, se iba suscitando un debate entre defensores y detractores del principio de confianza que se planteaba como una opción por la fluidez del tráfico o por la seguridad de las personas. De esta forma, en realidad, se hacía descansar en el principio de confianza la discusión en torno a la propia configuración de la normativa del tráfico viario, convirtiendo este principio en el único criterio capaz de establecer el correspondiente reparto de tareas entre los distintos participantes del tráfico. El principio de confianza, en lugar de concebirse como un criterio complementario que permite establecer una delimitación negativa del deber de cuidado, terminaba siendo utilizado para definir positivamente ese deber de cuidado. Esto se aprecia claramente, por ejemplo, en las sentencias que, partiendo del debate acerca del mayor o menor alcance del principio de confianza, procuran precisar los deberes del conductor que desea girar a la izquierda para introducirse en un cruce o en un inmueble. No es de extrañar, por tanto, que autores como KIRSCHBAUM llegaran a afirmar que no existe propiamente un *principio de confianza*, sino sólo una *puntual protección de la confianza* resultante de un principio general de «justa distribución del riesgo» que es equiparable al concepto de «riesgo permitido» y que se ve reflejado en las normas reguladoras del tráfico¹¹.

¹¹ *Vertrauensschutz*, pp. 56-59 y 185-207. De hecho este autor concluye sus consideraciones sobre el criterio de la «justa distribución del riesgo» reclamando nuevas disposiciones normativas.

Es importante, por tanto, insistir en la idea de que el principio de confianza o la posibilidad de confiar no puede interpretarse como una manifestación de una valoración o ponderación general, sino sólo como un criterio independiente y complementario basado en la delimitación negativa del deber de cuidado que se puede llevar a cabo ante los deberes de los terceros en virtud del principio de autorresponsabilidad. No se trata, realmente, de resolver la valoración ponderando la fluidez del tráfico o la seguridad de las personas para saber cuándo prima la confianza sobre la desconfianza. Esa valoración que conduce a definir positivamente los deberes de cada participantes del tráfico siempre puede ser complementada con un principio general de confianza que tome como referencia exclusivamente los deberes de los terceros¹². En el ejemplo del sujeto que desea girar a la izquierda, si se impone el deber de mirar hacia atrás antes de girar, se limita ciertamente la posibilidad de confiar en lo relativo a la actuación del conductor que viene adelantando por la izquierda, pero eso no significa que el sujeto no pueda confiar en que no venga ningún vehículo en sentido contrario invadiendo su carril o en que los conductores que vienen por detrás no circulen con las luces apagadas cuando es de noche.

En su condición de criterio complementario, el principio de confianza puede interpretarse efectivamente como *principio* y regir con carácter general. Como se verá más adelante al explicar los presupuestos de aplicación del principio de confianza, la determinación positiva de los deberes de cuidado del sujeto que establecen sobre todo las normas reguladoras de una determinada actividad puede suponer excepcionalmente el reconocimiento de deberes relacionados específicamente con alguna faceta de la conducta de los terceros y, en esa medida, limitar la posibilidad de confiar, pero más allá de eso, los deberes de los terceros servirán por lo general para delimitar negativamente el alcance de los deberes de cuidado. El interés en mantener el carácter descentralizado de las

¹² Cfr., en este mismo sentido, con respecto a la validez del principio de confianza en el ámbito del tráfico viario, BAUMANN, *DAR*, 1966, p. 31; MÖHL, *DAR*, 1975, p. 62. Esto es lo que rechaza expresamente, sin embargo, KIRSCBHAUM, *Vertrauensschutz*, pp. 209-213, quien considera que el principio de confianza debe quedar plenamente equiparado al riesgo permitido, es decir, a las normas que regulan la actividad del tráfico, sin que sea posible interpretar esas normas con criterios generales que se encuentren al margen de las mismas como, por ejemplo, los ofrecidos por el principio de autorresponsabilidad.

actividades sociales sólo puede decaer por motivos excepcionales. El carácter negativo de las relaciones sociales que se desprende de la máxima *neminem laedere* propia de un ordenamiento liberal es en sí mismo un aspecto valioso que condiciona con carácter general los términos de la ponderación o de la valoración que conducen a la solución de cada caso concreto. Cabe reconocer en este sentido una presunción *iuris tantum* de que los deberes de cuidado quedan delimitados negativamente salvo prueba en contrario.

1.4. *El ámbito de aplicación del principio de confianza*

Partiendo de esta concepción del principio de confianza se puede llegar a la conclusión de que este principio representa un criterio dogmático susceptible de ser aplicado con carácter general. Al fundamentarse en el principio de autorresponsabilidad y en la distinción reconocida con carácter general entre deberes negativos y deberes positivos, puede servir para delimitar el deber de cuidado en los distintos ámbitos de la vida social. A la hora de determinar el deber de cuidado, puede tomarse como referencia en todo caso la necesidad de identificar un propio ámbito de actuación y la posibilidad de delimitar ese propio ámbito de actuación dejando fuera lo que se encuentra en el ámbito de actuación de un tercero. Ciertamente, este principio de confianza, en la medida en que se presenta como *principio*, admite la existencia de situaciones excepcionales en las que no es posible establecer una delimitación negativa de los deberes de cuidado, pero por regla general, en tanto que no se justifique esa situación excepcional, permite partir de la idea de que el sujeto sólo debe cuidar de su propia actuación o de su propia tarea. La regla general, efectivamente, es que los deberes de cuidado no se encuentran superpuestos y que, por tanto, la tarea o responsabilidad de cada sujeto no incluye la de un tercero. En este sentido, resulta difícil identificar sectores o ámbitos de actuación en los que pueda cuestionarse de entrada la posibilidad de delimitar negativamente los deberes de cuidado de los distintos participantes y de aplicar, por tanto, el principio de confianza en la forma en la que aquí se ha interpretado.

En todo caso, como se ha indicado, la aplicación del principio de confianza sólo tiene lugar cuando el sujeto ostenta una posición de garante o una posición de

especial vinculación con el curso lesivo; es decir, cuando no es posible establecer una prohibición de regreso que excluya la relación de autoría. Así pues, puede decirse que el principal ámbito de aplicación del principio de confianza en realidad se encuentra constituido, fundamentalmente, por dos tipos de supuestos: *por una parte*, aquellos supuestos en los que el sujeto, a pesar de la intervención de terceras personas responsables, comparte con esas otras personas la competencia frente a un determinado riesgo, como ocurre, por ejemplo, cuando actúa junto con otras personas para realizar un hecho concreto, cuando forma parte de un equipo de trabajo o de una estructura organizada o cuando actúa en el marco de una determinada actividad especialmente peligrosa –que es lo que sucede, precisamente, en los ámbitos en los que tradicionalmente se ha venido aplicando el principio de confianza– (supuestos de coautoría); y, *por otra parte*, aquellos supuestos en los que el sujeto, a pesar de la intervención de terceras personas responsables, o bien tiene una relación directa o positiva con el bien jurídico, o bien tiene una relación negativa con el bien jurídico pero el riesgo del que es inicialmente competente no transcurre por el ámbito de responsabilidad de un tercero (supuestos de autoría accesoria).

Por lo demás, basta con que el tercero responsable tenga asignado algún deber de cuidado con respecto al riesgo que amenaza al bien jurídico, algo que puede ser reconocido con carácter general, aunque sólo sea a partir de un deber genérico de no atentarse contra los bienes jurídicos; sin necesidad, por tanto, de que tenga asignada una tarea concreta. El sujeto, efectivamente, puede confiar en que el tercero cumpla correctamente su tarea o, simplemente, no realice una conducta lesiva. El alcance de su deber de cuidado se delimita tanto por el hecho de no incluir los riesgos que puede generar el tercero incumpliendo su tarea, como por el hecho de no incluir los riesgos que puede generar el tercero al margen del ejercicio de una determinada tarea. La existencia de un reparto de tareas no es algo característico o definitorio del ámbito de aplicación del principio de confianza; solamente sirve para concretar en mayor medida el deber de cuidado de los distintos sujetos y, de esa forma, delimitar también de manera más precisa el alcance del deber de cuidado ante los deberes de los terceros, pues permite afirmar que los sujetos no tienen un deber de cuidar de las tareas que le son asignadas a los terceros. En todo caso, lo importante no es que se produzca propiamente un

reparto de tareas o una división del trabajo, sino que el sujeto sea garante o guarde una especial relación con el riesgo y que los terceros tengan asignada alguna tarea relevante para el control de ese riesgo; sin necesidad, por tanto, de que haya una actividad o un trabajo compartido por los distintos intervinientes a partir del cual se realice el reparto o la división de tareas. El reparto de tareas puede verse simplemente como una expresión o concreción del carácter descentralizado que generalmente presentan las relaciones sociales y del interés en delimitar el ámbito propio de actuación. Puede ser fruto de un acuerdo o una delegación, puede venir definido por las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad o incluso puede derivarse de los diferentes roles o tareas que cumplen los sujetos con carácter general. Es indiferente, en definitiva, que el reparto o la división de tareas se produzca entre el miembro de un equipo de trabajo (por ejemplo, un médico) y el resto de los miembros del equipo, entre el conductor y los demás participantes del tráfico viario o entre los padres y las personas a cuyo cuidado dejan a su hijo pequeño. En todos estos casos se produce de alguna forma un reparto de tareas. Lo que sí es cierto es que en los casos en los que se produce un reparto de tareas entre varios sujetos que participan conjuntamente en una misma actividad o gestionan un mismo riesgo es más frecuente que las tareas se encuentren estrechamente relacionadas y los deberes de cuidado de un sujeto se dirijan en cierta medida a controlar las tareas o los deberes de los terceros.

No hay problema, por tanto, en reconocer la posibilidad de generalizar el ámbito de aplicación del principio de confianza desarrollado originariamente en el tráfico viario. Las particularidades que algunos autores ha señalado con respecto a otros ámbitos de actuación a los que se ha extendido la aplicación de este principio no impiden reconocer también en ellos la vigencia de este principio de confianza. Por una parte, con respecto a la observación relativa a la inexistencia de una regulación normativa tan completa como la existente en el ámbito del tráfico viario, puede decirse que, además de que actualmente va aumentando el número de normas de carácter administrativo y de carácter técnico que regulan eso otros ámbitos de actuación, lo realmente importante es que los terceros tengan asignado algún deber de cuidado, aunque sea a partir de un deber genérico de no atentar contra los bienes jurídico-penalmente protegidos. Por otra parte, con respecto a la afirmación de que en estos otros ámbitos los sujetos persiguen un

objetivo común o tienen una estrecha vinculación que les obliga a actuar cuando tienen claros indicios de que el tercero va a actuar incorrectamente, hay que señalar que lo mismo ocurre en el ámbito del tráfico viario y en todos los casos en los que los sujetos ostentan una posición de garante por tener una competencia compartida sobre el riesgo; siendo ello, como se verá más adelante, lo que justifica realmente la obligación de intervenir cuando se tienen claros indicios de la conducta incorrecta del tercero. Finalmente, en cuanto a la idea de que en el ámbito de la medicina o en otros ámbitos en los que se trabaja en equipo es frecuente que la posibilidad de confiar se vea limitada por los especiales deberes de control que tienen los superiores frente a sus subordinados, hay que decir que si bien es cierto que esos deberes limitan la posibilidad de confiar, también es cierto, como se apuntaba en su momento y se confirmará más adelante, que esos deberes, además de tener carácter excepcional, sólo alcanzan a aspectos particulares de la actuación de los terceros y no llegan a dejar sin aplicación el principio de confianza.

2. Los presupuestos de aplicación del principio de confianza

La posibilidad de confiar en la conducta correcta de los terceros se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad y se deriva de la delimitación negativa del ámbito de responsabilidad que se establece ante la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. Dada esta fundamentación, los requisitos para poder confiar vienen también condicionados por la forma en la que el principio de autorresponsabilidad permite llevar a cabo esa delimitación negativa del ámbito de responsabilidad. Por esa razón, los presupuestos de aplicación del principio de confianza son bastante parecidos a los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso. Las diferencias se encuentran solamente en las particulares consecuencias que pueden extraerse del hecho de que el sujeto ostente una posición de garante y tenga una especial vinculación con el riesgo. La posición de garante implica, sobre todo, que el sujeto no pueda desentenderse del riesgo cuando existan circunstancias en el caso concreto que hagan evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente. Es en este punto donde se encuentra la principal diferencia entre el principio de confianza y la prohibición de regreso, pues ello supone reconocer un presupuesto de aplicación del principio de

confianza que no tiene paralelismo con los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso. En total, pueden identificarse, por tanto, cuatro presupuestos de aplicación del principio de confianza. En primer lugar, es necesario que exista un ámbito de responsabilidad ajeno, lo que significa que tiene que reconocerse la presencia de un tercero que cuente con un deber de cuidado con respecto a alguno de los aspectos que pueden condicionar la producción del resultado lesivo (*infra* 2.1). En segundo lugar, es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el riesgo, porque de lo contrario su relación no podrá verse alterada por la conducta del tercero; su deber de cuidado, por tanto, tiene que poder definirse como un deber negativo que le obliga a controlar el riesgo del que es garante y no como un deber positivo que le obliga a anular ese riesgo (*infra* 2.2). En tercer lugar, es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el tercero; es decir, que no cuente excepcionalmente con un deber de cuidado frente a la conducta del tercero (*infra* 2.3). En cuarto lugar, debido a la posición de garante que ostenta el sujeto, es necesario que no haya circunstancias especiales que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero (*infra* 2.4).

2.1. *La existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno*

El primer presupuesto de aplicación con el que cuenta el principio de confianza es la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. En este punto no hay ninguna diferencia con respecto a la prohibición de regreso. Si se puede confiar en la conducta correcta de los terceros es porque el deber de cuidado queda delimitado negativamente con los deberes de cuidado que le son asignados a los terceros responsables. Cuando los terceros no son sujetos responsables o no pueden ser hechos responsables por un determinado riesgo, su actuación es equiparable a cualquier otro fenómeno del curso lesivo y no sirve para aplicar un principio de confianza fundamentado en el principio de autorresponsabilidad.

Lo decisivo, por tanto, es que pueda reconocerse la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno y que lo sucedido se le puede imputar a un tercero. Desde ese momento, dada la relación negativa que, por regla general, se tiene con los terceros, se puede delimitar negativamente el deber de cuidado del primer sujeto. La posibilidad de confiar en la conducta correcta de los terceros

significa, por tanto, que el sujeto no tiene un deber de cuidar de las conductas incorrectas que se le puedan imputar a un tercero.

Es indiferente que el tercero tenga una responsabilidad reducida por ser semiimputable o por incurrir en algún error vencible; si se le puede llegar a imputar lo realizado, su contribución al hecho quedará fuera del alcance del deber de cuidado del primer sujeto. En cambio, si el tercero no supera los límites del riesgo permitido, actúa amparado por una causa de justificación, incurre en un error invencible o simplemente no es culpable, no le podrá ser imputado lo realizado y su conducta será considerada como una conducta correcta que no puede ser tomada como referencia para delimitar negativamente el deber de cuidado del primer sujeto.

La posibilidad de imputarle lo sucedido al tercero pasa, por tanto, en primer lugar, por reconocerle algún ámbito de responsabilidad dentro del cual tenga asignado un determinado deber de cuidado. Como se apuntaba anteriormente, dependiendo de la mayor o menor regulación de la actividad, el deber del tercero aparecerá más o menos definido, pudiendo vincularse al ejercicio de una tarea concreta o a un deber más genérico de no atentarse contra los bienes jurídicos.

Dado que es necesario que exista un ámbito de responsabilidad ajeno o que exista un tercero que tenga un deber de cuidado sobre algunos de los factores que pueden contribuir a la producción del resultado lesivo, el principio de confianza no puede operar en ningún caso ante terceros irresponsables. En este punto conviene realizar algunas matizaciones con respecto a la excepción generalmente reconocida frente a los niños, ancianos o discapacitados. Lo importante es que estas personas, por su condición, no puedan tener asignado ningún deber de cuidado, algo que en realidad sólo puede afirmarse categóricamente con respecto a los niños. Ante los niños o menores de dieciocho años, dada su condición de inimputables, no puede operar en ningún caso el principio de confianza, igual que no puede operar la prohibición de regreso. Esto no significa que no se pueda limitar el alcance del deber de cuidado ante la intervención de un menor de dieciocho años, sino que no se puede realizar esa limitación partiendo del

principio autorresponsabilidad y tampoco, por tanto, del principio de confianza. Ante los menores, la posibilidad de limitar el deber de cuidado dependerá de otro tipo de consideraciones acerca del carácter más o menos imprevisible de su conducta o de lo razonable que resulte exigir al sujeto adaptarse a esa posible conducta (riesgo permitido), algo en lo que sí puede tener relevancia la concreta edad o actitud del menor o las circunstancias del caso concreto. Cuando el menor se encuentra acompañado por un tercero responsable, sí se puede aplicar el principio de confianza, pero la confianza estará dirigida en este caso a la persona responsable que tiene el deber de vigilar la conducta del menor. Lo que no se puede hacer es tomar en consideración la persona del menor para delimitar negativamente el alcance del deber de cuidado. Si un conductor atropella a un menor de edad cuando éste realiza una extraña maniobra o si un comerciante vende material pirotécnico u otro tipo de material peligroso a un menor de edad sin contravenir ninguna norma administrativa, puede llegar a considerarse que no se ha infringido ningún deber de cuidado, pero ello no vendrá motivado por la aplicación del principio de autorresponsabilidad –en la forma en la que aquí se ha interpretado– y no será correcto afirmar que la actuación del conductor o la del comerciante se encuentra amparada por el principio de confianza.

Ante los ancianos y discapacitados, dado que no necesariamente son sujetos irresponsables o inimputables, no hay razón para negar de entrada la posibilidad de aplicar el principio de confianza. Lo que ocurre es que, en la medida en que sus facultades pueden resultar ciertamente limitadas, deberá atenderse al tipo de actividad para determinar en qué medida pueden o no tener asignado algún deber de cuidado en la situación concreta. Si son irresponsables o no están en condiciones de tener asignado un determinado deber de cuidado, no podrá reconocerse la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno y no podrá aplicarse el principio de confianza. Si, por el contrario, sí tienen algún deber de cuidado, la aplicación del principio de confianza sólo podrá verse exceptuada cuando lo permitan el resto de presupuestos de aplicación con los que cuenta este principio.

2.2. *La relación negativa con el riesgo:
la inexistencia de medidas de doble aseguramiento*

El principio de autorresponsabilidad, como se ha visto, parte de la máxima *neminem laedere* y de la primacía de los deberes negativos frente a los deberes positivos. Desde ese punto de partida, destaca la necesidad de identificar un propio ámbito de actuación para definir el alcance de los deberes negativos. Sólo se infringe el deber negativo de no lesionar cuando se atenta contra los bienes jurídicos desde un propio ámbito de actuación. El principio de autorresponsabilidad sirve, en ese sentido, para delimitar el alcance del deber negativo dejando fuera del ámbito de actuación aquello que se encuentra en el ámbito de responsabilidad de un tercero. Al explicar los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso, se veía que esta prohibición de regreso sólo puede operar cuando el sujeto tiene una relación negativa con el bien jurídico y ostenta una posición de garante de control de una fuente de peligro. Cuando el sujeto tiene una relación positiva con el bien jurídico y ostenta una posición de garante de protección no se puede establecer una prohibición de regreso porque su relación con el riesgo no se ve alterada por la intervención del tercero: el sujeto ostenta una posición de garante frente al riesgo que amenaza el bien jurídico y debe proteger el bien jurídico con independencia de cuál sea la procedencia de ese riesgo. Se veía igualmente que, por esta misma razón, sólo se puede establecer una prohibición de regreso cuando la intervención del tercero es posterior y se encuentra en una misma línea de ataque. En caso contrario, la relación que tiene el sujeto con el curso lesivo tampoco se puede ver alterada o desplazada por la intervención del tercero.

Con respecto a los presupuestos de aplicación del principio de confianza, aunque sucede algo parecido, pueden apreciarse ciertas diferencias derivadas del hecho de que, en este caso, como se ha visto, se parte de que el sujeto ostenta una posición de garante, ya sea de control del riesgo o de protección del bien jurídico. Eso significa que el sujeto tiene una especial relación con el riesgo y que, en principio, está obligado a evitar que dicho riesgo conduzca finalmente a la producción del resultado lesivo. A partir de ahí, sin embargo, tomando como referencia la primacía de los deberes negativos frente a los deberes positivos,

habrá que afirmar que, por regla general, el deber de cuidado tiene carácter negativo y sólo alcanza a aquellas conductas que surgen del propio ámbito de actuación para configurar de alguna manera el desarrollo del riesgo, sin que sea necesario, salvo en casos excepcionales, anular el riesgo que surge más allá del propio ámbito de actuación o de gestión. Puede distinguirse, en definitiva, entre deberes de cuidado de carácter negativo y deberes de cuidado de carácter positivo en función de cuál sea la relación con el riesgo. Esta distinción ni coincide ni viene necesariamente condicionada por la distinción establecida anteriormente entre las posiciones de garante de control del riesgo y las posiciones de garante de protección del bien jurídico, pues esa distinción se centraba en la relación negativa o positiva con el bien jurídico y presuponía en todo caso una especial relación con el riesgo. Puede ocurrir, en este sentido, que el garante de protección tenga un deber de cuidado negativo que le obligue a controlar los riesgos que él mismo genera sobre el bien jurídico que debe proteger (como, por ejemplo, los padres al escoger a la persona a cuyo cuidado dejan a su hijo pequeño) o que el garante de control tenga un deber de cuidado positivo que le obligue a prevenir o anular ciertas manifestaciones del riesgo que no surgen de su propio ámbito de actuación (como, por ejemplo, el distribuidor de un producto que se encuentra obligado a supervisar el buen estado del producto que recibe del fabricante).

En los casos normales en los que el sujeto tiene un deber de cuidado negativo no hay problema, por tanto, para delimitar el alcance del deber de cuidado mediante la aplicación del principio de confianza, dejando fuera del ámbito de actuación del sujeto aquellos aspectos del riesgo que debe controlar un tercero. Además, dado que se parte de que el sujeto ostenta una posición de garante o tiene una especial relación con el riesgo, ya no es necesario que su relación se vea mediada por una conducta posterior del tercero, pues ya no se trata de delimitar el alcance de una relación inicial con la fuente de peligro, sino de delimitar el alcance del deber de cuidado dejando fuera los aspectos que debe controlar un tercero, de modo que esta delimitación se puede producir con independencia de que los terceros hayan actuado previamente o vayan a hacerlo de manera más o menos simultánea.

En los casos excepcionales en los que el sujeto tiene un deber de cuidado positivo no se puede aplicar, sin embargo, el principio de confianza. Si el sujeto no se encuentra simplemente obligado a no generar o contribuir a la producción de un riesgo, sino que se encuentra obligado a evitar que se produzcan determinados riesgos, su deber de cuidado no se puede delimitar negativamente por la actuación de un tercero, pues su relación con el riesgo es independiente de cuál sea la procedencia de ese riesgo, siendo irrelevante que el riesgo proceda de un fenómeno natural o de la conducta responsable de un tercero. Su deber de cuidado se define, en definitiva, con independencia de la conducta del tercero. Así ocurre cuando el sujeto tiene el deber de adoptar ciertas medidas destinadas a anular o compensar el riesgo que puede llegar a generar la conducta incorrecta de un tercero. Piénsese, por ejemplo, en el deber que se le impone a los enfermeros de volver a contar el instrumental empleado en una operación para cerciorarse de que el cirujano no ha dejado abandonado ningún instrumento en el cuerpo del paciente, o en el deber que se le impone a los conductores que van a girar a la izquierda de mirar nuevamente hacia atrás, a pesar de haber señalizado su maniobra correctamente, para evitar colisionar con un vehículo que venga adelantando sin prestar atención a esa señalización. En estos casos no es posible aplicar el principio de confianza porque el sujeto tiene definido su deber de cuidado con independencia de cuál pueda ser la conducta del tercero. Esta limitación de la posibilidad de confiar está relacionada con la limitación tradicionalmente reconocida para los casos en los que el sujeto que desea ampararse en la confianza se comporta a su vez incorrectamente, pero debe quedar claro que no se trata de que el sujeto no esté legitimado para confiar por haber actuado incorrectamente, sino de que el sujeto se encuentra obligado a cuidar indirectamente de la conducta del tercero.

Se puede afirmar, en este sentido, que para poder aplicar el principio de confianza es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el riesgo y no pueda reconocerse la existencia de «*medidas de doble aseguramiento*». Como se vio en su momento, la existencia de estas medidas empezó a ser destacada en el ámbito del tráfico viario para negar la posibilidad de aplicar el principio de confianza de manera ilimitada. En los casos en los que el conductor que desea girar a la izquierda debe mirar nuevamente hacia atrás antes de girar o en los casos

en los que el conductor tiene un deber de respetar una distancia de seguridad con el conductor que circula por delante, se entiende que no es posible confiar porque ese deber de cuidado aparece definido con independencia de la conducta del tercero. Fuera del ámbito del tráfico viario, estas medidas están también presentes en aquellos casos en los que el sujeto tiene un deber de compensar o anular las conductas incorrectas y peligrosas que puedan realizar los terceros. Así ocurre, por ejemplo, cuando el distribuidor o comerciante de un producto tiene el deber de supervisar el producto que le es entregado, cuando el médico tiene un deber de comprobar el medicamento o el instrumento que le facilita un tercero, cuando el enfermero tiene un deber de contar los instrumentos empleados en una intervención quirúrgica o cuando el socorrista tiene un deber de salvar a los bañistas con independencia de que la situación de peligro pueda generarse por una conducta incorrecta del propio bañista o de algún tercero. En estos casos, puede hablarse de un *doble aseguramiento* porque a pesar de que el tercero tenga un propio deber de controlar o asegurar el riesgo, el sujeto tiene también un deber de evitar que ese riesgo llegue a producir el resultado lesivo. Los deberes de cuidado quedan superpuestos. La relación del sujeto con el riesgo tiene carácter positivo porque, al igual que ocurre con las posiciones de garante de protección, esa relación se reconoce a pesar de que el riesgo frente al que se define el deber de cuidado no surja del propio ámbito de actuación. En tal caso, por tanto, la relación con el riesgo no puede verse alterada con la intervención del tercero. El deber de cuidado del sujeto no se delimita negativamente con el deber de cuidado del tercero y no es posible aplicar el principio de confianza.

2.3. La relación negativa con el tercero: la inexistencia de deberes de cuidado frente a la actuación de los terceros

Otro de los presupuestos de aplicación que se le debe reconocer a un principio de confianza fundamentado en el principio de autorresponsabilidad es la existencia de una relación negativa con el tercero. El principio de autorresponsabilidad sirve para delimitar negativamente el ámbito de responsabilidad del sujeto porque establece que, con respecto a los deberes negativos de no lesionar, a la hora de determinar el ámbito de actuación del sujeto se puede, por principio, dejar fuera lo que se encuentra en el ámbito de

responsabilidad de un tercero. La primacía de los deberes negativos no sólo obliga a delimitar el propio ámbito de actuación, sino que refleja el interés en otorgar un carácter descentralizado a las relaciones sociales dejando fuera del ámbito de actuación o de responsabilidad lo que forma parte del ámbito de responsabilidad de un tercero. No obstante, esto sólo puede reconocerse en forma de «principio» conforme a un esquema de regla/excepción. Aunque, por *regla* general, es posible reconocer el carácter descentralizado de las relaciones sociales y la posibilidad de delimitar negativamente el ámbito de actuación de un sujeto ante la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, hay situaciones *excepcionales* en las que no es posible esa delimitación porque la relación con los terceros no tiene carácter negativo, sino positivo. Al explicar los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso, se veía que hay situaciones excepcionales en las que no se puede producir una delimitación negativa de la posición de garante de control porque el sujeto comparte con los terceros la competencia frente a un mismo riesgo. Se explicaba, en ese sentido, que cuando los distintos sujetos generan o dominan conjuntamente un riesgo, integran una estructura organizada o participan en el marco de una actividad claramente definida o delimitada frente a los demás (como ocurre en el tráfico viario o en determinados sectores de la actividad médica o de la actividad empresarial), todos los sujetos son garantes del riesgo y no puede establecerse una prohibición de regreso o una delimitación negativa del ámbito de responsabilidad. En estos casos, no se puede descartar la relación de autoría; se ostenta una competencia compartida que, en su caso, da lugar a una coautoría.

A partir de ahí, para completar el juicio de imputación se debe analizar cuál es el deber de cuidado de cada uno de los intervinientes, pues su especial relación con el riesgo no les obliga a controlar o evitar todas las diferentes manifestaciones del riesgo. Para determinar el deber de cuidado, se puede utilizar el principio de confianza porque, en virtud del principio de autorresponsabilidad, cada uno de los sujetos sólo tiene un deber de cuidado en relación con los aspectos del riesgo que se encuentran en su propio ámbito de actuación, sin necesidad de estar pendiente de las conductas o tareas de los terceros. Sin embargo, del mismo modo que, excepcionalmente, con respecto a la posición de garante existen situaciones en las que no se puede establecer una delimitación

negativa entre los sujetos y es necesario reconocer una competencia compartida con el riesgo, a la hora de determinar el deber de cuidado se pueden encontrar también situaciones excepcionales en las que no sea posible delimitar negativamente el deber de cuidado porque los sujetos se ven obligados a controlar o gestionar conjuntamente un determinado aspecto del riesgo. En tales casos existe una relación positiva con los terceros y el ámbito de responsabilidad del sujeto incluye la conducta del tercero, ya no sólo en su relación general con el riesgo o en su posición de garante de control, sino también en su deber de cuidado. El sujeto debe cuidar también de la conducta del tercero y no puede ampararse en el principio de confianza. Esta limitación de la posibilidad de confiar se encuentra también detrás de esa limitación tradicionalmente reconocida en relación con la conducta incorrecta del sujeto que desea apelar al principio de confianza. En realidad, no se trata de que el sujeto no pueda obtener el premio de la posibilidad de confiar por haber incumplido su deber; lo que ocurre es que el deber de cuidado del sujeto aparece definido de tal forma que obliga a cuidar de la actuación del tercero.

Para aplicar el principio de confianza es necesario, en definitiva, que el sujeto tenga una relación negativa con el tercero y no cuente con excepcionales *deberes de cuidado frente a la actuación del tercero*, ya sean deberes de selección, instrucción, coordinación, control o supervisión. Estos deberes, como se indicó en su momento, suelen aparecer en los casos en los que los sujetos, además de compartir la competencia frente a un determinado riesgo, tienen una relación de carácter vertical, pues es frecuente que los superiores jerárquicos vean definidos sus deberes de cuidado en relación con la conducta de los terceros subordinados. Ello, sin embargo, no impide que la actividad siga teniendo un carácter esencialmente negativo o descentralizado. Lo normal es que se mantenga el reparto de tareas y los deberes de los superiores no impliquen un deber de control absoluto sobre la conducta de los terceros. En mayor o menor medida, siempre hay una parte de la conducta o de la tarea de los terceros que no queda bajo el cuidado del superior jerárquico. Así pues, con respecto a este presupuesto de aplicación del principio de confianza, lo importante es concretar el alcance de los deberes de cuidado relacionados con la conducta del tercero: sólo aquel aspecto de la conducta del tercero que se encuentre dentro del alcance de estos

deberes es el que impide realizar la delimitación negativa del deber de cuidado que sirve de base para la aplicación del principio de confianza.

2.4. *La inexistencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero*

El cuarto presupuesto de aplicación con el que cuenta el principio de confianza se refiere a la inexistencia de circunstancias concretas que evidencien que el tercero se va a comportar incorrectamente. Este presupuesto de aplicación es el más característico del principio de confianza y es el que justifica en mayor medida el diferente alcance que tiene este principio en comparación con la prohibición de regreso. Si, por alguna razón, es evidente que el tercero no va a actuar correctamente, no se puede aplicar el principio de confianza.

Esta salvedad se introduce únicamente con respecto al principio de confianza y no con respecto a la prohibición de regreso porque no se deriva directamente del principio de autorresponsabilidad, sino de la necesidad de concretar el alcance del deber de cuidado cuando el sujeto ostenta una posición de garante o una posición de especial vinculación con el riesgo. La aplicación del principio de autorresponsabilidad, como se ha visto, sólo cuenta con un primer presupuesto relativo a la presencia de un tercero responsable y dos presupuestos adicionales que se desprenden de su condición de *principio* y que se refieren a las excepciones que se pueden producir frente a la general relación negativa que se tiene con los bienes jurídicos y con la actuación de los terceros. La existencia de circunstancias concretas que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero no afecta, en cambio, a esa relación negativa y no puede interpretarse como una salvedad o excepción derivada del propio principio de autorresponsabilidad. Si da lugar a un nuevo presupuesto de aplicación del principio de confianza es porque constituye una limitación externa al principio de autorresponsabilidad que obedece a la necesidad de introducir otras consideraciones valorativas en el momento de concretar el deber de cuidado.

La delimitación negativa del deber de cuidado a la que conduce el principio de autorresponsabilidad es una delimitación *abstracta* e *indiciaria*.

Supone reconocer que, en principio, dada la primacía con la que cuentan los deberes negativos, hay un interés en delimitar el ámbito de actuación del sujeto destacando el carácter descentralizado de su relación con los terceros. El reparto o la delimitación de tareas se presenta, en ese sentido, como un factor positivo que, en un primer momento, condiciona la valoración de la conducta del sujeto y la determinación de su deber de cuidado. Ello, sin embargo, sólo llega a resultar decisivo cuando no hay otros factores distintos que condicionen en mayor medida la valoración, como los que se refieren a la posibilidad o probabilidad de que el tercero se comporte incorrectamente y contribuya con su conducta a la producción del resultado lesivo. Eso no significa que el principio de autorresponsabilidad se vea relativizado o diluido en una valoración o ponderación general. La especial importancia del principio de autorresponsabilidad conlleva que la delimitación negativa del deber de cuidado tenga al menos carácter indiciario y sólo pueda verse cuestionada cuando las circunstancias del caso concreto supongan efectivamente una alteración de la valoración inicial. Por eso, los factores no relacionados con el principio de autorresponsabilidad capaces de alterar la valoración inicial no pueden encontrarse en el mismo plano abstracto que el principio de autorresponsabilidad, sino sólo en un plano más concreto. A la posibilidad de confiar en abstracto no se le puede oponer la mera posibilidad en abstracto de que el tercero se comporte incorrectamente, sino sólo una posibilidad en concreto. Sólo se limita la posibilidad de confiar cuando resulta evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente. No se trata de que en el caso concreto sea previsible que el tercero se comporte incorrectamente, sino de que ello sea evidente o concretamente previsible. El conductor, en principio, puede confiar en que los peatones no se coloquen en medio de la calzada, pero si en el caso concreto se encuentra con un peatón que está a punto de cruzar incorrectamente la carretera, dejará de estar amparado por el principio de confianza.

El proceso de concreción supone introducir en la valoración factores que no se han tenido en cuenta en un primer momento para definir el deber de cuidado. En un primer momento, la definición del deber de cuidado es abstracta e indiciaria porque sólo resulta decisiva en tanto que no aparezcan esos otros factores. Este proceso de concreción se produce de la misma manera en casos en los que se atiende directamente al riesgo permitido; es decir, en casos en los que

no se parte del principio de autorresponsabilidad para realizar la valoración inicial y no entra en juego, por tanto, el principio de confianza propiamente dicho. Puede ocurrir que inicialmente la conducta se defina como correcta partiendo de consideraciones valorativas que solamente tengan en cuenta la importancia de la conducta a pesar de la posibilidad en abstracto de que el resultado lesivo llegue a producirse y que, sin embargo, en atención a las circunstancias del caso concreto y a la especial previsibilidad del resultado lesivo, deba alterarse esa valoración inicial para concretar el deber de cuidado. Así, por ejemplo, el conductor que circula respetando el límite de velocidad que se establece con carácter general, no lesionará ningún deber de cuidado, pero si en el caso concreto se están realizando obras en la calzada o existen otras circunstancias especiales que hacen recomendable reducir la velocidad, puede llegar a ser hecho responsable en caso de producirse un accidente. Igualmente, el conductor que circula en circunstancias normales sin prestar atención a la posibilidad de que un niño o un animal aparezca en medio de la calzada no lesionará ningún deber de cuidado, pero si en el caso concreto comprueba que un niño o un animal se acercan corriendo y es evidente que van a ocupar la calzada, podrá ser hecho responsable por no haber actuado en consecuencia para evitar la producción de un resultado lesivo. Lo mismo ocurre cuando se toma como referencia la normativa reguladora de cualquier otra actividad peligrosa. La valoración inicial que lleva a afirmar que el sujeto no incumple ningún deber de cuidado o actúa dentro de los límites del riesgo permitido puede variar en el proceso de concreción ante las circunstancias presentes en el caso concreto.

La salvedad relativa a la existencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero es, por tanto, una salvedad que limita ciertamente la aplicación del principio de confianza, pero que no es exclusiva de este principio. Resulta de la necesidad de concretar la determinación del deber de cuidado en atención a las circunstancias que están presentes en el caso concreto y que no se han tenido en cuenta en un primer momento. La única particularidad que presenta esta salvedad en el caso del principio de confianza es que obedece a un proceso de concreción realizado sobre una valoración inicial determinada a partir de la delimitación negativa del deber de cuidado que resulta de la aplicación del principio de autorresponsabilidad. El principio de

autorresponsabilidad se somete así a otras consideraciones valorativas complementarias relacionadas con la evidencia o la especial previsibilidad del comportamiento incorrecto del tercero. Se admite la posibilidad de modificar la delimitación negativa del deber de cuidado a la que conduce el principio de autorresponsabilidad en la medida en que el sujeto ostenta una posición de garante y tiene una especial relación con el riesgo en el que se refleja la conducta incorrecta del tercero. El garante, debido a su especial relación con el riesgo, no puede dejar de intervenir ante la presencia de circunstancias que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero. En la delimitación de la posición de garante, en cambio, si se llega a la conclusión de que el sujeto no tiene una especial relación con el riesgo, la evidencia del comportamiento incorrecto del tercero no altera la delimitación inicial. El no garante, ante la evidencia del comportamiento incorrecto del tercero, salvo que pueda ser considerado partícipe, sólo será penalmente responsable por el incumplimiento de un deber de omisión pura como el que recoge el delito de omisión del deber de socorro. La salvedad relativa a la existencia de circunstancias concretas que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero refleja, en definitiva, un presupuesto de aplicación que afecta al principio de confianza, pero no a la prohibición de regreso.

Como se vio en el capítulo dedicado a la exposición del tratamiento del principio de confianza, este presupuesto de aplicación relativo a las circunstancias del caso concreto es el que mayor atención ha recibido por parte de la doctrina y la jurisprudencia. De hecho, el principio de confianza se ha venido definiendo tradicionalmente como la posibilidad de contar con la conducta correcta de los terceros salvo que otra cosa se desprenda de las circunstancias del caso concreto. Se reconoce así que la posibilidad de confiar se ve fundamentalmente limitada cuando en el caso concreto hay razones para pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente. Si el tercero se encuentra, por ejemplo, cansado, embriagado o despistado, si muestra su predisposición a actuar de manera incorrecta, si ha empezado ya a realizar una conducta incorrecta –y no tiene la posibilidad de corregir su conducta–, o si la situación es especialmente peligrosa o confusa, se entiende mayoritariamente que decae la posibilidad de confiar. A partir de la propuesta realizada a lo largo de este capítulo acerca del fundamento y

alcance del principio de confianza, si bien se llega a conclusiones bastante parecidas sobre esta limitación de la posibilidad de confiar, se deben introducir no obstante algunas matizaciones.

En primer lugar, no puede olvidarse que esta limitación relativa a la existencia de circunstancias concretas que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero sólo sirve para concretar el deber de cuidado. Sólo afecta, por tanto, al principio de confianza y no a la prohibición de regreso. Si conforme a los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso puede llegarse a la conclusión de que el sujeto no ostenta una posición de garante, la evidencia del comportamiento incorrecto del tercero no sirve para imputarle el suceso lesivo, al menos no a título de autor. El sujeto no garante, como se indicaba anteriormente, sólo será responsable, en su caso, de un delito de omisión de pura como el delito de omisión del deber de socorro. Estas limitaciones tradicionalmente reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia serán válidas, por tanto, en los casos en los que el sujeto ostenta una posición de garante –como ocurre, por ejemplo, en el ámbito del tráfico viario–, pero no pueden reconocerse con carácter general para todos los casos en los que al sujeto le resulta evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente.

En el ejemplo del sujeto que vende o entrega un arma a un tercero que se encuentra inmerso en una pelea, en tanto que no haya motivos para poner en duda la prohibición de regreso, no será necesario acudir a los presupuestos de aplicación del principio de confianza. Al margen de otro tipo de consideraciones sobre el carácter neutral o socialmente adecuado de su conducta, habrá que reconocer que al sujeto no se le puede imputar el resultado lesivo a título de autor.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que esta limitación de la posibilidad de confiar sólo se produce cuando realmente existen circunstancias especiales en el caso concreto –relacionadas con la posibilidad de que el tercero se comporte incorrectamente– que no se han tenido en cuenta a la hora de establecer en abstracto el reparto de tareas y la delimitación negativa del deber de cuidado. Se debe valorar, por tanto, en qué medida las circunstancias del caso concreto

habrían impedido establecer esa delimitación inicial. Si esas circunstancias sólo reflejan una abstracta posibilidad o previsibilidad de que el tercero se comporte incorrectamente, no son suficientes para limitar la posibilidad de confiar. Deben aceptarse en este sentido los reparos mostrados por cierto sector de la doctrina con respecto a la necesidad de limitar la posibilidad de confiar cuando se parte simplemente de consideraciones estadísticas acerca de la probabilidad de que se produzca la conducta incorrecta del tercero. El límite basado en las situaciones «especiales» o «poco claras» sólo puede aceptarse si se comprueba, más allá del mayor o menor grado de peligro, que la situación del caso concreto es realmente distinta a la que se ha tenido en cuenta para la delimitación inicial porque las circunstancias hacen evidente el comportamiento incorrecto del tercero. El límite basado en las «infracciones típicas», en cambio, dado que se presenta de entrada como un límite meramente abstracto, carece por completo de justificación. En tanto que el carácter típico de la infracción no de motivo al expreso reconocimiento de medidas de doble aseguramiento o de especiales deberes de cuidado –y no pueda, por tanto, establecerse una delimitación negativa del deber de cuidado conforme a los presupuestos aplicación del principio de confianza anteriormente apuntados–, habrá que reconocer la posibilidad de confiar.

3. El carácter normativo y objetivo del principio de confianza

El principio de confianza, en tanto que manifestación del principio de autorresponsabilidad, se fundamenta en la delimitación negativa de los diferentes ámbitos de responsabilidad. La posibilidad de confiar resulta de la posibilidad de reconocer con carácter general un reparto o delimitación de tareas. Así, en principio, desde el momento en que el tercero tiene asignado un deber de cuidado sobre el riesgo es posible aplicar el principio de confianza. En este sentido, puede afirmarse que el principio de confianza, al igual que la prohibición de regreso, tiene un carácter *normativo* y *objetivo*, pues la delimitación se basa en el hecho de que el tercero tenga asignado un deber de cuidado y se realiza con independencia de la representación subjetiva de los distintos intervinientes. El problema es saber hasta qué punto los diferentes presupuestos de aplicación con los que cuenta el principio de confianza en comparación con la prohibición de regreso permite

poner en duda esta afirmación, así como las consecuencias que cabe extraer de la misma.

3.1. *Irrelevancia del carácter activo u omisivo de la conducta del tercero*

A diferencia de lo que ocurre con respecto a la prohibición de regreso, a la hora de precisar los presupuestos de aplicación del principio de confianza, la doctrina no suele establecer distinciones en función del carácter activo u omisivo de la conducta del tercero. Da la impresión de que ello se debe a que, por lo general, el principio de confianza se ha ido interpretando como un instrumento dogmático destinado no tanto a determinar la imputación del resultado, como a determinar el deber de cuidado o valorar la conducta que posteriormente ha de ponerse en relación con el resultado. Sólo quienes conciben el principio de confianza como un criterio de imputación del resultado entienden que este principio no puede operar cuando la conducta del tercero es omisiva y no introduce una nueva causa.

Conforme a la interpretación del principio de confianza propuesta en este trabajo, la decisión acerca de la relevancia del carácter activo u omisivo de la conducta del tercero no depende, sin embargo, de que este principio se utilice para valorar la conducta o para establecer la relación entre la conducta y el resultado. Lo importante, al igual que ocurre con la prohibición de regreso, es determinar el alcance del principio de autorresponsabilidad, y este principio, como se explicará más adelante, opera con independencia de que se adopte una perspectiva *ex ante* o una perspectiva *ex post*. A este respecto, por tanto, el principio de confianza no presenta ninguna particularidad frente a la prohibición de regreso. Se trata en todo caso de delimitar negativamente el ámbito de responsabilidad del sujeto desde un punto de vista normativo, tomando como referencia la presencia de un ámbito de responsabilidad ajeno y no la posible o efectiva relación física entre la conducta del sujeto y el resultado lesivo. La responsabilidad del sujeto sólo llega hasta el punto en el que aparece un tercero responsable que, dentro de su ámbito de responsabilidad, tiene asignado algún deber de cuidado. El sujeto, por regla general, puede confiar en que el tercero no realice una conducta contraria a su

deber de cuidado, siendo completamente irrelevante que esa conducta sea activa u omisiva.

3.2. *Irrelevancia del carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero*

En relación con la relevancia otorgada por la doctrina al carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero, la situación es bastante parecida: mientras que con respecto a la prohibición de regreso un importante sector de la doctrina introduce una salvedad para los casos de conductas posteriores imprudentes, con respecto al principio de confianza no suelen hacerse distinciones en atención al carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero. Por lo general, efectivamente, se tiende a reconocer la posibilidad de confiar en que el tercero no realizará una conducta incorrecta sin otorgar ninguna relevancia al carácter doloso o imprudente de esa conducta incorrecta. El motivo, de nuevo, parece encontrarse en el hecho de que el principio de confianza, al haberse ido configurando como un criterio destinado a determinar el deber de cuidado, no se ha visto afectado por consideraciones basadas en la interrupción de la causalidad o de la dominabilidad, sino por otro tipo de consideraciones de mayor contenido valorativo. Lo curioso es que estas otras consideraciones que se han utilizado para fundamentar el principio de confianza, entre las que se incluyen las relacionadas con el principio de autorresponsabilidad o la delimitación de ámbitos de responsabilidad, no hayan servido para poner en duda con carácter general la necesidad de diferenciar en función del carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero a la hora de establecer la relación entre la conducta y el resultado lesivo.

En cualquier caso, hay que insistir en que la decisión acerca de la relevancia de este aspecto de la conducta del tercero no puede venir condicionada por el hecho de que se valore la conducta o su relación con el resultado. Lo importante es saber cuál es el criterio de imputación o valoración con el que se pretende analizar la intervención de los terceros, y si se parte del principio de autorresponsabilidad, hay que tener en cuenta que este principio puede operar igualmente desde una perspectiva *ex ante* y desde una perspectiva *ex post*. Si no hay necesidad de conceder relevancia al carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero es porque, al igual que ocurre con la prohibición de regreso,

se trata de delimitar el ámbito de responsabilidad de un sujeto ante la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, prescindiendo de consideraciones relacionadas con la dominabilidad o con el mayor o menor grado de responsabilidad del tercero. Para poder delimitar el alcance de los deberes negativos de cuidado y utilizar el principio de confianza, basta con que el tercero tenga asignado algún deber de cuidado dentro de su propio ámbito de responsabilidad. Por regla general, aquello de lo que debe cuidar un tercero y, por tanto, se le puede llegar a imputar a ese tercero, con dolo o con imprudencia, queda fuera del alcance del deber de cuidado del primer sujeto. Se puede decir, en este sentido, que el principio de confianza, al igual que la prohibición de regreso, tiene carácter objetivo. La representación subjetiva del tercero sólo es relevante en la medida en que impida asignarle algún deber de cuidado o imputarle lo sucedido, como sucede cuando incurre en un error invencible, pues en tal caso su conducta puede equiparse plenamente a cualquier otro factor condicionante del resultado lesivo y no hay razón para aplicar el principio de confianza.

3.3. Irrelevancia del carácter doloso o imprudente de la conducta del primer sujeto

Como se indicó en la exposición sobre la ubicación sistemática que generalmente se le concede al principio de confianza, la doctrina tiende a reservar la aplicación de este principio para los casos de conductas imprudentes del primer sujeto; algo que, como se vio también en esa exposición, no ha cambiado con la implantación de la teoría de la imputación objetiva. A ello han contribuido dos factores: por un lado, el hecho de que en los delitos dolosos la intervención de terceras personas sólo sea tomada en cuenta para diferenciar entre autores y partícipes, haciéndose ver de este modo que sólo en estos delitos es posible reconocer la existencia de un concepto restrictivo de autor; y, por otro lado, el hecho de que uno de los límites que tradicionalmente se le han reconocido al principio de confianza se refiera a la evidencia de la conducta incorrecta del tercero, lo que ha llevado a pensar que en los casos en los que el sujeto actúa con dolo y se representa la conducta incorrecta del tercero es completamente imposible aplicar el principio de confianza.

En el presente capítulo, en el apartado dedicado a la prohibición de regreso, se ha defendido la tesis de que la distinción entre quienes son autores y quienes no lo son depende de la posición de garante o, más concretamente, de la delimitación de la posición de garante que puede realizarse a partir de la prohibición de regreso y del principio de autorresponsabilidad. Se ha señalado también que esta prohibición de regreso refleja una delimitación objetiva de la posición de garante que no se ve condicionada por el carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto, lo que justifica que se pueda partir de un concepto restrictivo de autor tanto en el delito doloso como en el delito imprudente. Por lo que se refiere al principio de confianza, se ha indicado que este principio constituye igualmente una manifestación del principio de autorresponsabilidad que permite llevar a cabo una delimitación negativa del deber de cuidado tomando como referencia la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, pero se ha reconocido también, sin embargo, que este principio cuenta además con un particular presupuesto de aplicación relacionado con la existencia de circunstancias en el caso concreto que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero. Lo que se debe analizar ahora, por tanto, es hasta qué punto este particular presupuesto de aplicación obliga realmente a otorgar relevancia al carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto.

De entrada, puede decirse que, en realidad, el carácter doloso de la conducta del sujeto no guarda necesariamente relación con el hecho de que el sujeto conozca o considere evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente. Por una parte, puede ocurrir que el sujeto se represente claramente el comportamiento incorrecto del tercero, pero no pretenda o no se represente suficientemente la producción del resultado lesivo. Imagínese, por ejemplo, un conductor que observa cómo un peatón ha empezado a invadir la calzada de manera incorrecta, pero no detiene la marcha por pensar que está en condiciones de realizar una maniobra capaz de evitar el atropello. Algo parecido sucede si un médico observa que su ayudante se encuentra claramente cansado o embriagado y, sin embargo, no juzga necesario supervisar el producto o instrumento que le ha facilitado ese ayudante. Desde luego, en estos casos la representación de la conducta incorrecta del tercero puede servir también para determinar el carácter doloso o imprudente de la conducta del primer sujeto, pero

no puede afirmarse categóricamente que cuando tiene lugar esa representación se actúa siempre de manera dolosa. Por otra parte, puede ocurrir también que el sujeto persiga o se represente subjetivamente la producción del resultado lesivo, pero no pueda dejar de aplicarse el principio de confianza para delimitar su deber de cuidado porque no haya realmente circunstancias que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero. Piénsese, por ejemplo, en el conductor que, conociendo la existencia de un tramo de autopista por el que acostumbran a cruzar incorrectamente los habitantes de los poblados colindantes, decide circular todas las días por dicho tramo con el propósito de atropellar a alguno de esos habitantes. Lo mismo podría decirse con respecto a un médico que, con intención de atentar contra la vida o la integridad de su paciente, le envía a otro médico del que sabe que no suele tener éxito en sus intervenciones. Estos casos son ciertamente poco frecuentes porque lo normal es que el sujeto que tiene el propósito de producir un resultado lesivo busque situaciones en las que es evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente, pero sirven para poner de manifiesto que, en última instancia, lo que se plantea es la cuestión acerca de la posibilidad de identificar un deber de cuidado sin entrar a considerar el carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto. Esta cuestión es objeto de una de las discusiones más importantes que se plantean en el debate entre los partidarios y los detractores de la teoría de la imputación objetiva y desde luego no es exclusiva del principio de confianza, sino que afecta de alguna manera a todos los criterios utilizados para determinar el deber de cuidado.

En cualquier caso, aunque se llegara a reconocer que la posibilidad de confiar o la posibilidad de delimitar el deber de cuidado por medio del principio de autorresponsabilidad no depende del carácter doloso o imprudente que pueda tener la conducta del sujeto, cabría también poner en duda la naturaleza objetiva del principio de confianza habida cuenta de la importancia que tiene que el sujeto se represente o no la conducta incorrecta del tercero. El problema entonces es saber hasta qué punto el hecho de que sea necesario tener en cuenta los conocimientos del sujeto impide que un criterio de imputación tenga carácter objetivo, lo que supone nuevamente plantear una cuestión que afecta con carácter general al debate sobre la teoría de la imputación objetiva.

La tesis que se va a sostener en este trabajo es que el principio de confianza es un criterio de imputación que tiene carácter objetivo y que contribuye a determinar el deber de cuidado o el riesgo permitido tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes. El hecho de que su aplicación pueda depender de que el sujeto se represente o no la conducta incorrecta del tercero, además de que no constituye ninguna particularidad de este principio en comparación con otros criterios utilizados para determinar el deber de cuidado, no impide reconocer su carácter objetivo. Esta afirmación será fundamentada en el capítulo siguiente para justificar la posibilidad de definir el principio de confianza como un criterio más de la teoría de la imputación objetiva.

CAPÍTULO 5

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Desde el punto de vista sistemático, son fundamentalmente dos las cuestiones que se plantean en el relación con el principio de confianza: la primera se refiere a la posibilidad de interpretar este principio no ya sólo como un criterio destinado a determinar el deber objetivo de cuidado en el delito imprudente, sino también como un criterio de imputación objetiva susceptible de ser aplicado tanto en los delitos imprudentes, como en los delitos dolosos; la segunda se refiere a la necesidad de establecer una coherente relación entre este principio y el resto de criterios tradicionalmente utilizados para determinar el deber objetivo de cuidado o para realizar el juicio de imputación objetiva.

En el presente capítulo, se intentará dar respuesta a estas cuestiones realizando un estudio de los diferentes criterios que integran la moderna teoría de la imputación objetiva y destacando el papel que el principio de confianza puede desempeñar dentro de la misma como criterio autónomo o independiente. En primer lugar, se analizará el criterio del riesgo y se harán algunas consideraciones sobre el papel que desempeña el conocimiento del sujeto en el juicio de imputación objetiva (*infra* I). En segundo lugar, se examinarán los criterios del riesgo permitido y de la adecuación social como criterios generales de valoración que determinan el carácter típicamente desaprobado del riesgo (*infra* II). En tercer lugar, se propondrá la utilización del principio de autorresponsabilidad para desarrollar criterios de imputación como la prohibición de regreso o el principio de confianza específicamente destinados a valorar los casos en los que interviene una tercera persona (*infra* III).

Esta exposición de los diferentes criterios o instituciones que integran la teoría de la imputación objetiva se llevará a cabo partiendo de la idea de que esta teoría, como sostiene cierto sector de la doctrina, constituye una *teoría del tipo objetivo* necesaria para realizar el juicio de adecuación típica en toda clase de delitos. Esto significa que los distintos criterios que integran dicha teoría son criterios de imputación o valoración que no sólo están referidos a la relación entre la conducta y el resultado, sino también a todos aquellos aspectos objetivos que permiten reconocer el carácter típico de la conducta. En este sentido, podría distinguirse ciertamente entre una *imputación objetiva de la conducta*, necesaria con carácter general, y una *imputación objetiva del resultado*, reservada para los delitos con resultado separado. Teniendo presente esta consideración, en la medida en que se quiera seguir tomando como referencia la figura del riesgo, nada impide mantener la fórmula tradicional e identificar, por una parte, la imputación objetiva de la conducta con la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado - o típicamente relevante-* y, por otra parte, la imputación objetiva del resultado con la *realización del riesgo en el resultado*. El criterio relativo al *alcance del tipo* propuesto por ROXIN debe perder, sin embargo, su significado autónomo e integrarse en los criterios relacionados tanto con la imputación objetiva de la conducta, como con la imputación objetiva del resultado.

I. EL RIESGO COMO PRIMER CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

Según la teoría de la imputación objetiva, para poder imputar objetivamente un resultado, es necesario, en primer lugar, que la conducta enjuiciada suponga la creación de un riesgo típicamente relevante o típicamente desaprobado. Es decir, se exige, por un lado, que la conducta implique un *riesgo* y, por otro lado, que ese riesgo se encuentre *típicamente desaprobado*. Ello, sin embargo, dice poco acerca de la forma en la que puede determinarse la imputación objetiva: simplemente significa que para que una conducta sea típicamente desaprobada debe constituir un riesgo típicamente desaprobado. Lo único que se desprende de tal afirmación es, por tanto, la necesidad de reconocer la existencia de un riesgo; a partir de ahí, se sigue teniendo que precisar qué es lo que hace que una conducta peligrosa se encuentre típicamente desaprobada. En todo caso, detrás de esa referencia a la peligrosidad de la conducta es posible

encontrar un primer criterio de imputación objetiva: si la conducta no supone ningún *riesgo* de cara a la producción del resultado típico, deberá negarse la imputación. La cuestión es saber qué implica realmente la existencia de un riesgo.

La idea del riesgo ha estado relacionada tradicionalmente con la *previsibilidad* y, más concretamente, con la *teoría de la adecuación*. En un primer momento, esta teoría de la adecuación se presentaba como una teoría causal según la cual sólo pueden ser causa del resultado aquellas acciones o condiciones que, de acuerdo con la experiencia, son apropiadas (adecuadas) para la producción del resultado, esto es, aquellas acciones en las que puede reconocerse la previsibilidad del resultado. Posteriormente, aunque esta teoría ha sido descartada como teoría causal, el criterio de la previsibilidad o de la adecuación ha seguido utilizándose tanto para determinar el deber de cuidado en el delito imprudente, como para reconocer la existencia de un riesgo en el marco de la teoría de la imputación objetiva¹.

Las discrepancias se producen con respecto a la forma de llevar a cabo el juicio de previsibilidad o de adecuación. Este juicio presenta, sobre todo, tres aspectos problemáticos: en primer lugar, la selección de los conocimientos desde los que debe juzgarse la previsibilidad del resultado (*infra* 1); en segundo lugar, la determinación del grado de previsibilidad exigido para reconocer la adecuación o la peligrosidad de la conducta (*infra* 2); y, en tercer lugar, la concreta definición del resultado que debe tomarse como referencia (*infra* 3)².

1. Los conocimientos desde los que debe juzgarse la previsibilidad del resultado: el carácter objetivo del riesgo

El juicio de peligro, como juicio de previsibilidad o de adecuación, es un juicio de pronóstico que depende de los concretos conocimientos que tenga la

¹ Cfr., por ejemplo, ENGISCH, *Kausalität*, p. 46; ROXIN, *AT*³, 11/36; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 79.

² Realiza una exposición de la teoría de la adecuación partiendo de estos mismos problemas GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 28 y ss. Cfr., también, ENGISCH, *Kausalität*, pp. 42 y ss.

persona que lo formula; tanto de los conocimientos de carácter *ontológico*, relativos a los hechos o elementos de la realidad, como de los conocimientos de carácter *nomológico*, relativos a las leyes o reglas que explican la relación entre esos hechos o elementos de la realidad (por ejemplo, la relación de causalidad)³. Así pues, para saber si un resultado es o no previsible, es necesario previamente determinar los conocimientos –ontológicos y nomológicos– desde los que debe ser juzgada la previsibilidad. A este respecto, se discute, principalmente, si hay que partir de los conocimientos del propio sujeto que realiza la conducta o de los conocimientos de un espectador objetivo. Puede distinguirse, en este sentido, entre una concepción del riesgo de carácter subjetivo y una concepción del riesgo de carácter objetivo.

1.1. *La concepción subjetiva*

Mantienen una concepción subjetiva del riesgo aquellos autores que, partiendo de una comprensión de las normas penales como normas de conducta expresadas en forma de mandatos y prohibiciones, además de defender una teoría personal del injusto basada en el desvalor de la acción, consideran necesario interpretar la acción en función de la finalidad o representación del autor⁴. Dichos autores integran la llamada corriente «monista-subjetivista», que se caracteriza por desarrollar las tesis de WELZEL relativas al limitado protagonismo que el resultado lesivo debe desempeñar en la fundamentación del injusto. WELZEL sostiene, efectivamente, que el injusto debe estar referido en todo caso a la acción del autor y que el desvalor del resultado sólo es importante para realizar una selección de acciones que por sí mismas son antinormativas⁵. Por otra parte, al explicar la antijuridicidad de los delitos dolosos, sostiene que el hecho de que se castigue la tentativa inidónea demuestra que las acciones pueden ser injustas sin necesidad de que exista un desvalor del resultado⁶. Con este tipo de

³ Acerca de la distinción entre conocimientos ontológicos y nomológicos, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 25, con más referencias.

⁴ Cfr., por ejemplo, KAUFMANN, *FS-Welzel*, pp. 395 y ss; SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, pp. 25 y ss.

⁵ AT¹¹, p. 136.

⁶ AT¹¹, p. 62.

consideraciones, WELZEL no sólo defiende una concepción personal del injusto basada en el desvalor de la acción, sino que también establece una cierta equiparación entre el resultado y la parte externo-causal de la conducta: identifica el desvalor del resultado con el desvalor del hecho producido por la conducta (*Sachverhaltsunwert*) y no ya sólo con el desvalor de sus consecuencias lesivas (*Erfolgsunwert*)⁷. La idea de fondo es que el hecho de que se produzca realmente un peligro o una lesión sobre el bien jurídico no es lo que determina el carácter antijurídico de la conducta. Esta es la idea en la que inciden los autores de la corriente monista-subjetivista para llegar a afirmar, por una parte, que la infracción de la norma se realiza sin necesidad de que se produzca un resultado lesivo⁸ y, por otra parte, que el substrato de valoración del juicio de antijuridicidad lo constituye únicamente el sentido que el autor otorga a su acción, de tal modo que tan injusta podría ser una tentativa inidónea, como una tentativa irreal o supersticiosa⁹.

Dado que, según esta concepción subjetiva, lo que se valora es el sentido que el autor otorga a su acción, en los delitos dolosos, al juzgar la peligrosidad de la conducta, se atiende exclusivamente a los conocimientos del autor, tanto a los conocimientos de carácter ontológico, como a los conocimientos de carácter nomológico. La conducta es peligrosa desde el momento en el que el autor se representa la posibilidad de que su conducta cause el resultado lesivo. Así, por ejemplo, podría ser considerada peligrosa la conducta de quien realiza conjuros mágicos pensando que de esa forma puede acabar con la vida de una persona. En los delitos imprudentes, esta concepción subjetiva del riesgo, aplicada coherentemente, impediría reconocer la existencia de un riesgo en todos los casos de imprudencia inconsciente en los que el sujeto no se representa el riesgo de su conducta. Sin embargo, lo cierto es que rara vez se llega a aceptar esta

⁷ AT¹¹, p. 62.

⁸ Cfr. KAUFMANN, *FS-Welzel*, p. 411.

⁹ Cfr., por ejemplo, KAUFMANN, *Fs-Welzel*, p. 403, quien sostiene que la tentativa irreal no presenta ninguna particularidad con respecto a la antijuridicidad o la culpabilidad de la conducta, y que la razón por la que no da lugar al mismo grado de responsabilidad penal se encuentra simplemente en la menor punibilidad que se desprende de la menor necesidad de prevención. En un sentido parecido se pronunciaba el propio WELZEL, AT¹¹, p. 193. Cfr., también, SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, pp. 19-20.

conclusión¹⁰. Por lo general, en el ámbito de los delitos imprudentes no se defiende con tanta claridad la concepción subjetiva del riesgo y se tiende a dar mayor importancia a los conocimientos espectador objetivo¹¹.

1.2. *La concepción objetiva*

En la concepción objetiva del riesgo se entiende que es el espectador objetivo quien, sin prestar atención a los conocimientos del autor, debe juzgar si la conducta puede llegar a producir el resultado lesivo. Dentro de esta concepción objetiva se puede adoptar, a su vez, tanto una perspectiva *ex post*, como una perspectiva *ex ante*. En ambos casos se parte de los conocimientos del espectador objetivo, pero se le atribuyen distintos conocimientos.

Se parte de una perspectiva objetiva *ex post* cuando al espectador objetivo se le atribuye un conocimiento completo de la realidad; es decir, cuando no se pretende realizar propiamente un pronóstico de peligro, sino comprobar la existencia de un verdadero peligro¹². Se dice, en este sentido, que la conducta es peligrosa cuando, sin limitar de ninguna forma los datos o elementos de referencia, la conducta resulta apropiada para explicar la producción del resultado lesivo. Lo importante es que, a partir de todos los datos adquiridos *ex post*, se pueda explicar la producción del resultado conforme a las leyes científicas y de la experiencia. Conforme a este planteamiento, por ejemplo, se vería como peligrosa –de cara a un posible resultado de muerte– la conducta consistente en dar un pequeño golpe a una persona aun cuando hubiera contribuido a la producción del resultado la hemofilia que sufría la víctima o el incendio provocado por un tercero en el hospital en el que la víctima era atendida del golpe. Ello es asumido por quienes entienden que para afirmar el carácter típico de una conducta, primero, en el tipo objetivo, hay que adoptar una perspectiva *ex post* para determinar la existencia de un hecho o de un *riesgo* típico, y después, en el tipo subjetivo, hay

¹⁰ Cfr., no obstante, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 727-728.

¹¹ KAUFMANN, *FS-Welzel*, pp. 409-411. Así, también, WELZEL, *AT*¹¹, p. 136. Esta incoherencia es criticada incluso por autores subjetivistas como STRUENSEE, *JZ*, 1987, pp. 56 y ss.

¹² Sobre la distinción entre «riesgo epistemológico» y «riesgo ontológico», cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 791-793.

que adoptar una perspectiva *ex ante* para examinar si el sujeto que realiza la conducta infringe un deber de cuidado y se le puede *imputar* lo realizado a título de dolo o imprudencia¹³.

También es posible, sin embargo, partir de una concepción objetiva del riesgo que adopte una perspectiva *ex ante*. En primer lugar, esta perspectiva *ex ante* puede verse como una forma de juzgar la previsibilidad en el momento de llevarse a cabo la conducta, teniendo en cuenta solamente las circunstancias existentes en el momento de actuar, con independencia de que tales circunstancias sean conocidas en un momento posterior. Esta perspectiva *ex ante* conduce, en realidad, a resultados parecidos a los que se obtienen adoptando una perspectiva *ex post*, pues se parte igualmente de un conocimiento no limitando al momento en el que se realiza la acción: se tendría que seguir considerando peligroso, por ejemplo, el pequeño golpe dado a una persona hemofílica aunque la hemofilia se reconociera solamente después de haberse producido el golpe. En segundo lugar, la perspectiva *ex ante* también puede entenderse, al igual que hace la doctrina mayoritaria, como una perspectiva en la que deben tenerse en cuenta no ya todos los elementos existentes en el momento de actuar, sino sólo aquellos que se pueden conocer estando en la misma situación que el autor. En este caso, al hacerse referencia a lo que el autor puede conocer, se limitan, por un lado, los conocimientos que se atribuyen al espectador objetivo y se tiende a incluir, por otro lado, lo que el autor efectivamente conoce, de manera que si, por alguna razón, el autor conoce, por ejemplo, la hemofilia de la víctima, se admitirá el riesgo incluso en el caso de que un espectador objetivo no lo hubiera conocido. Es por eso que esta perspectiva *ex ante* es más propia de una concepción mixta o de carácter objetivo-subjetivo.

1.3. La concepción objetivo-subjetiva

La doctrina mayoritaria defiende una concepción *mixta* o de carácter *objetivo-subjetivo* en la que se juzga la previsibilidad del resultado y la

¹³ Así, por ejemplo, BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat*, pp. 116-120; FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pp. 23-27 y 34-36, n. 23; Cobo/Vives [¿?]

peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante*, atendiendo tanto a los conocimientos del espectador objetivo, como a los conocimientos del autor¹⁴.

Esta concepción mixta se opone a la concepción subjetiva porque reconoce la necesidad de tener en cuenta los conocimientos del espectador objetivo no sólo en el ámbito de los delitos imprudentes, sino también en el de los delitos dolosos. Los autores que defienden esta concepción mixta critican la excesiva importancia que la concepción subjetiva concede a la interpretación del autor porque entienden que de esa forma lo que se desvalora, realmente, es la voluntad del autor, produciéndose así una confusión entre la Moral y el Derecho que es contraria al principio de lesividad. Sostienen por ello que la voluntad sólo puede estar penalmente desaprobada si va acompañada de la efectiva creación de un riesgo, lo que supone tener que realizar una valoración objetiva de la conducta en la que se prescinda de la interpretación del autor¹⁵.

La concepción mixta se aparta igualmente de la concepción objetiva del riesgo en tanto que, por una parte, se encuentra vinculada a una teoría personal del injusto y, por otra parte, reconoce que en determinados casos, para juzgar la peligrosidad de la conducta, son decisivos los concretos conocimientos del autor. En efecto, la concepción mixta, al igual que la concepción subjetiva, es defendida por quienes parten de una teoría personal del injusto y de una visión de las normas penales como normas que protegen los bienes jurídicos de manera preventiva mediante la determinación o motivación de la conducta de sus destinatarios. A partir de ahí, se centra la atención en el desvalor de la acción y se afirma que la norma penal no prohíbe la producción de resultados lesivos, sino sólo la realización de *acciones* que, desde un punto de vista *ex ante*, puedan producir esos

¹⁴ Se adopta la formulación de TRAEGER, según la cual hay que partir de las circunstancias conocidas o cognoscibles por una persona prudente más las conocidas o cognoscibles por el autor. Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 36 y ss.; ROXIN, *AT*³, 11/35; MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 61 y 101; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 81.

¹⁵ Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 59, 101 y 182-185; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 68-71; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1996, p. 481.

resultados¹⁶. Se critica la posibilidad de adoptar una perspectiva objetiva *ex post* porque se considera que dicha perspectiva no sirve para valorar la peligrosidad de la conducta, sino sólo para establecer la efectiva relación con el resultado lesivo, debiendo quedar reservada, por tanto, para la posterior imputación del resultado¹⁷. En esa misma línea, se afirma también que no se prohíben todas las acciones que pueden producir un resultado lesivo, sino solamente las que pueden producir un resultado lesivo previsible y evitable para el autor. Así, a la hora de determinar el riesgo, se entiende que es necesario adoptar una perspectiva *ex ante* en la que sólo tengan en cuenta aquellas condiciones que haya podido conocer el autor en el momento de realizar la conducta. Se limitan, por tanto, los conocimientos del espectador objetivo en función del contexto en el que actúa el autor¹⁸. Al mismo tiempo, la concepción mixta llama la atención sobre las dificultades que encuentra la concepción objetiva para resolver los casos en los que el autor goza de unos conocimientos de los que carece el espectador objetivo (conocimientos especiales). Ello es claro, por ejemplo, en casos como el del sujeto que envía a otro a montar en un avión después de haber descubierto que el avión lleva una bomba. En este tipo de casos, aunque la conducta resulta claramente relevante, la concepción objetiva, salvo que adoptase una perspectiva *ex post*, no podría reconocer la existencia de un riesgo¹⁹.

Partiendo de estas críticas, la concepción objetivo-subjetiva llega a la conclusión de que es necesario definir el riesgo teniendo en cuenta tanto los conocimientos del espectador objetivo –limitados por la adopción de la perspectiva *ex ante*–, como los conocimientos del autor. Los conocimientos del autor se incluyen, concretamente, cuando el autor goza de conocimientos especiales, es decir, cuando sabe más de lo que sabría un espectador objetivo.

¹⁶ MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 57-61 y 99-100; RUDOLPHI, en SCHÜNEMANN (edit.), *Grundfragen*, pp. 75-76; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 75; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1996, pp. 486-387.

¹⁷ MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 192. Se entiende, en definitiva, que el riesgo importa como una valoración de la conducta y no como un estado de cosas. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 51 y ss.

¹⁸ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 99-100; RUDOLPHI, en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen*, pp. 81-82; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 33 y 75-77.

¹⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 35-37; MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 194-195; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 82 y ss.

Cuando el autor sabe menos, se atiende, en cambio, a los conocimientos del espectador objetivo, esto es, a lo que el sujeto debía conocer. Se suele decir, en este sentido, que se trata de establecer una generalización por abajo y una individualización por arriba.

1.4. *Propuesta de interpretación*

Aun pudiendo compartirse el punto de partida de la concepción mixta en cuanto a la crítica realizada tanto sobre la concepción de carácter subjetivo, como sobre la concepción de carácter objetivo, es justo reconocer que esta concepción mixta incurre en algunas imprecisiones. Por una parte, no deja claro por qué el riesgo se determina unas veces con los conocimientos del autor y otras veces con los conocimientos del espectador objetivo. Aunque en ocasiones se afirme que se trata de sumar ambos conocimientos, lo cierto es que se da importancia unas veces a lo que sabe el autor y otras veces a lo que sabe el espectador objetivo. Hay que tener en cuenta que, en realidad, la peligrosidad de una conducta difícilmente puede valorarse sumando conocimientos distintos. Imagínese un caso en el que alguien prende fuego a una casa: si el autor piensa que la casa está habitada y el espectador objetivo piensa que está deshabitada, no se puede llegar a ninguna conclusión con respecto a la peligrosidad de la conducta sumando ambos conocimientos. Es necesario, por tanto, dar preferencia a unos conocimientos frente a otros. Lo que hace la concepción mixta es dar preferencia a los conocimientos del autor sólo cuando sabe *más*; es decir, sólo toma en consideración aquellos conocimientos que permiten afirmar la peligrosidad de la conducta, tanto si los tiene el autor, como si los tiene el espectador objetivo. Lo que no queda claro es por qué se opta por dar preferencia a esos conocimientos y no a los que pueden hacer descartar la peligrosidad de la conducta. Por otra parte, tampoco queda claro hasta dónde llegan los conocimientos del espectador objetivo. Si se reconoce que tales conocimientos son distintos de los conocimientos del autor, no se entiende de qué forma pueden resultar limitados por la adopción de una perspectiva *ex ante*. Surge la duda, efectivamente, de hasta qué punto, partiendo de una perspectiva *ex ante*, los conocimientos del espectador objetivo pueden llegar realmente a ser distintos de los conocimientos del autor. Si se adopta una perspectiva *ex ante*, se concreta tanto la situación de la que pueden

desprenderse los conocimientos del espectador objetivo que parece difícil establecer diferencias con respecto a los conocimientos del autor.

La interpretación que aquí se propone para es considerar que *los conocimientos del espectador objetivo forman parte de la valoración de la conducta* y que *los conocimientos del autor forman parte de la conducta valorada*. De esta forma, se pretende aclarar que no se trata, en realidad, de tener en cuenta unas veces los conocimientos del espectador objetivo y otras veces los conocimientos del autor, sino de valorar objetivamente la peligrosidad de la conducta definida a partir de los concretos conocimientos del autor²⁰.

El espectador objetivo es una personificación del ordenamiento jurídico que sirve para valorar la conducta del autor. La persona cuidadosa no es una persona real que tenga unos conocimientos distintos a los del autor, sino una persona ideal que toma como referencia el ordenamiento jurídico para valorar la conducta del autor²¹. Por lo general, cuando se atribuyen unos determinados conocimientos al espectador objetivo, lo que se pretende, simplemente, es indicar los conocimientos que debe tener el autor. Así, por ejemplo, en el caso del sujeto que prende fuego a una casa, cuando se dice que el espectador objetivo hubiera sabido que la casa se encontraba habitada, se está dando a entender que, en la medida en que el espectador objetivo lo hubiera sabido, también el autor debía haberlo sabido. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la norma no impone propiamente un deber de conocer, sino sólo un deber de evitar conductas desaprobadas. Lo que se desvalora no es el (des)conocimiento, sino la conducta

²⁰ En un sentido parecido, dice MIR PUIG (*Derecho penal*, p. 193) que «la evitación del posible resultado (*ex ante*) es el *objetivo* de la prohibición, pero sólo la conducta voluntaria y consciente puede constituir el *objeto* de dicha prohibición, sólo ella puede considerarse lo *prohibido*, lo injusto». De acuerdo con la clasificación propuesta por HRUSCHKA, *ADPCP*, 1994, pp. 344-350, esto significaría que el riesgo representa un elemento de la norma de conducta o de la «regla de comportamiento» (no realizar conductas peligrosas) y que la representación del autor constituye un elemento de la «regla de imputación» (necesario para comprobar que el riesgo o la conducta peligrosa es obra de su autor). Se muestra crítico con esta clasificación MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 616, n. 11, y 697-698, quien sostiene que la norma de conducta es una norma «relativa» que incluye una valoración desde la óptica de lo que cabe esperar del concreto destinatario y que, por tanto, queda ya condicionada por la posibilidad de imputación.

²¹ KAUFMANN, *FS-Welzel*, p. 410.

realizada a partir de un determinado (des)conocimiento²². Por esa razón, para valorar la conducta del autor, lo importante no es tanto el *conocimiento* que hubiera tenido el espectador objetivo, como la *conducta* que hubiera realizado el espectador objetivo. La conducta del autor será desaprobada o desvalorada siempre que no coincida con la conducta del espectador objetivo²³. En este sentido, desde un punto de vista material, la figura del espectador objetivo coincide con los criterios que se manejan para definir la conducta típicamente desaprobada. Los criterios que se utilizan para valorar la conducta son los mismos que recoge la doctrina de la imputación objetiva, y el primero de esos criterios, como se ha visto, es precisamente el criterio del riesgo. La conducta es desaprobada, en principio, si genera un riesgo de lesión del bien jurídico. Desde el momento en que la conducta es considerada peligrosa por el ordenamiento jurídico -o por el espectador objetivo que personifica ese ordenamiento-, puede decirse que el autor, en principio, tiene un deber de evitar dicha conducta²⁴.

Si, una vez aceptado esto, se considera conveniente adoptar una perspectiva *ex ante* -y, de esta forma, limitar los conocimientos del espectador objetivo-, es porque en el marco de una teoría personal del injusto es importante examinar si la conducta realizada, además de ser objetivamente lesiva, puede ser *imputada* a su autor²⁵. A partir de ahí, cabe pensar, sin embargo, que para poder

²² Cfr., en sentido parecido, KAUFMANN, *FS-Welzel*, p. 410, quien, al referirse a la importancia de la acción final en el delito imprudente, señala que no se trata tanto de exigir un cuidado adicional como de prohibir la realización de una acción con unas determinadas características.

²³ BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 54-58.

²⁴ De hecho, cuando se reserva el concepto de riesgo para el estudio del tipo objetivo y se analiza de manera separada, en relación con la imprudencia, el incumplimiento del *deber* de adquirir un determinado conocimiento, se reconoce en última instancia que este deber se define a partir de un juicio de peligro objetivo y requiere, en todo caso, una delimitación entre riesgo permitido y no permitido. Así, por ejemplo, BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (edit.), *Straftat*, pp. 117-121, quien sostiene, no obstante, que ese «riesgo» en el que se basa la imprudencia no forma parte del tipo objetivo por que se centra en el autor individual. Un planteamiento parecido es el que adopta KINDHÄUSER, *GA*, 1994, pp. 197-204. Este autor, distingue entre el deber general que se deriva de la norma de conducta y el deber de estar en condiciones de poder cumplir con esa norma, un deber que se deriva de la norma de sanción y de la necesidad de poder imputar al sujeto la no evitación del resultado. A partir de ahí, con respecto a este segundo deber, sostiene que la capacidad de evitar el resultado se pone de manifiesto en la superación del riesgo permitido; actuar bajo el riesgo permitido supone, a su juicio, no infringir el deber de estar en condiciones de poder evitar el resultado.

²⁵ Para que la antijuridicidad objetiva pueda dar lugar a una antinormatividad. Cfr., en este sentido, la distinción realizada por MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 230 y ss.

realizar ese juicio de imputación, no es necesario que el sujeto se represente el riesgo de su conducta, sino que basta con que sea consciente de estar realizando aquello que resulta objetivamente lesivo o peligroso²⁶. En este sentido, habría que reconocer que la representación del autor delimita aquello que puede ser objeto de valoración: sólo las conductas que pueden ser imputadas merecen ser sometidas al juicio de peligrosidad. Esto significa también que lo que se valora no es el riesgo que se representa el autor, sino el riesgo que implica aquello que se ha representado el autor²⁷; un riesgo, por tanto, que siempre tiene carácter objetivo²⁸.

²⁶ Podría verse como una exigencia para la imputación del primer nivel (*imputatio facti*) con la que simplemente se pretende saber si el sujeto ha tenido conocimiento de la situación y se cumple, por tanto, con el principio *ignorantium nulla est imputatio*. Cfr., a este respecto, HRUSCHKA, *ADPCP*, 1994, pp. 349-351. Serviría para reconocer el carácter –al menos– imprudente de la conducta, aunque sin entrar a valorar la concreta representación del riesgo, que podría interpretarse como un elemento relacionado más bien con un segundo nivel de imputación. La valoración del riesgo realizada a partir de este conocimiento determinaría el deber objetivo de cuidado, reconociéndose así la posibilidad objetiva de prever el resultado. Constituiría, de este modo, el aspecto determinante que permite llevar a cabo el «desvalor intersubjetivo» de la conducta que exige MIR PUIG (*Derecho penal*, pp. 241-242) como «puente o elemento de enlace entre la antijuridicidad objetiva y la antinormatividad como antijuridicidad completa». En un sentido parecido se pronuncia también FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 84-85, cuando afirma que, al tomar como punto de partida los conocimientos del sujeto, se puede llegar a la conclusión de que el riesgo también es desaprobado desde un punto de vista personal: «Para una comprensión del injusto personal, sin duda se muestra como adecuado acreditar la creación de un peligro desaprobado a aquel que ha tenido conocimiento de puntos de referencia que indican que, al realizarse cierta acción, se producirá un suceso con cierta tendencia lesiva (...). Por el contrario, parece poco razonable efectuar eso también respecto de personas (...) que nunca se han visto enfrentados a los correspondientes puntos de referencia, y en esa medida tampoco tienen ningún deber de información o control. Si se entiende el concepto de creación de riesgo desaprobado utilizando una acepción de “personal” adecuada a la materia, entonces ello debe tenerse en cuenta estableciendo como requisitos en el tipo objetivo, más allá de la existencia de la creación (unida a la acción) de un peligro (*ex ante*) típicamente relevante, también la existencia de esas circunstancias personales». Se llega así también a una conclusión parecida a la del propio BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (edit.), *Straftat*, pp. 118-120 y 129, cuando sostiene que el deber de adquisición del conocimiento que constituye la base de la imprudencia ha de partir necesariamente de las circunstancias que conoce el autor; la diferencia estriba en que aquí se propone tomar como referencia esos conocimientos para reconocer la existencia de un riesgo y realizar la valoración de la conducta desde el tipo objetivo.

²⁷ Ello puede considerarse así incluso en la llamada tentativa inidónea, entendiéndose que la distinción entre la tentativa idónea y la tentativa inidónea no radica en la existencia o inexistencia de un riesgo, sino en la perspectiva temporal desde la que se determina el *riesgo*. La tentativa inidónea resultaría de una valoración *ex ante* y la tentativa idónea resulta de una valoración *ex post*, pero en ambos casos puede reconocerse la existencia de un riesgo objetivo. Cfr., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 64, n. 95. Aun pudiendo ser cierto que el desvalor de la acción se produce desde el momento en que existe una tentativa inidónea, hay que tener en cuenta que ese desvalor recae necesariamente sobre la parte externa de la conducta. Como dice MIR PUIG (*op. cit.*, p. 183) «la razón primera que fundamenta la prohibición de una determinada conducta –es decir, lo que mueve al legislador a querer prohibirla– es una característica externa de la misma, su peligrosidad *ex ante* para un bien jurídico. De ahí que, aunque sólo puedan prohibirse conductas voluntarias, y en la medida de su voluntariedad, lo que ha de decidir a prohibirlas no es su concepto psíquico negativo, sino su peligrosidad externa». Si alguien dispara sobre una persona sin saber que estaba muerta, existe una conducta peligrosa porque la conducta se define atendiendo solamente a lo que el autor conoce en el momento de actuar. Así pues, el aspecto subjetivo, por sí

Sin ánimo de entrar en consideraciones teóricas más profundas, puede decirse que, desde la perspectiva aquí adoptada, se reconoce que, dentro de la teoría de la imputación objetiva, hay, efectivamente, una parte diferenciable –que algunos definen como *imputación* en sentido estricto– que consiste el examen mediante el que se identifica la concreta representación del autor; un examen que, junto con otros criterios relacionados con la mayor o menor libertad manifestada en el ejercicio de la acción, contribuye a determinar lo que puede ser atribuido al sujeto como su obra. Esa representación constituye una *parte* integrante de la teoría de la imputación objetiva en su sentido más amplio porque se encuentra estrechamente relacionada con los criterios *valorativos* utilizados para realizar el juicio imputación como juicio de adecuación típica²⁹. Más allá de esa representación, lo que es propio de la teoría de la imputación objetiva es, ciertamente, el análisis de la regla de comportamiento o del sentido típico de la conducta realizada³⁰. En ese análisis se incluiría el reconocimiento del riesgo, así

mismo, no sirve para determinar la valoración de la conducta; lo que hace, simplemente, es delimitar aquello que puede ser objeto de valoración.

²⁸ Son consideraciones objetivas, en definitiva, las que determinan si aquello que se representa el sujeto es o no relevante para reconocer la existencia de un riesgo susceptible de resultar típicamente desaprobado. Cfr., en este sentido, los argumentos esgrimidos por FRISCH (*Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 79-84) para hacer frente a las críticas de los finalistas sobre el carácter objetivo o subjetivo de la teoría de la imputación objetiva: «La forma de expresión que parte del correspondiente estado de conocimiento (...) no puede engañar sobre la crucial importancia de las respectivas situaciones de riesgo objetivamente constituidas. Ella extrae su espontánea plausibilidad de que asociamos en el ropaje subjetivo las diferentes situaciones de riesgo objetivas: la referencia al conocimiento o desconocimiento de determinadas circunstancias sólo dice a partir de cuál complejo de factores se debe proceder para la valoración del riesgo en un caso concreto. Sin embargo, ese procedimiento que por motivos prácticos parte del caso aislado, no altera para nada el que desde un punto de vista normativo la determinación decisiva resida en que ciertas situaciones -pensadas en principio- son valoradas de distinta forma» (p. 81).

²⁹ Concibe la imputación objetiva en este sentido más amplio JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 99-100, para quien la teoría de la imputación objetiva ofrece una material interpretativo sin el cual: «lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, en el mejor de los casos, algo que el individuo perseguía, un curso causal, o un curso causal psíquicamente sobredeterminado; en todo caso, no es más que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social. Sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Con otras palabras: sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse *en un sentido general* “acción”».

³⁰ Tal y como advirtió FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* pp. 31 y ss., y ha subrayado, más recientemente, ROBLES PLANAS, en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, pp. 97 y ss.

como la posterior consideración del mismo como un riesgo no permitido o típicamente desaprobado³¹.

Partiendo de una teoría personal del injusto, hay que reconocer que el objeto de la valoración lo constituyen solamente las conductas realizadas por los destinatarios de las normas. Como se apuntaba anteriormente, la mayor parte de la doctrina, adoptando este punto de partida, entiende que la valoración de la conducta debe llevarse a cabo desde una perspectiva *ex ante*. Se considera que no es oportuno utilizar una perspectiva *ex post* porque dicha perspectiva somete a valoración aspectos que no están presentes en el momento de realizarse la conducta. Se piensa, efectivamente, que si bien la perspectiva *ex post* puede servir para valorar la relación entre la conducta y el resultado, es necesario en todo caso realizar una previa valoración de la conducta. Así, al valorar, por ejemplo, el riesgo que entraña dar un golpe a una persona, no se tendrá en cuenta la posterior conducta de un tercero que prende fuego al hospital en el que es atendida esa persona. Lo que habrá que valorar, en su caso, es la posibilidad de que se produzca una posterior actuación de un tercero a partir de la concreta conducta realizada por el autor. Este mismo razonamiento puede seguirse también en los casos en los que los aspectos que contribuyen a configurar el riesgo no se conocen en el momento de realizarse la conducta. En estos casos, no se puede determinar la peligrosidad de la conducta a partir de lo que el autor debía conocer porque lo que el autor debía conocer se desprende a su vez de una valoración de la conducta, de una valoración basada precisamente en la peligrosidad. Es necesario, por tanto, partir de la valoración de la conducta, y esa valoración debe realizarse desde una perspectiva *ex ante* en la que no se tomen como punto de partida los conocimientos del espectador objetivo, ya que en tal caso se presentarían los

³¹ En el que, incluso, podría incluirse el análisis de la relación entre la conducta y el resultado, si se entiende que ese análisis supone, principalmente, una verificación de la norma de comportamiento en atención a los factores concurrentes reconocidos *ex post*, tal y como se interpretará aquí al explicar el criterio relativo a la realización del riesgo en el resultado (*infra* III.4). Llama la atención sobre ello ROBLES PLANAS, en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, pp. 98-102, quien entiende que, al igual que ocurre con respecto a la determinación del carácter desaprobado de la conducta, tampoco es correcto considerar la relación entre la conducta y un resultado como un problema de imputación objetiva: «¿Es esto un juicio de imputación? ¿No estamos, más bien, ante una concreción (posterior al hecho) de la propia norma de conducta? ¿No podrían incorporarse tales concreciones valorativas a la propia norma de conducta y operar en todo momento desde el punto de vista *ex ante*? Si ello fuera así entonces decaería por completo la necesidad de hablar de imputación objetiva del resultado».

mismos problemas que cuando se adopta una perspectiva *ex post*³². Si la conducta valorada se define a partir de unos factores o elementos que no se conocen en el momento en el que el autor lleva a cabo la conducta, lo que se valora no es propiamente la conducta del autor. Así pues, no basta con apelar a lo que el sujeto debe conocer: es necesario explicar qué es lo que el sujeto debe conocer teniendo en cuenta lo que efectivamente conoce. Si a partir de lo que el autor conoce no se puede predecir la producción del resultado lesivo, no habrá más remedio que negar la existencia de un riesgo. El riesgo de muerte al golpear a una persona hemofílica existe, ciertamente, aunque en el momento del golpe el autor no sepa que la persona es hemofílica, pero dado que el hecho de reconocer el riesgo sólo es relevante para valorar la conducta, lo que hay que analizar es la peligrosidad que implica dar un golpe a una persona cuando no se sabe que es hemofílica. Igualmente, en el caso del sujeto que prende fuego a una casa sin saber que está habitada, el riesgo de la conducta de cara a un posible resultado de muerte no puede valorarse incluyendo el carácter habitado de la casa³³. Lo mismo cabe decir con respecto a cualquier aspecto externo que pueda condicionar la producción del resultado lesivo: sólo aquello que se haya representado el autor puede ser objeto de valoración³⁴. El sujeto que no sabe que está disparando sobre una persona no infringe la norma que prohíbe disparar sobre una persona, pero sí puede infringir una norma que prohíba, por ejemplo, disparar en un parque público. Igualmente, la persona que no sabe que la lejía es tóxica no puede infringir ninguna norma que impida dejar lejía al alcance de los niños, pero sí puede infringir, por ejemplo, una

³² Cfr., en este sentido, STRUENSEE, *JZ*, 1987, pp. 60-62; SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, p. 58; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal*, pp. 799-801.

³³ Cfr., sin embargo, utilizando este mismo ejemplo de la casa incendiada, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 31-33, quien sostiene que no se puede partir de los conocimientos del autor porque si el sujeto no sabe que la casa está habitada no se podrá reconocer la existencia de un riesgo. Ello, sin embargo, no es realmente así: el carácter habitado de la casa no se diferencia de cualquier otro aspecto que pueda contribuir a la producción del resultado lesivo. De lo que se trata es de analizar si a partir de lo que el sujeto realmente conoce, se pueden prever los aspectos que configuran el curso lesivo.

³⁴ Así, también, MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 189, para quien «mientras que el resultado separado es posterior a la actuación voluntaria, los movimientos voluntarios se producen en el momento en que actúa la voluntad, que ha de sostenerlos y guiarlos; y es en ese momento en el que la norma jurídico-penal puede dirigirse al sujeto y prohibirle *lo que está haciendo de forma voluntaria y consciente*. Cuando la actuación externa diverge de la pretendida, no puede considerarse infractora de una norma jurídico-penal; pero en cuanto la actuación externa sea la querida conscientemente, en cuanto pueda verse como realización de la voluntad consciente, integrará una conducta prohibible mientras se está efectuando» (con cursiva en el original).

norma que impida dejar productos al alcance de los niños sin leer previamente las indicaciones que aparecen en esos productos. Lo importante será ver hasta qué punto se puede concretar la norma de conducta para incluir la conducta que se ha representado el autor³⁵.

En este sentido, para realizar un juicio de peligro de carácter objetivo que, al mismo tiempo, permita dejar fuera aquellas conductas que no pueden ser imputadas, se podría llegar a la conclusión de que lo importante es adoptar una perspectiva *ex ante* en la que se tomen como referencia los conocimientos nomológicos del espectador objetivo y los conocimientos ontológicos del autor³⁶. Esta opción presenta, sin embargo, algunos inconvenientes.

El principal inconveniente radica en lo difícil que es diferenciar entre los conocimientos ontológicos y los conocimientos nomológicos: el conocimiento de los elementos presentes en la realidad se encuentra a menudo condicionado por el conocimiento de las propiedades de tales elementos y, por tanto, también por el conocimiento de sus posibles efectos causales³⁷. Por ejemplo: saber que se está utilizando una pistola –y no cualquier otra cosa– depende del conocimiento acerca de la capacidad de la pistola para producir un disparo de una determinada manera; saber que se está utilizando un veneno –y no cualquier otro tipo de sustancia– depende del conocimiento del carácter nocivo de la sustancia utilizada. Si no se consigue diferenciar entre ambos tipos de conocimientos, parece imposible tener en cuenta los conocimientos del autor sin tener en cuenta al mismo tiempo la interpretación del autor acerca de la peligrosidad de su conducta. Ahora bien, eso no significa que no sea posible hacer otro tipo de diferenciación. Cabe pensar que, dado que lo que se pretende, al tomar como referencia los conocimientos del

³⁵ Cfr., en sentido parecido, SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 127-132.

³⁶ Esta es la solución que históricamente ha adoptado la teoría de la adecuación, que se definía como teoría objetiva en la medida en que partía en todo caso de los conocimientos nomológicos de un espectador objetivo. Se discutía únicamente si esos conocimientos debían ser absolutos o debían limitarse en atención al conocimiento teórico existente en el momento de la acción. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 31.

³⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 817: «No hay dos objetos de conocimiento distintos de la realidad, los hechos y las relaciones causales, sino un único conocimiento complejo. El conocimiento de cualquier hecho o realidad no es sólo la percepción de su forma física externa, sino también de su imbricación en el mundo».

espectador objetivo, es evitar que el contenido de la norma venga determinado por la interpretación o valoración del autor, lo importante no es excluir toda interpretación del autor, sino sólo la que se refiere a los aspectos que se corresponden con la valoración de la conducta. Así, si la valoración se centra en el riesgo de lesión del bien jurídico, lo que habrá que excluir son aquellos conocimientos del autor relativos concretamente a la posibilidad de que se produzca la lesión del bien jurídico. Al fin y al cabo, el saber que se está utilizando una pistola que puede disparar no es lo mismo que saber que el disparo realizado con la pistola puede producir el resultado lesivo típicamente desaprobado. Haciendo esta matización se podría seguir estableciendo una diferenciación entre los conocimientos que forman parte de la conducta (que se tomarían del autor), y los conocimientos que forman parte de la valoración de la conducta (que se tomarían del espectador objetivo)³⁸.

Otro problema es que incluso dentro de los conocimientos que no parecen formar parte de la valoración de la conducta (y que, en principio, podrían ser tomados del autor), resulta necesario realizar alguna selección valorativa. Ello es así porque los conocimientos del autor –tanto los de carácter ontológico, como los de carácter nomológico– pueden suponer una representación equivocada de la realidad³⁹. El sujeto, por ejemplo, puede disparar sobre una persona pensando que en realidad dispara sobre un demonio o puede pensar que sus plegarias o conjuros servirán para acabar con la vida de una persona. En estos casos, aunque se complementen los conocimientos del autor con los conocimientos del espectador objetivo relativos a la posible producción del resultado lesivo, la valoración de la conducta se vería igualmente condicionada por la interpretación del autor y se llegaría nuevamente a conclusiones insatisfactorias. Se obtendrían, efectivamente,

³⁸ Con independencia de lo difícil que pueda resultar la diferenciación o con independencia, incluso, de que se quiera tener en cuenta la actitud del sujeto frente a la norma para determinar el carácter jurídicamente desaprobado de su conducta, parece posible afirmar que existe una diferencia entre lo que afecta propiamente a la lesividad y lo que está relacionado con la actitud del sujeto. Lo que se quiere destacar aquí es, simplemente, la posibilidad de establecer la distinción; algo que reconoce el propio MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 651-653. Cuestión distinta es cuál sea la decisión acerca de lo que quiere incluirse en el juicio de desvalor o de lo que se considere necesario incluir en el juicio de imputación, que es la cuestión que se plantea en relación con la imprudencia inconsciente.

³⁹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 818 y 822.

los mismos resultados que si se tuviera en cuenta directamente la representación del autor acerca de la peligrosidad de su conducta. Para evitar tales resultados sería necesario excluir, por tanto, aquellos conocimientos que no se corresponden con la realidad o con lo que la sociedad reconoce como tal. Eso significaría que, además del riesgo, también los conocimientos que se toman de referencia para reconocer la existencia del riesgo deben valorarse de manera objetiva, pues la estrecha relación que se produce entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto impide definir la conducta sin una cierta delimitación valorativa. No obstante, se trataría en este caso de una valoración muy elemental: se comprueba simplemente que los conocimientos del autor definen un contexto de actuación de carácter objetivo⁴⁰. Esa comprobación constituiría el requisito mínimo para entender que la conducta que es objeto de valoración trasciende el fuero interno del individuo y puede resultar jurídicamente relevante⁴¹. La parte externa de la conducta podría verse, en ese sentido, como una parte integrante del objeto de la valoración o como una primera referencia para la más elemental valoración de la conducta⁴².

Así pues, el hecho de tener en cuenta los conocimientos del autor no impide necesariamente que la valoración de la conducta sea objetiva. Para

⁴⁰ Un contexto con relevancia comunicativa. Cfr., en este sentido, la crítica de JAKOBS (en IDEM, Estudios de Derecho penal, pp. 230-231) a las tesis que definen la norma basándose directamente en la interpretación del autor: «el precio que hay que pagar si se define como injusto el hecho de realizar conjuros de muerte es definir como comportamiento debido llevar a cabo plegarias de salvación; más aún, quien considera que realizar conjuros de muerte es un comportamiento jurídicamente relevante, reafirma en su ilusión a quienes realizan plegarias de salvación».

⁴¹ Así lo reconoce también STRUENSEE, *JZ*, 1987, p. 55 y 57-58.

⁴² En una línea semejante sostiene MIR PUIG (*Derecho penal*, p. 191) que el desvalor correspondiente a la parte externa de la conducta «puede verse como integrante de la conducta voluntaria, pero también como un producto de la voluntad que únicamente adquiere relevancia jurídico-penal cuando *resulta* típica» (cursiva en el original). Por lo demás, las consecuencias prácticas son las mismas si se entiende que lo importante es que la valoración sea de carácter objetivo. Por eso, cuando SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 68-69, afirma que no es relevante el riesgo exterior y que basta con que el proyecto del autor sea un proyecto racional para producir el resultado, habría que matizar en el sentido de que si la racionalidad del proyecto se juzga de manera objetiva sí será relevante en todo caso la existencia del riesgo exterior; aunque determinado *ex ante*. Los conocimientos del sujeto no pueden sustituir, sino sólo delimitar la parte de la realidad (intersubjetiva) que puede ser objeto de valoración jurídica. Así, cuando MOLINA FERNÁNDEZ (*Antijuridicidad penal*, p. 834) procura delimitar la tentativa del delito putativo, señala que la tentativa se castiga porque «muestra que el autor es también capaz de lesionar los bienes jurídicos concretamente protegidos por el derecho y de hacerlo *en la forma* que el legislador quiere evitar, cosa que no sucede en el delito putativo» (sin cursiva en el original).

garantizar el carácter objetivo de la valoración bastaría con excluir aquellos conocimientos del sujeto relativos a la posibilidad de que se produzca el resultado típico y aquellos otros que no se correspondan con la realidad objetiva.

Ahora bien, se podría objetar que incluso desde esta perspectiva, a la hora de valorar el riesgo, no es necesario tener en cuenta, desde un primer momento, los conocimientos del autor. Como sostienen los partidarios de la concepción objetiva del riesgo, bastaría con valorar la parte externo-causal de la conducta para identificar la conducta peligrosa desaprobada y después comprobar si el autor se ha representado o no la realización de esa conducta. En tal caso, la valoración de la parte objetiva de la conducta se podría diferenciar claramente de la valoración de la parte subjetiva, de manera que el estudio de la parte subjetiva podría quedar relegado a otro nivel de análisis en el que se examinase la posibilidad de imputar el hecho al autor. Ciertamente, se puede optar o bien por concretar la norma de conducta a partir de los criterios de interpretación del tipo penal para compararla después con la conducta del autor, o bien por tomar directamente la conducta del autor para valorarla después con esos mismos criterios⁴³. Sin embargo, si se reconoce que, en última instancia, sólo son penalmente relevantes las conductas peligrosas que el autor efectivamente se ha representado, resulta preferible tomar como referencia la conducta del autor (definida en atención a esa efectiva representación) para después someterla a una valoración utilizando criterios como el de la peligrosidad, pues de esta forma se evita tener que realizar concreciones no sólo difíciles, sino a menudo innecesarias⁴⁴. Partiendo de estas consideraciones, se puede afirmar, por tanto, que no es oportuno realizar una valoración objetiva del riesgo que prescinda por completo de los conocimientos

⁴³ Así lo reconoce JAKOBS, *RPJ*, 56, 1999, pp. 132-135.

⁴⁴ Cfr. en este sentido, STRUENSEE, *JZ*, 1987, p. 58, destacando la estrecha y necesaria interdependencia entre la construcción conceptual de la norma de conducta y su aplicación al caso concreto. Cfr., en un sentido parecido, KAUFMANN, *FS-Jescheck*, pp. 259-260, quien llama la atención sobre lo difícil que resulta juzgar la peligrosidad de una conducta sin tomar como referencia un concreto contexto y un concreto conocimiento. Llama también la atención sobre ello HRUSCHKA, *ADPCP*, 1994, p. 349, cuando, después de destacar la necesidad de separar la *applicatio legis* y la *imputatio facti*, reconoce que hermenéuticamente resulta en cierto modo obligado «un ir y venir de la mirada» entre la *lex* y el *factum*. Cfr., también, JAKOBS, *RPJ*, 56, 1999, pp. 135 y ss., para quien es preferible empezar por el análisis del lado subjetivo porque resulta superfluo y complicado partir de un enjuiciamiento objetivo de la situación, ya que, en todo caso, la responsabilidad no puede ir más allá del mayor conocimiento del sujeto. A su juicio, lo objetivo sirve, más bien, para «cortar» el alcance de los conocimientos especiales.

del autor. Una valoración de la parte externa de la conducta tendría prácticamente la misma relevancia que la definición de todas las posibles conductas subsumibles en el tipo, pues el aspecto externo es insuficiente para identificar la conducta del autor⁴⁵.

Hay que llegar a la conclusión de que tanto la parte externa, como la parte interna definen la conducta que es objeto de valoración y deben ser tenidas en cuenta para juzgar o valorar la peligrosidad de la conducta⁴⁶.

1.5. La determinación del riesgo como criterio del tipo objetivo

Desde un punto de vista sistemático, la cuestión es saber si, después de haber reconocido la necesidad de tomar en consideración los conocimientos del sujeto para juzgar la peligrosidad de la conducta, el criterio del riesgo puede ser ubicado dentro del tipo objetivo. Evidentemente, si se entiende, como se ha hecho tradicionalmente, que lo objetivo se vincula con el aspecto externo de la conducta, la respuesta habrá de ser negativa⁴⁷. Sin embargo, cabe poner en duda que la distinción entre la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo deba establecerse necesariamente en estos términos⁴⁸. En primer lugar, porque, como se ha visto, resulta francamente difícil valorar correctamente la conducta sin tomar en

⁴⁵ Si el tipo objetivo se reserva para la valoración de la parte externa de la conducta, se hace necesario trasladar al tipo subjetivo los principales criterios de valoración de la conducta y del riesgo que ella representa, incluido el criterio del riesgo permitido. Así, por ejemplo, BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (edit.), *Straftat*, pp. 121-122; FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidios y lesiones imprudentes*, pp. 187 y ss.

⁴⁶ Así, expresamente, MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 183-185. Cfr., también, ROXIN, *CLR*, 50, 1994, pp. 233-234; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 82-90. Esto coincide, en gran medida, con el punto de partida que adoptaba v. KRIES al exponer la teoría de la adecuación, pues también veía en el «supuesto de hecho psicológico» un presupuesto necesario para realizar el juicio de previsibilidad. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 31.

⁴⁷ Así, por ejemplo, BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (edit.), *Straftat*, pp. 104-105 y 131-134.

⁴⁸ Cabe pensar que lo «objetivo» no hace referencia a lo externo, sino al hecho de que la valoración proceda de un sujeto ideal distinto del autor. Así, por ejemplo, MIR PUIG (*Derecho penal*, pp. 183-184) se refiere a la «objetividad» entendida como «intersubjetividad». Se ha dicho, en este sentido, que la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo según su carácter externo o interno es más propio de una época en la que los hechos se examinaban desde un punto de vista avalorativo; pues en un análisis valorativo hay que tomar como referencia la conducta en su conjunto. Cfr., REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, p. 67; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1996, p. 493; FRISCH, en IDEM/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, p. 57.

consideración desde un principio los conocimientos del autor⁴⁹ y, en segundo lugar, porque la figura del error no puede ser analizada exclusivamente en la parte subjetiva, pues el carácter vencible o invencible del mismo depende siempre de la valoración de un espectador objetivo⁵⁰. Es preferible, por tanto, realizar la distinción de tal forma que en el tipo objetivo se valore la existencia de un riesgo objetivamente desaprobado y en el tipo subjetivo se valore -además de otros elementos subjetivos exigidos por el tipo- la concreta representación del autor acerca del riesgo que implica su conducta, incluyendo la valoración relativa a la existencia o inexistencia de dolo⁵¹. Puede entenderse que se trata de dos cuestiones diferentes en la medida en que se reconozca, como aquí se ha hecho, que el conocimiento desde el que se juzga el riesgo no es un conocimiento acerca del riesgo⁵² y no coincide con el dolo⁵³. El riesgo se determina al margen de la representación que del mismo tenga el autor, de modo que puede producirse tanto de manera dolosa, como de manera imprudente (incluso con imprudencia inconsciente)⁵⁴.

El conocimiento del autor desempeña, en definitiva, el mismo papel en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes. Esto es también lo que destaca STRUENSEE cuando, aplicando coherentemente las tesis finalistas, sostiene que la acción *final* debe constituir el objeto de la valoración tanto en los delitos dolosos,

⁴⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 194 y 197-198.

⁵⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 194-195.

⁵¹ Cfr., en sentido parecido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 88.

⁵² Se trata solamente de un conocimiento sobre factores relevantes para reconocer el riesgo. Cfr., en este sentido, FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 83: «en el ámbito del delito doloso en todo caso es relevante para la constatación de la creación desaprobada de un riesgo una parte del tipo subjetivo, pero nunca el tipo subjetivo en su conjunto. Así, por ejemplo, en el (...) caso en el que se induce a otra persona a emplear un vehículo defectuoso (sin que ella lo sepa), ciertamente el conocimiento de los efectos tenga quien induce al comportamiento puede desempeñar algún papel en la cuestión relativa a la creación del peligro desaprobado; que el inductor quiera que el otro resulte lesionado, asuma la lesión o tan sólo la considere, por el contrario, carece totalmente de significación, aun cuando resulte decisivo para la admisión de un delito doloso. Por consiguiente, es evidente que el dolo no es necesario en su conjunto para la admisión de la creación de un riesgo desaprobado; más bien puede tratarse, en todo caso, de los conocimientos de circunstancias constitutivas de la situación de riesgo objetivamente relevante».

⁵³ Desde este punto de vista, tampoco es cierto que se traslade al tipo objetivo la parte cognitiva del dolo. Así lo entiende, no obstante, KAUFMANN, *FS-Jescheck*, p. 265.

⁵⁴ Cfr., en sentido parecido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 86, n. 82.

como en los delitos imprudentes⁵⁵. En efecto, según este autor, en ambos tipos de delitos es necesario que la finalidad de la acción vaya dirigida a la realización de la conducta objetivamente desaprobada⁵⁶. Considera, en ese sentido, que la diferencia entre el dolo y la imprudencia no es estructural (cualitativa), sino sólo gradual (cuantitativa): la imprudencia supone simplemente el conocimiento de un menor número de factores determinantes del curso lesivo⁵⁷. Salvo en lo relativo a la forma de diferenciar entre dolo e imprudencia (que no puede ser objeto de análisis en este trabajo), puede decirse, efectivamente, que estas consideraciones de STRUENSEE se corresponden en gran medida con la concepción del riesgo que aquí se propone. Sin embargo, entre las tesis mantenidas por este autor hay también alguna que, en atención a las consideraciones realizadas anteriormente, merece ser matizada. Se trata, concretamente, de la tesis en la que se afirma que la razón última por la que una conducta no resulta típicamente relevante es porque el autor desconoce los factores esenciales que configuran el riesgo⁵⁸. Desde luego, si

⁵⁵ JZ, 1987, p. 56.

⁵⁶ JZ, 1987, pp. 53-57. Lo que le lleva a decir que el delito imprudente cuenta también con un tipo subjetivo. Desde la perspectiva seguida en este trabajo, sin embargo, sería más correcto decir simplemente que el delito imprudente cuenta también con una parte subjetiva.

⁵⁷ JZ, 1987, p. 57. La diferencia, por tanto, no se encontraría sólo en la parte subjetiva, sino también en el hecho desaprobado: en los delitos imprudentes el hecho desaprobado se encontraría a una mayor distancia con respecto al resultado lesivo que en los delitos dolosos. En todo caso, teniendo en cuenta la importancia que tiene igualmente la parte externa de la conducta –tal y como reconoce el propio STRUENSEE–, habría que aclarar que, como se ha señalado anteriormente en el texto, no se trata de que el sujeto se represente un riesgo, sino de que se represente algo que constituye un riesgo. Por eso, no cabe decir que lo que se valora es una especie de comportamiento doloso y que la diferencia entre el delito doloso y el delito imprudente se encuentra en el mayor o menor grado de riesgo abarcado por el dolo. Esto es, sin embargo, lo que viene a decir SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 64-66, cuando después de reconocer expresamente que «lo decisivo es que el autor sea consciente de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo reprobado», sostiene que ello se corresponde con el «dolo básico», y que la diferencia con el delito imprudente radica en la mayor probabilidad de riesgo que se representa el autor. Es cierto que lo que el sujeto se representa encierra un nivel de riesgo, pero eso no significa que el sujeto deba representarse ese riesgo. Al decir que el sujeto se representa un riesgo lo que se hace es trasladar al aspecto subjetivo el resultado de una valoración objetiva. Es oportuno hacer esta aclaración no sólo porque la valoración objetiva de la conducta se centre en su efectiva potencialidad lesiva, sino porque además la conducta no sólo se valora en función del grado de riesgo.

⁵⁸ JZ, 1987, p. 59. Cfr., también, IDEM, *GA*, 1987, p. 99 y ss., donde sigue este mismo planteamiento para delimitar los resultados que pueden ser imputados a la conducta del autor y criticar los planteamientos basados en el comportamiento alternativo conforme a derecho y en el fin de protección de la norma manejados en el marco de la teoría de la imputación objetiva. Lo determinante, a su juicio, es que el curso causal lesivo se corresponda con el que se representa el autor, de manera que la acción y el resultado sólo importante en tanto que partes integrantes del hecho que se imputa o atribuye al autor. El resultado lesivo no representado por el autor no podría, por tanto, formar parte del tipo. En sentido semejante, cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO,

alguien golpea levemente a una persona sin saber que es hemofílica, puede decirse que no realiza la conducta desaprobada (en atención, por ejemplo, a un posible delito de homicidio) porque desconoce la hemofilia de la víctima, pero hay que tener en cuenta que lo que se valora, realmente, es la conducta realizada por el autor y que lo importante es centrar la atención en lo que el autor conoce en el momento de actuar⁵⁹. No es exactamente lo mismo decir que la conducta está permitida porque el autor desconoce algo que está desaprobado que decir que la conducta está permitida porque el autor conoce algo que no está desaprobado. A primera vista, esta aclaración puede parecer irrelevante, pero es necesaria para comprender los errores en los que incurren STRUENSEE y quienes asumen sus planteamientos a la hora de analizar la idea de riesgo permitido⁶⁰, pues no es cierto que las razones por las que se permite un riesgo se basen en el desconocimiento de un factor determinante del curso lesivo: puede ocurrir, ciertamente, que una conducta deje de estar amparada por el riesgo permitido desde el momento en que el autor goce de un mayor conocimiento, pero eso no significa que cuando la conducta está amparada por el riesgo permitido es porque el autor carece de ese conocimiento⁶¹. Si se adopta esta última perspectiva, no se consigue profundizar en el estudio del riesgo permitido y se acaba limitando la valoración del riesgo a una valoración relativa solamente al mayor o menor grado de riesgo⁶².

Teoría del delito imprudente, pp. 100-121, destacando también los problemas que se presentan con respecto al resultado (pp. 247 y ss.).

⁵⁹ Lo que de hecho coincide con el propio punto de partida adoptado por STRUENSEE, *JZ*, 1987, pp. 60-62. Da la impresión de que ese protagonismo que se concede al desconocimiento del autor responde al deseo de no ver en el elemento subjetivo únicamente un elemento con el que definir el objeto de valoración, sino también un criterio determinante de la valoración.

⁶⁰ Así, claramente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, pp. 151 y ss.

⁶¹ En el caso del boxeador que ocasiona la muerte de su contrincante por medio golpes reglamentarios, no sirve de nada afirmar, como hace STRUENSEE, *JZ*, 1987, p. 60, que si el boxeador hubiera conocido alguna especial debilidad de la víctima, su conducta dejaría de estar amparada por el riesgo permitido. Aunque eso pueda ser cierto, hay que tener en cuenta que de lo que se trata realmente es de valorar la conducta efectivamente realizada por el autor, tanto para justificar la existencia de un riesgo como valorar posteriormente el carácter permitido o desaprobado del riesgo.

⁶² Esta es la crítica que, en general, puede hacerse a los autores finalistas que, de una manera o de otra, pretenden determinar la valoración de la conducta a partir de la representación del autor, pues de esa forma lo que hacen, en última instancia, es limitar los criterios de valoración de la conducta para que puedan reproducirse claramente en la mente autor. Cfr., en este sentido, FRISCH, en VVAA, *Sobre el estado de la teoría del delito*, pp. 48-49. De ese modo, acaban reduciendo la concepción del injusto a una concepción puramente causal en la que lo importante es la

En conclusión: el riesgo es un criterio de carácter objetivo que sirve para definir la conducta desaprobada y, en esa medida, valorar la conducta del autor. Los conocimientos del sujeto son importantes para reconocer la existencia del riesgo porque delimitan la conducta que puede ser objeto de valoración. Ello no impide, sin embargo, que el riesgo, en cuanto criterio de valoración, tenga carácter objetivo y pueda ubicarse en la teoría de la imputación objetiva o de la tipicidad objetiva, pues dentro de esos conocimientos del sujeto no se tienen en cuenta los que se refieren al carácter peligroso de la conducta y sirven para reconocer la existencia de dolo o imprudencia.

2. El grado de previsibilidad exigido para reconocer la existencia del riesgo

Aunque se tomen como punto de partida los concretos conocimientos del autor, puede llegarse a la conclusión de que prácticamente toda conducta resulta peligrosa. Por lo general, es muy difícil afirmar que el resultado típico es imprevisible. Desde un punto de vista *ex ante*, casi nunca es descartable que una conducta pueda llegar a producir un resultado lesivo. Por ejemplo, si A sirve un vaso de agua a B, es posible que B muera atragantándose al beber el agua. Sin embargo, nadie diría que servir un baso de agua es una conducta peligrosa. Ello hace pensar que la previsibilidad o la peligrosidad no pueden basarse en la mera posibilidad de que se produzca el resultado.

Para determinar la adecuación de la conducta es necesario un cierto grado de tendencia o de posibilidad. De hecho, cuando se dice que algo es imprevisible no es porque sea imposible, sino porque es poco posible o poco probable. En este sentido, hay que reconocer que la previsibilidad y la peligrosidad son conceptos

representación que tiene el autor acerca de la posible causación del resultado. No se atiende a la concreta forma de causar el resultado, sino sólo a la mayor o menor posibilidad de que se cause. Con ello se da a entender que la valoración depende del aspecto subjetivo del autor, cuando en realidad lo que se hace es establecer la relevancia penal de la conducta a partir de la probabilidad de la lesión. Si se reconoce, en cambio, que la valoración de la conducta puede depender también de otros aspectos o criterios de valoración, se pone claramente de manifiesto que o bien se exige, en todo caso, que el autor reconozca las razones por las que su conducta es desaprobada, o bien se considera suficiente que el autor realice voluntaria o finalmente la conducta que se considera desaprobada, con independencia de los criterios que llevan a esa consideración.

graduables y que, en realidad, los resultados son más o menos previsibles y las conductas son más o menos peligrosas⁶³. El problema es que no existe un porcentaje exacto a partir del cual se pueda afirmar que algo es peligroso. Es necesario, por tanto, establecer algún criterio general de valoración que permita determinar cuándo la conducta tiene un grado de peligrosidad típicamente relevante. Se trata, en definitiva, de valorar la conducta desde el punto de vista del tipo penal, teniendo presentes las razones por las que la peligrosidad de la conducta puede ser típicamente relevante⁶⁴.

La relevancia típica del riesgo viene determinada por los distintos criterios que componen la doctrina de la imputación objetiva en su conjunto, de modo que al analizar la posible relevancia del riesgo, el concepto de riesgo podría acabar perdiendo su significado autónomo⁶⁵. Ciertamente, resulta difícil diferenciar entre el *riesgo* y el *riesgo típicamente relevante*; sobre todo, cuando se reconoce que el nivel de riesgo no siempre resulta determinante, pues hay conductas poco peligrosas que están desaprobadas y conductas muy peligrosas que no lo están. Eso puede llevar a pensar que la importancia del riesgo es sólo relativa y que, en última instancia, lo único que interesa es saber si la conducta resulta o no típicamente desaprobada⁶⁶.

⁶³ GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 29; TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1986, p. 38.

⁶⁴ Cfr., en este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 42-43; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 99-100; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1996, pp. 488-489. Cfr., también, MIR PUIG, en *VVAA*, *Modernas tendencias*, p. 395, para quien «el Derecho penal *no debe* extender la grave calificación de injusto penal a conductas que incluso una persona prudente y respetuosa del Derecho no dejaría de realizar por una remota posibilidad de que resulten lesivas»; de modo que, en última instancia, el límite responde a una «elección» político-criminal. Cfr. asimismo, TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1986, pp. 39-40, explicando que, dentro de la imputación objetiva, la relación entre el aspecto teleológico y el aspecto normativo o valorativo es una relación dialéctica y no una relación de mera acumulación o yuxtaposición.

⁶⁵ Ello demuestra que el propio concepto de riesgo obedece a una valoración y que, por tanto, puede considerarse incluido entre los criterios integrantes de la teoría de la imputación objetiva entendida como teoría sobre la relevancia típica de la conducta. De otra opinión, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, pp. 81-82, para quien la previsibilidad objetiva, al representar fundamentalmente un criterio de imputación y no de valoración, queda completamente fuera del criterio del riesgo permitido.

⁶⁶ De hecho, entre los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, hay quien ha llegado a decir que el juicio de adecuación es irrelevante porque la valoración del riesgo no está relacionada con el concreto grado de tendencia, explicando que lo importante es simplemente que el riesgo se encuentre o no permitido. Cfr. *SK⁶-RUDOLPHI*, previo al § 1, nn.mm 54-56; *JAKOBS, AT², 7/32 y 7/33*; *HERZBERG, Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, p. 164.

No obstante, sí es posible ver en el riesgo un primer criterio de valoración. Lo que ocurre es que para ello hay que comprender que no es suficiente la mera previsibilidad objetiva del resultado, sino que es necesario incorporar algún otro criterio con el que valorar la relevancia de esa previsibilidad. En todo caso, deberá ser un primer criterio independiente del resto de los criterios que determinan el carácter típicamente desaprobado del riesgo. A este respecto cabe pensar que, aunque no se pueda establecer un nivel de riesgo que determine por sí mismo la relevancia típica de la conducta, sí es posible buscar un nivel *mínimo* por debajo del cual la conducta ya no tenga ninguna relevancia. Por debajo de ese nivel de riesgo podría entenderse que ya no se le exige al autor ni representarse el riesgo ni evitar la conducta⁶⁷. Desde este punto de vista, el *riesgo* sí podría presentarse como un primer criterio valorativo independiente, porque por debajo de ese nivel mínimo no sería necesario acudir a ningún otro criterio de valoración. Es cierto que hay conductas con igual grado de tendencia pueden ser valoradas de manera distinta en función de otros muchos factores, pero en tal caso habrá que reconocer que lo que se discute no es la existencia de un riesgo, sino la relevancia típica del riesgo.

En conclusión, si en el marco de la teoría de la imputación objetiva, la imputación objetiva de la conducta quiere definirse como la creación de un riesgo típicamente desaprobado y no simplemente como la realización de una conducta típicamente desaprobada, hay que entender que el riesgo constituye un criterio autónomo de valoración. Ese criterio puede reconocerse en la medida en que se interprete como la necesidad de exigir un nivel mínimo de riesgo, de manera que la creación de un riesgo se identifique con la creación de un *riesgo mínimamente relevante*.

⁶⁷ Cfr., en este mismo sentido, ENGISCH, *Kausalität*, pp. 45-46. A su juicio, para determinar el grado de tendencia es suficiente que la probabilidad no sea excesivamente pequeña. Desde el momento en que el resultado no es completamente improbable se puede considerar que la conducta es adecuada y peligrosa. Cfr., también, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 104: «La exigencia de peligrosidad de la conducta reconocible ex ante, que constituye el contenido material de la adecuación, es el listón mínimo por debajo del cual el Derecho penal no puede prohibir comportamientos si no quiere abocar en una responsabilidad objetiva por la causación del resultado, si no quiere caer en el absurdo de prescribir lo imposible de obedecer». Por su parte, STRUENSEE (*GA*, 1987, p. 100) se refiere a la necesidad de que el sujeto se represente un marco mínimo de condiciones del resultado.

3. La definición del resultado que debe tomarse de referencia

El grado de riesgo y el grado de previsibilidad dependen del concreto resultado que se tome como referencia. Cuanto más se precisen los elementos que definen el resultado -o que integran el curso causal que conduce a ese resultado-, menos previsible será su realización⁶⁸. Las posibilidades que tiene una persona de morir como consecuencia de un golpe o de un disparo son mayores que las que tiene de morir como consecuencia de un incendio producido en el hospital donde es atendida del golpe o del disparo. Para reconocer la peligrosidad de la conducta debe definirse claramente, por tanto, el resultado que se toma como referencia. Lo correcto, a este respecto, es entender que mientras que para la imputación objetiva de la conducta es suficiente una definición de carácter general, para la imputación objetiva del resultado es necesaria una definición completamente detallada de todo el curso lesivo⁶⁹.

En la imputación objetiva de la conducta sólo se valora la peligrosidad de la conducta desde un punto de vista *ex ante*. La conducta es desaprobada cuando pueda dar lugar a la producción de un resultado lesivo, con independencia de la forma en la que, desde un punto de vista *ex post*, se acabe produciendo ese resultado. En el delito de homicidio, por ejemplo, la conducta debe suponer un riesgo -típicamente desaprobado- de producción de un resultado de muerte. Puede ocurrir que el resultado lesivo se produzca con motivo de otro riesgo distinto al inicialmente desaprobado, pero eso es algo que debe ser valorado en la imputación objetiva del resultado. Para ello puede acudir nuevamente al juicio de adecuación, pero en ese caso la adecuación ya no se identificará con la creación de un riesgo, sino con la realización de un riesgo, tal y como sucedía originariamente cuando la teoría de la adecuación era concebida como una teoría causal.

⁶⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 29.

⁶⁹ En este mismo sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 119, indicando que ello es así porque el juicio de adecuación ya no se utiliza como teoría causal, sino como criterio para determinar el desvalor de la acción. Con anterioridad, ya ENGISCH, *Kausalität*, pp. 54 y 61-69. Opta, en cambio, por la definición del resultado concreto GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 48-49.

II. EL RIESGO PERMITIDO Y LA ADECUACIÓN SOCIAL COMO CRITERIOS GENERALES DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. El riesgo permitido

Uno de los principales criterios que se manejan en la teoría de la imputación objetiva es el criterio del riesgo permitido. Lógicamente, si la imputación objetiva se basa en la creación de un riesgo típicamente desaprobado, la imputación no tiene lugar cuando la conducta queda dentro del riesgo – típicamente– permitido. En este sentido, se podría afirmar incluso que, salvo en los casos en los que el resultado lesivo es prácticamente imprevisible –o poco probable– y la conducta, por tanto, no representa siquiera un riesgo –mínimamente relevante–, la razón por la que no se llega a producir la imputación objetiva de la conducta es porque la conducta constituye un riesgo permitido. Desde este punto de vista, la institución del riesgo permitido podría definirse, en principio, como el criterio o el conjunto de criterios destinados a excluir la imputación objetiva de la conducta.

1.1. *Evolución histórica y ubicación sistemática*

Históricamente, el concepto de riesgo permitido se ha utilizado para complementar el criterio de la adecuación y poner de manifiesto que la previsibilidad del resultado no es razón suficiente para determinar el deber de cuidado. Ya en los tiempos en los que el criterio de la adecuación se utilizaba como teoría causal para limitar la relación entre la acción y el resultado, decía v. BAR que no se puede considerar causa toda condición en la que el resultado aparezca como previsible o como probable⁷⁰. Para este autor, la conducta sólo puede ser causa del resultado cuando modifica el curso regular de los acontecimientos, de manera que deben quedar excluidas todas aquellas conductas

⁷⁰ *Kausalzusammenhang*, p. 13. Este autor suele ser identificado como uno de los primeros en tratar el tema del riesgo permitido. Cfr., por ejemplo, REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, pp. 21-22.

o condiciones que se corresponden con la «regla de la vida»⁷¹. Cuando la actividad forma parte de la «regla de la vida» es irrelevante que implique un riesgo, que el sujeto se represente ese riesgo o que incluso lo persiga de manera intencionada; la voluntad lesiva del autor es importante para diferenciar entre dolo y culpa, pero únicamente se puede comportar dolosa o culposamente quien se aparta de la «regla de la vida»⁷². Tiempo después, partiendo de planteamientos parecidos, otros autores empezaron a desarrollar la idea del riesgo permitido en el plano de la culpabilidad para limitar la responsabilidad por imprudencia⁷³. Según estos autores, la responsabilidad por imprudencia se deriva del incumplimiento de un deber de cuidado, y ese deber de cuidado no puede depender únicamente de la previsibilidad del resultado lesivo, pues en tal caso se condenaría al ser humano a la más completa inactividad. Junto a la previsibilidad del resultado se exige la infracción de un deber y, de ese modo, se logra establecer una diferencia entre los riesgos permitidos y los riesgos no permitidos. Los riesgos permitidos vendrían a ser aquellos generados por una conducta en la que no se produce la infracción de un deber. Con este tipo de planteamientos, el criterio del riesgo permitido se convertía en un criterio delimitador del deber de cuidado y empezaba a sufrir una evolución parecida a la experimentada por el propio delito imprudente. Aunque hay autores que lo han tratado en otros planos de la teoría jurídica del delito⁷⁴, la mayor parte de la doctrina ha visto en el riesgo permitido una forma de delimitar el deber de cuidado en el ámbito del delito imprudente; y así, a medida que se ha

⁷¹ *Kausalzusammenhang*, pp. 11-14. Así, por ejemplo, no sería causa del resultado lesivo la extracción del material con el que se fabrica un arma, la venta de un instrumento peligroso de acuerdo con la normativa existente o la realización de una intervención quirúrgica conforme a la *lex artis*. Hay que reconocer, en definitiva, que la vida exige un cierto grado de riesgo y que hay actividades que, aun siendo peligrosas, resultan necesarias o forman parte de los acontecimientos normales de la vida diaria; tales actividades no son causa del resultado porque se corresponden con la «regla de la vida».

⁷² *Kausalzusammenhang*, pp. 16-21, 30-42 y 87-88.

⁷³ Decía el propio v. BAR, *Kausalzusammenhang*, p. 13, que el grado de cuidado exigido se limitaba cuando la actividad quedaba dentro de la regla de la vida y que en tales casos no podía haber «culpa».

⁷⁴ Para algunos el riesgo permitido representa una causa de justificación de carácter general que excluye la antijuridicidad de la conducta. Así, por ejemplo, BINDING, *Normen IV*, pp. 509 y ss.; H. MEYER, LUZÓN, ENGISCH, *Kausalität*, p. 53; GALLAS, *ZStW* 76 (1955), pp. 21-22; JESCHECK, *PG I*, p. 554. Para otros debe ubicarse en la llamada «responsabilidad por el hecho», que viene a ser un plano intermedio situado entre la antijuridicidad y la culpabilidad. Así, principalmente, MAURACH, *Tratado II*, pp. 230-234. Cfr. también, REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, pp. 152-153, 170 y ss.; y ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, pp. 74-75, quien, desde planteamientos muy parecidos, termina ubicándolo en el plano de la inimputabilidad.

ido imponiendo la concepción personal del injusto, el deber de cuidado y el riesgo permitido se han terminado ubicando en la tipicidad⁷⁵.

La moderna teoría de la imputación objetiva, por su parte, ha destacado la posibilidad de interpretar el riesgo permitido no sólo como un criterio delimitador del deber de cuidado en el tipo del delito imprudente, sino también como un criterio necesario para la imputación objetiva del resultado tanto en los tipos de los delitos imprudentes, como en los tipos de los delitos dolosos. Es en este punto donde, actualmente, se producen las principales discrepancias relativas a la ubicación sistemática del riesgo permitido. Mientras que algunos autores consideran que el riesgo permitido sólo tiene sentido en el delito imprudente⁷⁶, otros autores entienden que es un criterio que forma parte de la imputación objetiva y que, por tanto, puede ser de aplicación también en los delitos dolosos⁷⁷.

1.2. El riesgo permitido como criterio del tipo objetivo

Quienes se oponen a la aplicación del riesgo permitido en el ámbito de los delitos dolosos son, principalmente, aquellos autores que, desde planteamientos cercanos al finalismo, entienden que la interpretación del tipo se ve plenamente

⁷⁵ Un resumen de la evolución histórica del riesgo permitido puede encontrarse en REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, pp. 18-41; MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 6-17; PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, pp. 32-55; MARTÍNEZ ESCAMILLA, pp. 140-145; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 90-91; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 30-37.

⁷⁶ Cfr., por ejemplo, REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, pp. 86-90; ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 40; BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat*, pp. 117-121, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 308 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, pp. 151 y ss.; KINDHÄUSER, *GA*, 1994, pp. 221-223; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 276-277; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 28.

⁷⁷ Cfr., por ejemplo, asumiendo la teoría de la imputación objetiva, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 107-110 y 140 y ss.; ROXIN, *AT F*³, 11/44 y 24/12; *SK*⁶-RUDOLPHI, previo al § 1, nn.mm. 38 y 57; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 351; JAKOBS, *AT*², 7/4 y 7/40; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 96 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*⁵, pp. 245 y ss., *S/S*²⁶- CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 15, n. m. 116, *LK*¹¹-SCHROEDER, § 16, n. m. 157; WESSELS/BEULKE, *AT*³¹, 6/179; OTTO, *AT*⁶, 10/2 y 10/11; STRATENWERTH, *AT*⁴, 8/25 y 8/32. Cfr., también, sin atender directamente a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, ENGISCH, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 286-287; MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 22-23; MAIWALD, *FS-Jescheck I*, pp. 422-423; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, pp. 120-121; y, en parte, también PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, pp. 211-215 y 228, quien concede al dolo una importancia muy reducida.

condicionada por el aspecto subjetivo de la conducta. Así, en los delitos dolosos no juzgan necesario utilizar el criterio del riesgo permitido porque consideran que, en última instancia, lo determinante es la existencia de dolo. Si el sujeto pretende o se representa la producción del resultado lesivo, se produce un riesgo que en modo alguno puede estar permitido. En los delitos imprudentes, en cambio, la mayor parte de los autores que siguen estos planteamientos entienden que no es suficiente la previsibilidad del resultado lesivo y reconocen la importancia que tiene el riesgo permitido a la hora de delimitar el deber de cuidado. No obstante, también hay autores que sostienen que en los delitos imprudentes es igualmente determinante el elemento subjetivo y consideran que el riesgo es o no permitido en atención al grado de conocimiento del autor. A juicio de estos otros autores, tampoco en los delitos imprudentes es necesario acudir a la figura del riesgo permitido porque éste se identifica con el desconocimiento de los factores esenciales que configuran el riesgo. El que la conducta esté o no permitida dependería, únicamente, del mayor o menor grado de riesgo que se represente el autor⁷⁸.

Frente a ello, partiendo de las consideraciones anteriormente realizadas en relación con el carácter objetivo del riesgo, se puede llegar a la conclusión de que también el criterio del riesgo permitido es igualmente un criterio de carácter objetivo que puede operar por en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes. La peligrosidad de la conducta y el carácter desaprobado o no permitido de la peligrosidad de la conducta resultan de una valoración objetiva de la conducta que no depende de la representación subjetiva del autor. En el apartado dedicado al criterio del riesgo, si bien se ha reconocido que la conducta debe ser definida a partir de los concretos conocimientos del autor y que, en esa medida, el hecho de que la conducta sea peligrosa puede depender de esos conocimientos, se ha indicado también que tales conocimientos no guardan relación necesariamente con el carácter doloso de la conducta. La representación o interpretación del autor ni es suficiente para determinar el riesgo, ni es suficiente para determinar el carácter no permitido del riesgo. Ni la conducta ni el riesgo pasan a ser penalmente relevantes porque el autor se represente la producción del resultado. Si bien la

⁷⁸ Cfr. *supra* cap. 3, ap. I.2.6.

valoración de la peligrosidad de la conducta depende del concreto conocimiento del autor, no depende necesariamente de un *mayor* o *menor* grado de conocimiento. El *grado* de conocimiento a lo que hace referencia, realmente, es a un mayor o menor grado de peligrosidad, y no es el grado de peligrosidad lo que determina la valoración del riesgo. El grado de conocimiento del autor sólo podría determinar por sí mismo la valoración del riesgo si se negara la existencia de otros criterios de valoración no basados en el grado de peligrosidad. El grado de peligrosidad, como se ha reconocido anteriormente, puede ser determinante para marcar el límite mínimo de responsabilidad y negar la existencia de un riesgo o de un riesgo mínimamente relevante, pero una vez reconocido el riesgo, la mayor peligrosidad de la conducta o la mayor probabilidad del resultado no bastan para descartar la posibilidad de que la conducta quede dentro del riesgo permitido. Tampoco resulta especialmente relevante diferenciar entre el carácter permitido de un tipo de actividad peligrosa y el carácter permitido de una concreta actividad peligrosa. Es cierto que si bien puede estar permitido, por ejemplo, conducir por una calle a 50 km/h., puede no estar permitido conducir a esa velocidad cuando se observa que un peatón se encuentra en medio de la calzada, pero eso no significa que sólo puedan permitirse conductas en las que el sujeto no se represente claramente la producción del resultado. Desde luego, como se reconocía anteriormente, lo que el sujeto se represente puede condicionar la forma de valorar el riesgo y puede llegar a suponer, como en este caso, que la conducta deje de estar cubierta por el riesgo permitido, pero ello sólo significa que se debe valorar la conducta a la luz de las nuevas circunstancias conocidas por el autor. Aunque se cambie la forma de definir la conducta peligrosa, sigue siendo necesario valorar objetivamente si la conducta está permitida.

Se podría plantear, tal y como hace cierto sector de la doctrina, la posibilidad de tener en cuenta la intención del autor para valorar la conducta reconocida como peligrosa. Se podría pensar, en ese sentido, que cuando la conducta peligrosa va acompañada de una intención lesiva no puede estar amparada por el riesgo permitido⁷⁹. A este planteamiento, sin embargo, se le

⁷⁹ Así, por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1986, pp. 39-40; MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 68-70, 102-103 y 198-199; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, p. 188; SCHÜNEMANN, *GA*, 1999, pp. 220-221. Cfr., con carácter general, la exposición de MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*,

pueden hacer las mismas objeciones que a las tesis que pretenden reconocer el riesgo a partir de la voluntad lesiva del autor. Al fin y al cabo, se trata de convertir en penalmente relevante una conducta por el mero hecho de reflejar una voluntad lesiva. Si la conducta deja de estar amparada por el riesgo permitido desde el momento en que existe una voluntad lesiva, lo que se desvalora es únicamente el aspecto interno o volitivo de la conducta. Así pues, las mismas razones esgrimidas para afirmar que la peligrosidad de la conducta debe valorarse de manera objetiva, pueden utilizarse para afirmar que la peligrosidad típicamente desaprobada de la conducta también debe valorarse de manera objetiva. Ni la conducta ni el riesgo pueden dejar de estar permitidos por la mera voluntad lesiva del autor⁸⁰.

1.3. *La fundamentación del riesgo permitido*

Por lo general, a la hora de fundamentar el riesgo permitido, se parte de la idea de que no todas las conductas peligrosas pueden estar penalmente desaprobadas⁸¹. Aunque ello es algo que se viene aceptando desde hace mucho tiempo⁸², es sobre todo a partir de la revolución industrial y del desarrollo del tráfico motorizado cuando se hace especialmente evidente⁸³. A partir de ese momento, se reconoce abiertamente que los avances de la técnica llevan unidos una serie de riesgos a los que no se puede renunciar si no se quiere poner freno al desarrollo de la sociedad y condenar a los ciudadanos a la más completa inactividad⁸⁴.

pp. 106 y ss. Se reproducen así las consideraciones realizadas en torno a la discusión del grado de tendencia por los primeros representantes de la teoría de la causalidad adecuada, quienes consideraban que, en la línea apuntada por v. BAR, la reprobabilidad de la conducta puede condicionar el carácter adecuado de la conducta y, que en ese sentido, la intención del sujeto podía también ser determinante. Al respecto, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 46.

⁸⁰ Cfr., por ejemplo, en este mismo sentido crítico, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 109-118 y 159-161; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 94 y ss.; ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP*, 1996, p. 492; FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pp. 27-30., n. 16.

⁸¹ Esa idea, que ya estaba presente en el Derecho romano, suele expresarse con la máxima *Navigare necesse est, vivere non necesse*. Cfr. BINDING, *Normen IV*, pp. 435-437.

⁸² REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, p. 16.

⁸³ PREUB, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, pp. 31-32.

⁸⁴ MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, p. 1; ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 30.

Actualmente, se entiende que existen ciertos riesgos que no pueden estar desaprobados porque tienen un interés o valor social que compensa la amenaza que suponen para los bienes jurídicos. La mayor parte de la doctrina sostiene, en este sentido, que para determinar el riesgo permitido se deben comparar o *ponderar* dos intereses enfrentados: de una parte, el valor social de la actividad peligrosa y, de otra parte, la necesaria protección de los bienes jurídicos⁸⁵. Cuando la actividad peligrosa resulta socialmente valorada y compensa el riesgo que encierra para los bienes jurídicos, queda dentro del riesgo permitido. En tal caso, la actividad peligrosa goza de un interés jurídico preponderante y no puede sufrir un reproche jurídico-penal, pues ello iría en contra no sólo de las circunstancias de la vida y de las exigencias del tráfico, sino también de los intereses del propio legislador⁸⁶. Suele decirse, efectivamente, que tales actividades se encuentran permitidas por el ordenamiento jurídico en su conjunto, y que, al estar permitidas, no pueden estar penalmente desaprobadas porque se atentaría contra el principio de unidad del ordenamiento⁸⁷. Son actividades, en definitiva, que cuentan con una autorización normativa⁸⁸. Esa autorización resulta de una ponderación semejante a la que tiene lugar en el estado de necesidad⁸⁹, pero se considera que puede estar ubicada en el plano de la tipicidad porque supone una autorización de carácter general: el interés preponderante se busca en el tipo de actividad y no en los resultados perseguidos u obtenidos en el caso concreto⁹⁰.

⁸⁵ BINDING, *Normen IV*, pp. 432 y ss.; ENGISCH, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 288-289; MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 70-71; ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 31; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 575; ROXIN, *AT I*³, 24/37; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 75-77; *LK*¹¹-SCHROEDER, § 16, n. m. 162; *S/S*²⁶-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 15, n. m. 116.

⁸⁶ KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko*, p. 11.

⁸⁷ REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, pp. 46-47.

⁸⁸ ENGISCH, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 286 (siguiendo a EXNER)

⁸⁹ MAIWALD, *FS-Jescheck I*, 412; JAKOBS, *AT*², 7/35.

⁹⁰ MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 19-21 y 87-88; KINDHÄUSER, *GA*, 1994, pp. 197-198, n. 3; STRATENWERTH, *AT*⁴, 8/27 y 8/32; ROXIN, *AT*³, 11/60. Explica este autor que el riesgo que encierra conducir un automóvil está permitido con carácter general, con independencia de que en el caso concreto el autor esté dando un paseo o se dirija a cometer un delito. En este mismo sentido, JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 123-124, señala que sólo es un problema de justificación cuando la ponderación se realiza en función del contexto concreto, como por ejemplo cuando se valora la acción de conducir una ambulancia con exceso de velocidad para poder realizar un servicio. Por su parte, SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 161-163, añade que a

Con esta idea de la *ponderación* se explica, por tanto, que la razón por la que una conducta peligrosa puede estar permitida es porque tiene un valor o interés social jurídicamente reconocido que compensa el desvalor que representa la amenaza para el bien jurídico. De esta forma, no obstante, solamente se ofrece una explicación de carácter formal, pues no se dice qué es exactamente lo que hace que la actividad tenga un valor jurídicamente preponderante. Es por eso que la doctrina, en ocasiones, no se ha conformado con destacar la necesidad de realizar una ponderación y ha intentado definir los intereses sociales que debe satisfacer la conducta peligrosa para estar jurídicamente permitida.

Uno de los criterios que más se han manejado es el criterio de la *utilidad social*. Para buena parte de la doctrina, las actividades peligrosas pueden estar jurídicamente permitidas cuando tienen alguna utilidad social⁹¹ o resultan imprescindibles para la sociedad⁹². A partir ahí, se entiende que en función de la utilidad o necesidad de la actividad se podrá permitir un mayor o menor grado de riesgo⁹³. Esta tesis debe ser criticada porque es fruto de la concepción existente en los primeros momentos en los que se empezaba a reflexionar sobre el riesgo permitido, cuando lo importante era simplemente no poner freno a los avances de la técnica. Por aquel entonces, se centraba la atención en la utilidad social de esos avances y no en la valoración social de otro tipo de riesgos. El principal problema

diferencia de lo que ocurre con las causas de justificación, en los casos de riesgo permitido se permite la conducta peligrosa pero no la producción del resultado.

⁹¹ ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 31; PREUB, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, pp. 127-129. Este autor distingue, realmente, cuatro tipos de riesgo permitido y reserva el fundamento de la utilidad social sólo para el primero de ellos, que es donde trata propiamente los supuestos generalmente relacionados con esta institución. Los otros casos a los que alude se refieren a la falta de previsibilidad, a las actuaciones de salvamento arriesgadas y al consentimiento por parte de la víctima (*Ibid.* pp. 22-25). Cfr. también, JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 580-581; WESSELS/BEULKE, *AT*³¹, 6/184; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 319 y ss.; ROXIN, *CLR*, 50, 1994, p. 225.

⁹² BINDING, *Die Normen*, IV, pp. 440-443; MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, p. 2. *S/S*²⁶-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 15, n. m. 146.

⁹³ SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 575 y ss. Para este autor el principal criterio para la determinación del riesgo permitido es también la utilidad o necesidad social de la conducta, pues si bien reconoce que hay actividades peligrosas permitidas que no son socialmente útiles, sostiene que el grado de riesgo permitido es mayor cuanto mayor es la utilidad o necesidad social. Clasifica así el riesgo permitido en función de que las acciones sean lujosas, socialmente acostumbradas, socialmente útiles o socialmente necesarias. Cfr., también, MAURACH, *Tratado II*, p. 241.

de este criterio basado en la utilidad es, precisamente, que no sirve para justificar la permisión de otras actividades peligrosas. Existen numerosas actividades peligrosas que, aun estando claramente permitidas, difícilmente encajan en el criterio de la utilidad o de la necesidad social⁹⁴. Así, por ejemplo, enviar a los hijos a una excursión en la montaña o dejarlos ir solos al colegio son actividades peligrosas que están permitidas y que no reportan una especial utilidad social.

Se ha destacado también la posibilidad de tener en cuenta no ya la utilidad social de la actividad, sino el propio valor de la actividad en cuanto manifestación de la *libertad* constitucionalmente garantizada. Se dice, en este sentido, que toda actividad, en principio, se encuentra valorada y permitida porque el ordenamiento jurídico garantiza la libertad de actuación⁹⁵. Partiendo de ahí, se afirma que sólo se puede restringir la libertad de actuación cuando ello es necesario para la protección de los bienes jurídicos, debiendo hacerse, en todo caso, de manera proporcionada en atención a la necesidad, idoneidad y razonabilidad de la reacción penal⁹⁶. Con ello, sin embargo, tampoco se consigue ofrecer un criterio material con el que identificar las actividades peligrosas socialmente valoradas y jurídicamente preponderantes, pues la mera referencia a la proporcionalidad o razonabilidad de la restricción de la libertad resulta excesivamente genérica. Algo más concreta es la tesis que, en una línea parecida, considera que el ordenamiento jurídico debe buscar el mayor grado posible de libertad de todos los individuos⁹⁷. Se explica, desde este punto de vista, que el riesgo permitido no garantiza la mera libertad de actuación del individuo, sino sólo la libertad que supone un beneficio para todos los ciudadanos, pues la libertad sólo es verdadera libertad cuando resulta razonable, es decir, cuando es susceptible de generalización⁹⁸. Ello se traduciría en la necesidad de respetar el imperativo categórico kantiano y no

⁹⁴ Rechaza también el criterio de la utilidad o del beneficio social MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 134 y ss., afirmando que hay también otros criterios para valorar positivamente un riesgo y que lo determinante es que se puede equiparar el riesgo permitido con el deber de cuidado.

⁹⁵ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 70 y ss.

⁹⁶ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 77-79.

⁹⁷ SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 56-58 y 95-97.

⁹⁸ SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 48-56.

instrumentalizar a los individuos protegiendo la libertad de unos cuantos en detrimento de la libertad de los demás⁹⁹. La verdadera libertad de un individuo sería solamente la que a su vez aumenta la libertad de los terceros, incluida la del sujeto que puede verse amenazado por la actividad realizada en ejercicio de esa libertad¹⁰⁰. De esta forma, se llega a la conclusión de que la conducta queda dentro del riesgo permitido cuando puede contar con la aprobación del sujeto afectado o puede ser aceptada en un consenso general¹⁰¹. El problema que presenta este planteamiento basado en la libertad es que, al situarse en plano excesivamente ideal, no presta suficiente atención a la posible existencia de riesgos permitidos reconocidos de alguna manera por el ordenamiento jurídico que obedecen a otra serie motivos no basados en un presunto consenso general. Ciertamente, la ponderación que se encuentra detrás de la permisión de un riesgo puede primar intereses muy variados en función de las diferentes opciones políticas o legislativas o incluso en función de su reconocimiento o aceptación social, sin necesidad de que con ello se ofrezca una mayor garantía de la libertad personal. Lo normal es que se prime no ya la libertad en general, sino un tipo concreto de libertad. Basta pensar, por ejemplo, en la normativa que permite fumar. No puede decirse que esta normativa vaya en beneficio de los no fumadores. Simplemente se considera más importante la libertad de los fumadores que la libertad de los no fumadores o que el riesgo que con ello se genera para la salud tanto de los que son fumadores, como de los que no lo son¹⁰².

Estas consideraciones demuestran lo difícil que es encontrar un único criterio con el que determinar el valor social que debe tener una actividad

⁹⁹ SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 68-87. Critica esta autora las concepciones utilitaristas que se basan en las ventajas que se producen para la mayoría sin respetar los ámbitos de libertad de los que integran las minorías. A su juicio, es necesario respetar la fundamentación intersubjetiva propia de un ordenamiento jurídico liberal. El riesgo permitido no puede fundamentarse en la utilidad o normalidad social porque muchos de los riesgos que son útiles o normales no cuentan con el consenso de los miembros de la sociedad.

¹⁰⁰ SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 50-52.

¹⁰¹ SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 100-116 y 145-147. Llega también a conclusiones parecidas FRISCH, en VVAA, *Sobre el estado de la teoría del delito*, pp. 45-47.

¹⁰² Desarrolla esta misma crítica LÜBBE, *Dtsch. Z. Philos.* 43 (1995) n° 6., pp. 953-956; EADEM, *Verantwortung*, pp. 183-189. Cfr., también, JAKOBS, *AT*², 7/35, quien relaciona igualmente la fundamentación del riesgo permitido con la ponderación de intereses propia del estado de necesidad.

peligrosa para resultar jurídicamente permitida. Hay un gran número de actividades peligrosas que están jurídicamente permitidas con independencia de que reporten una mayor utilidad social o garanticen un mayor grado de libertad. Las razones por las que una conducta peligrosa puede llegar a ser socialmente valorada y estar jurídicamente permitida son muy diferentes. Ello demuestra, por otra parte, la imposibilidad de utilizar un discurso basado exclusivamente en el *deber ser* en el que no se reconozca el hecho de que existen determinados riesgos que el ordenamiento jurídico, por distintas razones, considera permitidos. Sólo a partir de una interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto se pueden explicar las razones por las que determinadas actividades peligrosas se encuentran permitidas. Entre esas razones, junto a las que se centran en el valor en abstracto que se le reconoce a la actividad (utilidad, necesidad, libertad), también pueden incluirse las que se fijan en aspectos tan variados como, por ejemplo, la probabilidad de alcanzar la finalidad deseada, la posibilidad de lograr la misma finalidad con un menor riesgo, los gastos necesarios para la exclusión del riesgo o la posibilidad de reparar el daño¹⁰³. Incluso habrá que reconocer que hay riesgos de los que se desconocen las razones últimas por las que están permitidos y para cuya justificación sólo puede acudir a un criterio basado en su *normalidad* o *adecuación social*. Un amplio sector de la doctrina sostiene, efectivamente, que hay actividades peligrosas que están permitidas simplemente porque son normales o quedan dentro de lo que es socialmente adecuado. Algunos autores utilizan este criterio para complementar el criterio de la utilidad social, afirmando que junto a las actividades peligrosas que están permitidas por su utilidad social, existen determinadas actividades peligrosas que no están penalmente desaprobadas porque forman parte de lo que la sociedad considera normal¹⁰⁴. Otros autores utilizan también este criterio, pero reconocen que se trata, en realidad, de un

¹⁰³ Destacan la importancia de aspectos de este tipo ENGISCH, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 288-289; REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, pp. 204-206; MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 22-23 y 70-71; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 54-58; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 576; ROXIN, *AT I*³, 24/38.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, PREUB, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, pp. 130-133, quien afirma que junto con a las acciones peligrosas permitidas por su utilidad social también hay acciones peligrosas permitidas porque son consideradas normales. Cfr., también, LK¹¹-SCHROEDER, § 16, n.m. 162.

criterio general: el riesgo permitido se identificaría, con carácter general, con el riesgo normal de la vida o con el riesgo socialmente tolerado¹⁰⁵.

2. La teoría de la adecuación social

2.1. Exposición

La teoría de la adecuación social fue formulada por WELZEL en el contexto de una crítica a la concepción del injusto basada en la mera lesión de los bienes jurídicos¹⁰⁶. Según WELZEL, el principal defecto de esta concepción del injusto consiste en ver los bienes jurídicos no en la realidad social, sino en un mundo inerte y afuncional en el que los bienes jurídicos se presentan como piezas de museo conservadas en vitrinas y expuestas, únicamente, a la mirada del espectador¹⁰⁷. Frente a ello, WELZEL sostiene que la realidad social del Derecho demuestra que los bienes jurídicos sólo existen en la medida en que son una función, es decir, en la medida en que se encuentran necesariamente sometidos a efectos recíprocos¹⁰⁸. Si el Derecho prohibiera toda afección de los bienes jurídicos, la vida en sociedad se detendría y quedaría un mundo de museo consagrado a la contemplación. Por esa razón, entiende WELZEL que el Derecho lo que hace, realmente, es escoger entre las distintas funciones en las que se muestra el bien jurídico para prohibir aquella que es incompatible con la existencia moralmente ordenada de la comunidad. No se prohíben todas las acciones que pueden lesionar los bienes jurídicos, sino sólo aquellas que quedan fuera del orden de la vida histórico-socialmente establecido, es decir, aquellas que no resultan

¹⁰⁵ Se basan en el riesgo normal de la vida v. BAR, *Kausalzusammenhang*, pp. 12-14; MALAMUD GOTI, *DP*, 1978, pp. 742-745; STRATENWERTH, *AT*⁴, 8/28 y ss.; y en el riesgo tolerable BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 39; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 133.

¹⁰⁶ *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss., en especial, pp. 511 y ss.

¹⁰⁷ *ZStW* 58 (1939), p. 514.

¹⁰⁸ *ZStW* 58 (1939), p. 515.

socialmente adecuadas¹⁰⁹. La *adecuación social* constituye así un criterio fundamental para valorar la tipicidad de la conducta¹¹⁰.

En lo que ahora interesa, son dos los aspectos que resultan relevantes: por una parte, la idea de que no puede considerarse típica cualquier afección del bien jurídico y, por otra parte, la referencia al orden de la vida histórico-socialmente establecido. Si bien el primer aspecto no presenta especiales diferencias con respecto a la figura del riesgo permitido, el segundo contiene ya una particular propuesta de fundamentación: la razón por la que no es típica la conducta es porque no atenta contra los valores histórico-socialmente establecidos. Esto último es consecuencia del carácter histórico y dinámico otorgado por WELZEL a los bienes jurídicos. Según WELZEL, el estudio del Derecho debe empezar negando la escisión entre los planos del *ser* y del *deber ser*, para dejar claro que sólo el Derecho positivo puede ser verdadero Derecho. El Derecho, a su juicio, no puede reflejar un orden absoluto o universal porque ello sólo es posible en un plano teórico que prescindiera por completo de una realidad caracterizada por la facticidad y la contingencia¹¹¹. La adecuación social sirve precisamente para subrayar el carácter histórico y dinámico de los bienes jurídicos y para proponer una interpretación de los tipos penales que tenga en cuenta su necesaria relación con los diferentes valores ético-sociales existentes en cada comunidad¹¹².

A partir de ahí, WELZEL llama la atención sobre el carácter valorativo y normativo de la teoría de la adecuación social para demostrar que esta teoría no se basa únicamente en lo que es adecuado a las costumbres del tráfico. La adecuación social, dice WELZEL, no es sólo un concepto funcional, sino también un concepto valorativo. Lo que domina la vida social y funcional no son

¹⁰⁹ ZStW 58 (1939), pp. 516-517.

¹¹⁰ ZStW 58 (1939), pp. 526-530.

¹¹¹ *Naturrecht*, pp. 194-197.

¹¹² Por ello entiende este autor que el objeto permanente de estudio hay que buscarlos, únicamente, en las estructuras lógico-objetivas que se encuentran en el objeto de la regulación. Es sabido, sin embargo, que esta tensión entre lo lógico-real y lo histórico-social fue resuelta finalmente por WELZEL en favor de lo lógico-real. Eso motivó que la propia teoría de la adecuación social fuera progresivamente perdiendo significado. Sobre ello, cfr. ROXIN, ZStW 74 (1962), pp. 537 y ss., CANCIO MELIÁ, *ADPCP*, 1993, pp. 697 y ss., pp. 715 y ss; MARAVER GÓMEZ, *RJUAM* 5 (2001), pp. 202-205.

simplemente las actividades tal y como se presentan *de facto*, sino los órdenes históricos que se forman y perfeccionan con la relación entre la existencia objetiva de la vida y las valoraciones con las que la comunidad responde a esa existencia. Sólo con la aceptación de esa parte valorativa y normativa, advierte WELZEL, la adecuación social puede constituir un principio inmanente de la configuración del Derecho¹¹³.

Hay que reconocer, no obstante, que a medida que WELZEL fue dando mayor importancia al sentido final de la acción, ese carácter valorativo o normativo de la adecuación social se fue debilitando. Poco a poco, efectivamente, WELZEL reducía el papel de la adecuación social en la interpretación de los tipos penales e introducía algunas modificaciones de carácter sistemático. Así, durante un tiempo, ubicó la adecuación social en el plano de la antijuridicidad, presentándola como una causa de justificación de carácter consuetudinario¹¹⁴. Tiempo después la volvió a situar en el plano de la tipicidad, pero definiéndola simplemente como una *falsilla* de los tipos penales que no respondía ya a una concepción ético-social del Derecho penal. Las acciones socialmente adecuadas pasaban a ser aquellas acciones realizadas dentro de los límites normales de la libertad de acción social¹¹⁵. De esa forma, la adecuación social acababa teniendo un carácter más fáctico que normativo. Lo determinante venía a ser lo generalmente aceptado y no ya la interrelación de los valores incluidos en los tipos penales¹¹⁶. Paralelamente, su ámbito de aplicación quedaba reducido a los delitos imprudentes. En los delitos dolosos, dado que el sentido de la valoración

¹¹³ ZStW 58 (1939), p. 517, n. 38.

¹¹⁴ Concretamente, entre la 4ª y la 8ª edición de su manual (1954-1963). Algunos dicen que ello se debió a que WELZEL dejó de concebir la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad para verla como mero indicio de la misma, es decir, como *ratio cognoscendi*. Así, SCHAFFSTEIN, ZStW 72 (1960), p. 372; ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, pp. 16-19; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 147. Otros entienden que lo decisivo fue que WELZEL quisiera tratar el error sobre la adecuación social como un error de prohibición y no como un error de tipo. Así, GALLAS, ZStW 67 (1955), pp. 22-24; KLUG, *FS-Schmidt*, pp. 253-255. Lo cierto es, sin embargo, que ello responde al mayor protagonismo otorgado a la dirección final de la acción en la fundamentación del injusto. Cfr. ROXIN, ZStW 74 (1962), pp. 540-541; CANCIO MELIÁ, *ADPCP*, 1993, pp. 724-728. El sentido valorativo de la acción se buscaba en la dirección final y el tipo se convertía en una selección de acciones con sentido valorativo.

¹¹⁵ *El nuevo sistema del Derecho penal*, pp. 53 y ss.; ID. *AT^{II}*, pp. 55 y ss.

¹¹⁶ Cfr., CANCIO MELIÁ, *ADPCP*, 1993, 713-714; PETERS, *FS-Welzel*, pp. 419-420 y 427.

dependía del propio sentido que la finalidad otorgaba a la acción, no era necesaria ni la adecuación social ni la configuración ético-social del tipo¹¹⁷.

2.2. Valoración de las críticas realizadas a la teoría de la adecuación social

La teoría de la adecuación social no ha encontrado una gran aceptación entre la doctrina. Ello parece haberse debido a diferentes razones: en primer lugar, a esa transformación teórica y sistemática a la que fue sometida por parte del propio WELZEL, en segundo lugar, a su carácter ambiguo o impreciso y, en tercer lugar, a la excesiva importancia otorgada a lo social¹¹⁸. Puede comprobarse, efectivamente, cómo las principales críticas que se han hecho a esta teoría de la adecuación social se encuentran relacionadas de alguna manera con esas mismas razones. Así, mientras que algunos autores, siguiendo el camino iniciado por WELZEL, han optado por restar importancia a esta teoría reduciendo su ámbito de aplicación y asignándole un papel secundario frente a otras categorías dogmáticas, otros autores han hecho hincapié en su carácter impreciso o en su difícil relación con el principio de legalidad y otros han censurado la posibilidad de tomar como referencia la aceptación social de la conducta. Tales críticas, sin embargo, como se intentará demostrar a continuación, afectan básicamente a la última concepción de la adecuación social defendida por WELZEL y no han de conducir necesariamente a un rechazo de esta teoría.

Por lo que se refiere a la primera de esas críticas, hay que tener en cuenta que la teoría de la adecuación social se presentaba inicialmente como una teoría general para excluir el carácter típico de toda clase de conductas, incluidas aquellas que venían siendo estudiadas en el ámbito del riesgo permitido¹¹⁹. La doctrina, sin embargo, siguiendo la evolución del propio WELZEL, se ha mostrado

¹¹⁷ De este modo, algunos de los supuestos que había considerado penalmente irrelevantes por ser socialmente adecuados empezaba a analizarlo desde el punto de vista subjetivo. Así, por ejemplo, en el caso de quien envía a otro al bosque en plena tormenta con objeto de que sea alcanzado por un rayo, ya no habla de un comportamiento socialmente adecuado (*ZStW* 58 [1939], p. 51), sino de un comportamiento que no realiza el tipo por falta de dolo (*AT^{II}*, pp. 66-67).

¹¹⁸ ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social*, pp. 42 y ss.

¹¹⁹ Para WELZEL (*ZStW* 58 [1939], p. 518), efectivamente, el riesgo permitido no era más que un caso especial de adecuación social que se diferenciaba del resto simplemente por el grado de peligro al que se ve expuesto el bien jurídico.

reacia a reconocer ese alcance general de la adecuación social y ha procurado restarle importancia reduciendo en exceso su ámbito de aplicación y dando preferencia a otra serie de criterios¹²⁰. Se ha llegado a decir, en ese sentido, que los métodos de delimitación del tipo desarrollados por la doctrina hacen innecesario acudir a un criterio general como el de la adecuación social¹²¹. De esta forma, el criterio de la adecuación social se presenta como un criterio independiente o marginal reservado para ciertos casos en los que no se puede acudir a otros criterios de valoración y en los que se atiende a lo generalmente aceptado. Se ignora, por tanto, la relación de la adecuación social con el resto de criterios de valoración y se llega a reconocer incluso la posibilidad de encontrar conductas socialmente no adecuadas que están permitidas por otro tipo de motivos: existirían, en definitiva, riesgos permitidos no socialmente adecuados¹²². De acuerdo con la concepción originaria de WELZEL, sin embargo, ello no podría aceptarse porque significaría que hay conductas permitidas que atentan contra los órdenes histórico-socialmente establecidos, lo que sólo tendría sentido si esos órdenes no jugaran ningún papel a la hora de interpretar los tipos penales o

¹²⁰ Cfr., por ejemplo, HIRSCH, *ZStW* 74 (1962), pp. 89 y ss., quien acaba definiendo la adecuación social como un marginal criterio de interpretación en casos de insuficiente descripción de los elementos típicos (*Ibid.*, pp. 119-123, 132). A su juicio no se trata más que una interpretación restrictiva del tipo de carácter teleológico semejante a la que se produce en muchos tipos de delitos, por lo que no resultaría necesario insistir en el concepto de adecuación social (*Ibid.*, pp. 126 y ss). De semejante opinión ROXIN, *FS-Klug*, p. 310; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 151. Entienden, sin embargo, que se trata de algo más que de una mera interpretación en el sentido tradicional SCHAFFSTEIN, *ZStW* 72 (1960), pp. 375-377; MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 33-34; KLUG, *FS-Schmidt*, pp. 250-256; MORALES PRATS, *CPC*, 1988, p. 673; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social*, pp. 127 y ss.

¹²¹ Cfr., en este sentido, ROXIN, *FS-Klug*, pp. 310-313, quien sostiene que si se observan los casos tratados dentro de la adecuación social y se excluyen los que están relacionados propiamente con las causas de justificación, quedan sólo dos tipos de casos: los casos de riesgo permitido y los de acciones insignificantes o generalmente aceptadas. A su juicio, los primeros merecen ser tratados dentro del criterio de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado utilizado por la teoría de la imputación objetiva, mientras que los segundos se resolverían mediante una reducción teleológica del ámbito de protección del tipo. Lo entiende también así MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 153. Se muestra crítico, en cambio, con estos planteamiento, MIR PUIG, *PG*⁶, 19/48, n. 37, quien señala que la adecuación social puede seguir siendo un criterio delimitador del tipo aunque sistemáticamente se ubique en el marco de la teoría general de la imputación objetiva. Cfr., también, ESER, *FS-Roxin*, pp. 208-211; quien mantiene que la reducción teleológica del tipo propuesta por Roxin es insuficiente para acabar con la adecuación social porque carece de los criterios materiales con los que ésta cuenta para fundamentar la atipicidad de la conducta.

¹²² Así, HIRSCH, *ZStW* 74 (1962), pp. 95-96, poniendo como ejemplo la puesta en peligro de los marineros de un barco contrabandista. De la misma opinión, PREUB, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, p. 96, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, pp. 135-137; CUELLO CONTRERAS, *PG*³, pp. 572-573; CERESO MIR, *PG II*⁶, pp. 169-170, n. 47.

existiera entre ellos una mera relación de superposición. En la concepción mantenida inicialmente por WELZEL, por el contrario, se establece una plena relación entre el tipo penal y los órdenes éticos-sociales: la razón por la que las acciones socialmente adecuadas no están prohibidas es porque el tipo penal prohíbe la vulneración de órdenes ético-sociales. Desde ese punto de vista, la adecuación social no podría dejar de presentarse como una teoría general con la que interpretar el tipo y fundamentar el carácter típicamente permitido de la conducta; con independencia de que se viera concretada en otros criterios desarrollados también para delimitar el alcance del tipo.

Otra de las críticas que se han hecho a la teoría de la adecuación social se refiere a su carácter ambiguo e impreciso. Se ha dicho, efectivamente, que se trata de una especie de eslogan sin contenido claro, difícilmente determinable y de poca utilidad para la interpretación del tipo. Ello es criticado, sobre todo, porque podría conducir a una inseguridad en la interpretación de los tipos penales contraria al principio de legalidad¹²³. A este respecto, sin embargo, cabe hacer algunas observaciones: por una parte, que semejante grado de imprecisión podría predicarse de otros criterios utilizados para la delimitación del tipo, incluido el riesgo permitido¹²⁴; por otra parte, que nada impide que la adecuación social pueda ser concretada en otra serie de criterios más precisos, pues lo que pretende en última instancia es ofrecer una teoría general para la interpretación de los tipos penales en atención a la necesaria relación entre las normas penales y las valoraciones sociales; finalmente, que la adecuación social no hace referencia a una realidad social separada del Derecho, sino que incluye también las valoraciones que se desprenden de las propias normas jurídicas¹²⁵.

¹²³ ROXIN, *FS-Klug*, p. 304; HIRSCH, *ZStW* 74 (1962), pp. 134-135; ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, pp. 25-26; MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 61-62; RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, p. 263; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, p. 165; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 86; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, p. 133; CUELLO CONTRERAS, *PG*³, p. 572; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*⁵, p. 247.

¹²⁴ Cfr., en este sentido, SCHAFFSTEIN, *ZStW* 72 (1960), pp. 376-377; ESER, *FS-Roxin*, pp. 208-209. A juicio de último autor, cuando se apela simplemente a una interpretación teleológica del tipo no se obtiene una mayor seguridad jurídica, porque detrás de esa interpretación se encuentran necesariamente los mismos criterios materiales en los que se basa la teoría de la adecuación social.

¹²⁵ Cfr., en sentido parecido, MORALES PRATS, *CPC*, 1988, pp. 671-672, quien ante esta crítica relativa a la “incertidumbre dogmática e inseguridad jurídica” que implica la adecuación social, sostiene que ello sólo es así «en la medida en que se vincule a conceptos generales y prejurídicos

La crítica más importante que suele hacerse a la teoría de la adecuación social se centra en el especial énfasis puesto en la relación con las valoraciones sociales¹²⁶. A ello, como se indicado, ha contribuido el desarrollo experimentado por esta teoría dentro de la propia obra de WELZEL. Desde el momento en que la adecuación social pasaba a definirse como un ámbito *normal* de libertad de acción social, perdía su componente valorativo y permitía identificar lo socialmente adecuado con lo socialmente acostumbrado¹²⁷. La costumbre de conducir infringiendo el límite de velocidad, por ejemplo, podría llegar a verse como un caso de riesgo permitido. No obstante, eso era lo que pretendía evitar inicialmente WELZEL cuando insistía en el carácter valorativo y normativo de la adecuación social. Por eso, los autores que defienden esta teoría han explicado que no se trata de que la conducta sea normal, sino de que responda a un modelo de conducta socialmente reconocido¹²⁸. Aun así, se ha señalado que el carácter normativo que de esa forma se estaría atribuyendo a la adecuación social sería en todo caso independiente del ordenamiento jurídico y que, por tanto, podría ponerse en duda su verdadera relevancia jurídica¹²⁹. Si esa normatividad de carácter social no contara con una asunción unánime por parte de la sociedad, podría verse como

de acción», señalando que la adecuación social puede ser, sin embargo, un adecuado elemento del juicio de tipicidad si la valoración se realiza «desde la perspectiva del bien jurídico protegido», entendiendo que «el objeto jurídico de protección se asienta en una *red articulada de principios y valores* que es expresión del orden social y político definido en la Constitución» (con cursiva en el original). Cfr., sin embargo, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREE, *EPCr* V (1980-1981), p. 30, quienes critican también la vaguedad e imprecisión del concepto de adecuación social y entienden que el problema se encuentra precisamente en su carácter prejurídico e, incluso, ontológico.

¹²⁶ Así, por ejemplo, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 98-99, destacando la «distorsión producida por el componente ético-social». Cfr., también, RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, p. 265, quien tras criticar esa referencia al elemento social, explica que no se trata de «excluir *a priori* la existencia de un Derecho “extralegislativo”, sino de recordar que incluso en este caso se trata de Derecho y no de simple socialidad», lo que, en realidad, se corresponde con la relación entre Derecho y sociedad reconocida inicialmente por Welzel.

¹²⁷ Se critica, efectivamente, que con esa idea del riesgo ajustado al orden social se ha dejado de garantizar un interés de carácter general como el que se encontraba detrás del criterio de la utilidad o necesidad social, para proteger intereses particulares socialmente aprobados, intereses que difícilmente podrían ser aceptados en un consenso social. El ordenamiento jurídico se limita así a reproducir la realidad social. Cfr. SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 66-68.

¹²⁸ ZIPF, *ZStW* 82 (1970), pp. 633 y ss., p. 633; ESER, *FS-Roxin*, pp. 209-210 y 212.

¹²⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, pp. 321-322; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 74-75.

una ilegítima imposición de un sistema de valores que dejaría la delimitación entre lo lícito y lo ilícito en manos de una determinada visión política y social o de una determinada «moral social dominante»¹³⁰. Frente a esta crítica, sin embargo, hay que tener en cuenta que, con independencia de lo difícil que pueda ser interpretar esas valoraciones sociales al margen de su relación con el Derecho, no es cierto que la teoría de la adecuación social conduzca necesariamente a esa escisión¹³¹. La concepción originaria de la adecuación social responde a la idea de que los tipos penales no pretenden evitar toda lesión del bien jurídico, sino sólo aquella lesión que se produce infringiendo los órdenes ético-sociales establecidos. Dentro de esos órdenes ético-sociales es necesario atender a las distintas normas jurídicas y a la forma en que tales normas forman parte de la realidad social. Los usos o valoraciones sociales no se imponen a las normas jurídicas, sino que facilitan o concretan su interpretación, de manera que en ningún caso pueden contradecir los valores que se desprenden del ordenamiento jurídico. Debido a esa estrecha relación entre las normas jurídicas y las valoraciones sociales, tampoco se puede llegar a la conclusión de que la adecuación social debe reservarse para los casos en los que la actividad no está expresamente regulada por una normativa¹³².

Partiendo de la formulación originaria de la teoría de la adecuación social, puede decirse, en definitiva, que esta teoría no constituye un criterio de valoración independiente basado en la costumbre, sino una teoría general para delimitar el alcance del tipo y concretar el deber de cuidado en toda clase de conductas¹³³.

¹³⁰ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, pp. 327-328.

¹³¹ Reconoce esa relación MORALES PRATS, *CPC*, 1988, pp. 669-670, cuando ve en la adecuación social una «*expresión del orden político y social* definido en la Constitución» (con cursiva en el original). Destaca también el carácter jurídico de la adecuación social, MIR PUIG, *PG*⁶, 19/48, entendiendo que se trata de una forma de interpretar la norma penal que responde a las exigencias de un Derecho penal democrático que pretenda evitar contradicciones entre las valoraciones jurídicas y las valoraciones sociales.

¹³² Por esa razón podría criticarse la distinción realizada por ZIPF, *ZStW* 82 (1970), pp. 638 y ss., en función de que la coincidencia se produzca con normas de conducta jurídicamente establecidas (*rechtskonformes Verhalten*) o con normas de conducta socialmente reconocidas (*sozialadäquates Verhalten*), pues reproduce también esa misma escisión.

¹³³ De esta forma se podría decir que la conducta típica es una conducta socialmente inadecuada y que la conducta no típica es una conducta socialmente adecuada. A esa conclusión llegan también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT II*⁷, 43/39. Destaca también esa relación entre adecuación social y deber de cuidado, KRAUB, *ZStW* 76 (1964), pp. 47-48, para quien «socialmente adecuada es toda

Dicha teoría atribuye al ordenamiento jurídico una posición en el orden histórico-socialmente establecido y evidencia la interdependencia entre el Derecho y otros reguladores sociales¹³⁴.

2.3. *El riesgo permitido por legitimación histórica*

Lo dicho anteriormente sirve también para valorar la idea del riesgo permitido por legitimación histórica desarrollada por JAKOBS, pues se trata de un idea formulada para fundamentar el riesgo permitido que está estrechamente relacionada con el criterio de la adecuación social¹³⁵. JAKOBS reconoce que el fundamento último del riesgo permitido se encuentra en una ponderación de intereses, pero entiende que en la mayor parte de los riesgos que se consideran permitidos no es posible, realmente, apelar a un saldo coste-beneficio. Según JAKOBS, ello es así porque no existe un modelo de sociedad que pueda servir de referencia para determinar el riesgo permitido. A la hora de determinar, por ejemplo, la utilidad que comporta la parte no industrial del tráfico viario no es posible hacer una comparación con una sociedad ideal o imaginaria en la que no esté presente ese tipo de tráfico. Por eso, es necesario, a su juicio, reconocer que, junto al riesgo permitido por ponderación, existe un riesgo permitido por legitimación histórica, lo que significa que hay determinados riesgos que sobrevienen históricamente y que son aceptados como *socialmente adecuados*. Aclara JAKOBS, sin embargo, que no se trata propiamente de que la historia legitime los riesgos, sino de que el acuerdo existente sugiere que la cuestión

conducta que se corresponde con el cuidado objetivo exigido en el tráfico». En sentido parecido, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 39-41, quien sostiene que «sólo es contraria al cuidado objetivo la peligrosidad no adecuada socialmente»; y GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, p. 166, quien destaca la conexión e interdependencia entre la adecuación social, el riesgo permitido y la observancia del deber objetivo de cuidado. En sentido crítico, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, p. 135; y PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, pp. 328-330; afirmando que ello respondería a una concepción tautológica que haría inútil el criterio de la adecuación social como criterio de interpretación

¹³⁴ ZIPF, *ZStW* 82 (1970), pp. 653-654. De esta forma se consigue que las descripciones jurídico-formales se adapten a las transformaciones sociales y que, en general, no se produzcan contradicciones entre las valoraciones jurídicas y las valoraciones sociales. Cfr., también, ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social*, pp. 113-115; MIR PUIG, *PG*⁶, 19/48.

¹³⁵ Como reconoce el propio JAKOBS, en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, pp. 172-173; IDEM, *AT*², 7/37, n. 65). Sobre la relación entre el riesgo permitido por legitimación histórica y la teoría de la adecuación social vid., con más detalles, MARAVER GÓMEZ, *LH-Jakobs II*, pp. 209 y ss.

acerca de la legitimación fue ya resuelta con anterioridad¹³⁶. Los riesgos permitidos por legitimación histórica son, por tanto, aquellos en los que la valoración de la actividad ya viene dada por la sociedad. La sociedad va aceptando una serie de riesgos y estableciendo un determinado contexto normal de interacción. Con el reconocimiento de ese contexto normal de interacción, la sociedad se habría ido configurando a sí misma, de manera que cuestionarse la fundamentación de estos riesgos supondría también plantearse la fundamentación de la concreta configuración de la sociedad¹³⁷. Según JAKOBS, dado que no es posible plantearse esa fundamentación, ha de reconocerse que todos los riesgos inherentes a la configuración social son riesgos permitidos. No se niega que la sociedad pueda ir sufriendo transformaciones y que muchas de esas transformaciones se producen a través normas jurídicas, pero se entiende que la configuración social no parte originariamente del Derecho. El Derecho, dice JAKOBS, acompaña o perfila el proceso de configuración de la sociedad, pero «por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho»¹³⁸. Lo socialmente adecuado, concluye JAKOBS, «no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución»¹³⁹.

Esta fundamentación histórica del riesgo permitido coincide en gran medida, efectivamente, con la concepción originaria de la adecuación social. Desde una perspectiva iuspositivista se niega la posibilidad de fijar de antemano la valoración social que debe tener la actividad peligrosa para resultar jurídicamente permitida y se reconoce que lo importante es analizar los valores ético-sociales existentes en cada comunidad. No obstante, conforme a lo dicho anteriormente, es necesario hacer algunas puntualizaciones. En primer lugar, debe

¹³⁶ AT², 7/36, n. 63. Reconocen también una posible legitimación histórica del riesgo LÜBBE, *Dtsch. Z. Philos.* 43 (1995), n° 6, p. 961; IDEM, *Verantwortung*, pp. 191-193; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*⁵, p. 190; LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 227-231; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 280 y ss. En sentido parecido también MALAMUD GOTI, *DP*, 1978, pp. 738-742, quien señala igualmente que muchas veces es difícil justificar el riesgo permitido comparando la seguridad y los beneficios sociales y que, en realidad, lo que predomina es la normalidad de la situación; una normalidad entendida como conformidad con los cánones ético-sociales.

¹³⁷ *La imputación objetiva*, pp. 118-120.

¹³⁸ *La imputación objetiva*, p. 121.

¹³⁹ *La imputación objetiva*, p. 122.

quedar claro que el riesgo permitido históricamente legitimado se basa igualmente en una *ponderación* entre el desvalor del riesgo y el valor social de la actividad¹⁴⁰. En contra de lo que parece desprenderse de las afirmaciones de JAKOBS, no se trata propiamente de que existan riesgos permitidos por legitimación histórica y riesgos permitidos por ponderación. La legitimación histórica parte de una ponderación realizada por la sociedad, y los criterios que determinan esa ponderación no son distintos de los criterios que determinan la ponderación realizada por el legislador. Tanto en un caso como en otro, las razones o los criterios por los que es valorada positivamente la actividad peligrosa pueden ser de lo más variados. La diferencia se encontraría únicamente en el plano en el que se realiza la ponderación. Habría, en ese sentido, unos riesgos permitidos que resultan de una ponderación realizada en el plano social y otros que resultan de una ponderación realizada en el plano jurídico. En segundo lugar, sin embargo, también debe quedar claro que la valoración social de la actividad que se encuentra detrás del riesgo permitido por legitimación histórica no es una valoración que se imponga al ordenamiento jurídico. Ni la historia ni la sociedad legitiman el riesgo por sí mismas, sino que realizan una ponderación que es *asumida por el ordenamiento jurídico*. La legitimación histórica del riesgo, al presentarse como una particular forma de fundamentar el riesgo permitido, parece presuponer una clara delimitación entre las valoraciones sociales y las valoraciones jurídicas, como si la valoración jurídica se limitase a reproducir la valoración social. Ello debe ser matizado porque, como se ha visto, esa delimitación no es tan clara: ni las valoraciones sociales dejan de estar condicionadas por la interpretación de las normas jurídicas, ni las normas jurídicas pueden ser interpretadas sin atender a las valoraciones sociales¹⁴¹. La conducta siempre debe valorarse desde un punto de vista jurídico teniendo en cuenta las valoraciones que configuran la sociedad. El hacer referencia al riesgo permitido por legitimación histórica puede servir para poner de manifiesto la necesidad de

¹⁴⁰ LÜBBE, *Dtsch. Z. Philos.* 43 (1995), nº 6, p. 960; IDEM, *Verantwortung*, pp. 191-192.

¹⁴¹ Así, el propio JAKOBS (*La imputación objetiva*, p. 104) explica que no puede decirse que «todo aquello que sea más o menos habitual esté permitido; no se trata, por tanto, de equiparar el Derecho y el promedio de la realidad. No es la propia praxis, sino las normas que determinan la práctica las que conforman el riesgo permitido. Sin embargo, resulta evidente que con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica hacia una regulación más laxa o más estricta. El Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia».

tener en cuenta las valoraciones sociales, pero no debe verse como un tipo concreto de riesgo permitido. La relación entre las normas jurídicas y las valoraciones sociales existe en todo tipo de riesgo permitido. Por eso, sería más correcto decir que todo riesgo permitido es un riesgo permitido por legitimación histórica o que todo riesgo permitido es un riesgo socialmente adecuado¹⁴².

3. El riesgo permitido como criterio de imputación objetiva de la conducta

3.1. El riesgo permitido en sentido amplio

La adecuación social es un criterio general de interpretación del tipo del que se derivan todos los criterios de imputación objetiva¹⁴³. Toda conducta adecuada socialmente es una conducta atípica¹⁴⁴. El riesgo permitido puede verse como expresión o manifestación de la adecuación social que sirve para determinar la imputación o tipicidad de la conducta: la razón última por la que un riesgo está típicamente permitido es porque es socialmente adecuado¹⁴⁵. De ello se deduce que, al valorar la conducta peligrosa, no se puede partir de una ponderación en la que se fijen *a priori* y con carácter general las cualidades que debe tener la conducta peligrosa para resultar jurídicamente permitida. Lo importante no es definir el valor que debe tener la actividad, sino saber cuándo es efectivamente valorada, con independencia de las razones por las que se produce esa

¹⁴² Cfr., con más detalle, MARAVER GÓMEZ, *LH-Jakobs II*, pp. 209-213 y 232-235.

¹⁴³ Así, también, JAKOBS, *AT*², 7/4b.

¹⁴⁴ Puede decirse también que la conducta socialmente adecuada no defrauda las expectativas de conducta existentes hacia una persona en un determinado contexto de actuación, es decir, las expectativas que se corresponden con un determinado rol social. Cfr., en este sentido, GALLAS, *ZStW* 67 (1955), p. 4; KRAUß, *ZStW* 76 (1964), pp. 43-46; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 54-58. Cfr., también con respecto a la relación entre las expectativas ligadas al rol social y la posición de garante como criterio determinante del injusto, MAIHOFER, *FS-Rittler*, p. 144; JAKOBS, *AT*², 7/49 y ss.; OTTO, *AT*⁶, 9/31 y ss.

¹⁴⁵ Así, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 135-140, n. 193, quien, no obstante, prefiere hablar de riesgo permitido.

valoración¹⁴⁶. El riesgo permitido es, en este sentido, un criterio de carácter formal¹⁴⁷.

Eso no significa que no se pueda intentar identificar las distintas razones existentes y, a partir de las mismas, inferir criterios más o menos generales de interpretación o valoración que integren el criterio del riesgo permitido, pero habrá que tener presente que el punto de partida se encuentra en las valoraciones efectivamente reconocidas por el ordenamiento jurídico. Tales criterios, por tanto, no se pueden definir en función del concreto valor que tiene la actividad, sino sólo, o principalmente, en función de la forma en la que se reconoce su valoración: a partir de las *normas reguladoras* de una determinada actividad, de un *reconocimiento social* de la conducta compatible con el ordenamiento jurídico o de ciertos *principios generales* que inspiran el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el principio de autorresponsabilidad). Todo ello puede servir para interpretar el valor que se le reconoce a la conducta del sujeto a la hora de realizar la ponderación que se encuentra detrás del criterio del riesgo permitido. Cuando existen normas reguladoras de la actividad, cabe pensar que tales normas, en la medida en que reflejan una ponderación más o menos expresa por parte del ordenamiento jurídico, tienen un cierto efecto oclusivo sobre los principios generales, con independencia de que éstos puedan servir de complemento identificando materialmente otros aspectos más abstractos positivamente valorados por el ordenamiento jurídico, como puede ocurrir, por ejemplo, con el principio de autorresponsabilidad en relación con la delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad. Desde este punto de vista, dentro del criterio del

¹⁴⁶ Como dice JAKOBS (*La imputación objetiva*, p. 94) «la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a una sociedad concreta».

¹⁴⁷ Así lo destaca también MAIWALD, *FS-Jescheck I*, pp. 420-425, para quien, debido precisamente a ese carácter formal, el riesgo permitido difícilmente puede verse como una figura independiente, pues sólo sirve para reconocer que hay conductas peligrosas que no son desaprobadas en el plano de la tipicidad con independencia de que sean dolosas o imprudentes; constituye, en definitiva, un concepto centralizador de una estructura normativa múltiple a partir del cual es necesario acudir a categorías dogmáticas más concretas. Ese carácter formal existe aunque se haga referencia a la adecuación social como criterio fundamentador del riesgo permitido, pues las razones por las que la conducta resulta socialmente adecuada son igualmente diversas. Llama también la atención a este respecto KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko*, pp. 9-10; quien sostiene que tanto el riesgo permitido como la adecuación social se definen por el deseo de aportar una solución pero no por el método con el que obtener esa solución. Cfr., en este mismo sentido, MECKEL, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 47-51.

riesgo permitido como criterio general de imputación objetiva podrían incluirse distintos criterios de imputación como el relativo a la interpretación de las normas reguladoras de una actividad o el principio de autorresponsabilidad.

Teniendo en cuenta que, tradicionalmente, el criterio relativo a la interpretación de las normas reguladoras de una actividad peligrosa se presenta bajo el rótulo de «riesgo permitido», puede resultar conveniente diferenciar entre un *riesgo permitido en sentido amplio*, entendido como el conjunto de criterios necesarios para determinar el carácter típicamente desaprobado de la conducta peligrosa, y un *riesgo permitido en sentido estricto*, entendido como un particular criterio de imputación utilizado para la valorar las conductas peligrosas realizadas en el marco de una determinada normativa.

3.2. *El riesgo permitido en sentido estricto*

Una de las mejores maneras de saber si la conducta peligrosa se encuentra amparada por el riesgo permitido –y no resulta, por tanto, típicamente desaprobada– es comprobar si cumple con la normativa existente. Es frecuente que las actividades peligrosas cuenten con una normativa reguladora que establezca las condiciones bajo las cuales está permitido realizar una conducta peligrosa, y esa normativa, en la medida en que resuelve de manera expresa la ponderación que sirve para interpretar el valor de la conducta, puede tomarse directamente como referencia.

Pueden presentarse algunos problemas cuando las normas reguladoras de la actividad no tienen carácter jurídico y, simplemente, se corresponden con las llamadas reglas técnicas o reglas del tráfico, entre las que se incluyen, por ejemplo, las reglas de la *lex artis* en la actividad médica. En tal caso, pueden cuestionarse los verdaderos intereses perseguidos por esas normas o pueden considerarse insuficientes los parámetros adoptados¹⁴⁸. En atención a lo dicho anteriormente en relación con el fundamento del riesgo permitido en sentido

¹⁴⁸ LENCKNER, *FS-Engisch*, pp. 495-498; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 50-54; SCHÜNEMANN, *FS-Lackner*, pp. 375 y ss; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 186-195; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 330.

amplio, la posibilidad de tomar como referencia estas reglas dependerá de que se encuentren jurídica o socialmente reconocidas¹⁴⁹. Si, de acuerdo con una interpretación general del ordenamiento y de la sociedad, tales reglas son reconocidas como válidas, pueden servir perfectamente para valorar si la conducta se encuentra dentro del riesgo permitido¹⁵⁰.

Aunque la doctrina suele decir que las normas reguladoras de la actividad no pueden ser totalmente determinantes¹⁵¹, cabe pensar que ello sólo se debe a que, en ocasiones, es necesario llevar a cabo a una labor de concreción¹⁵². Por lo general, las normas reguladoras de la actividad son resultado de una ponderación abstracta en la que no se pueden definir todos los supuestos bajo los cuales la conducta resulta permitida. De lo que se trata, por tanto, es de averiguar hasta qué punto la conducta analizada en el caso concreto se incluye entre los supuestos permitidos por esas normas reguladoras, para lo cual resulta necesario realizar una interpretación teleológica del sentido o finalidad de tales normas¹⁵³. Así, por ejemplo, si el encargado de una montaña rusa ha llevado a cabo la revisión y puesta a punto estipulada y, sin embargo, se produce un fallo técnico que provoca

¹⁴⁹ Cfr., en este mismo sentido, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 101-114. Aunque este autor llama la atención sobre la insuficiente naturaleza jurídica de estas regulaciones y advierte de la necesidad de someterlas a una ponderación independiente para ver si resultan adecuadas, termina reconociendo que son regulaciones funcionalmente equivalentes a las normas estatales desde el momento en que son generalmente aceptadas en atención a los procesos seguidos para su aprobación o a la confianza que generan cuando responden a una ética especial como la que caracteriza a la actividad médica. El Derecho penal, dice este autor, no puede realizar su propia ponderación porque no puede ignorar las normas de conducta existentes; que esas normas de conducta del orden primario puedan resultar insuficientes no significa que el Derecho penal, como orden secundario, deba corregir esas normas, sino solamente que hay que cambiar el orden primario.

¹⁵⁰ Cuando ese reconocimiento existe de acuerdo con una interpretación general del ordenamiento y de las valoraciones sociales, la regulación sigue siendo determinante para la aceptación del riesgo permitido. No se puede someter esa regulación a una ponderación de intereses que no atienda al efectivo reconocimiento de esa regulación. No se comparten aquí, por tanto, tesis como las de LENCKNER, *FS-Engisch*, pp. 500-501, que acaban sometiendo estas regulaciones a una ponderación independiente.

¹⁵¹ BINDING, *Die Normen*, IV, p. 447; ENGISCH, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 360 y ss., BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 45-46; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 582; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 15, n. m. 135; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 178-180.

¹⁵² Son criticables, en ese sentido, las tesis de REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, pp. 218-224, y MECKEL, *Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 73-80, por limitar de manera considerable la importancia de las normas especiales.

¹⁵³ BOHNERT, *JR*, 1982, pp. 6 y ss., pp. 9-11.

un accidente, puede decirse que el hecho de poner en funcionamiento la montaña rusa constituye una conducta peligrosa que se encuentra cubierta por el riesgo permitido. Distinto puede ser el caso, sin embargo, cuando el encargado, aun habiendo realizado la revisión, no suspende la actividad ante las circunstancias meteorológicas adversas o permite la entrada a una persona que, dada su poca estatura, no puede ser bien sujetada. En estos últimos casos, el cumplimiento de la norma puede no resultar determinante si se llega a la conclusión de que el riesgo producido es distinto del riesgo que se pretendía evitar con dicha norma¹⁵⁴.

III. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El principio de autorresponsabilidad, como se vio en su momento, conduce a una delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad. En concreto, este principio significa que, por regla general, los sujetos no son penalmente responsables de aquello de lo que es responsable un tercero; es decir, no responden de los riesgos o resultados condicionados por la actuación incorrecta de un tercero. Ello, sin embargo, como se indicó también en su momento, no obedece a una imposibilidad absoluta de establecer una relación causal o ideal entre su conducta y el resultado lesivo, sino que resulta de consideraciones axiológicas que se desprenden del propio ordenamiento jurídico. Se reconoce la importancia de delimitar de esta forma el ámbito de responsabilidad de los sujetos porque se entiende que en un ordenamiento jurídico de carácter liberal, basado en la máxima *neminem laedere*, se hace necesario delimitar el propio ámbito de actuación y se puede dejar fuera de ese ámbito lo que se encuentra en el ámbito de actuación de un tercero. Se advierte, en definitiva, un interés jurídicamente reconocido en delimitar negativamente los ámbitos de responsabilidad. Desde este punto de vista, puede decirse que el principio de autorresponsabilidad es un principio que ofrece un punto de referencia para resolver la ponderación que se encuentra detrás

¹⁵⁴ Problemas de este tipo son los que puede presentar la falta de concreción de la norma reguladora de la actividad peligrosa. Son casos en los que el cumplimiento de la norma no es suficiente para excluir la responsabilidad. Cuando, en cambio, lo que sucede es que se incumple la norma jurídica, los problemas son distintos. Las situaciones especiales del caso concreto pueden suponer que la acción esté justificada, pero por lo general no dejan de ser conductas típicas. La excepción se produce sólo en aquellos casos en los que la prohibición guarda relación con un diferente tipo de riesgo. Cfr. JAKOBS, AT, 7/43.

del criterio del riesgo permitido en sentido amplio, contribuyendo así a realizar el juicio de imputación objetiva y a determinar el carácter típicamente desaprobado de la conducta.

Al explicar la forma de operar del principio de autorresponsabilidad, se veía que este principio puede tener un doble alcance y fundamentar dos particulares criterios de imputación: por un parte, la prohibición de regreso y, por otra parte, el principio de confianza. Ambos criterios sirven para determinar el riesgo permitido y valorar la relevancia típica de la conducta, pero lo hacen de diferente modo y con diferente grado de intensidad. En lo que sigue, se procederá a explicar cómo la prohibición de regreso sirve para descartar por completo la relevancia típica de la conducta delimitando el alcance de la posición de garante (*infra* 1) y cómo el principio de confianza sirve para descartar de manera indiciaria la relevancia típica de la conducta definiendo en abstracto el contenido del deber de cuidado (*infra* 2). Posteriormente, se analizará el criterio de la imputación a la víctima para destacar las particularidades que, con respecto a la prohibición de regreso y al principio de confianza, pueden presentar los casos en los que el tercero es el titular del bien jurídico amenazado (*infra* 3). Por último, se explicará la forma en la que el principio de autorresponsabilidad puede ser utilizado desde una perspectiva *ex post* para valorar la relación entre el riesgo típicamente desaprobado y el resultado lesivo (*infra* 4).

1. La prohibición de regreso como criterio de imputación objetiva

1.1. Posición de garante y prohibición de regreso

Para comprender el papel que la prohibición de regreso, en la forma en la que aquí se ha venido interpretando, puede desempeñar en la teoría de la imputación objetiva, se debe adoptar como punto de partida la propuesta de JAKOBS relativa a la necesidad de exigir una *posición de garante* en todos los delitos de resultado, con independencia de que sean activos u omisivos. La idea que se encuentra detrás de esta propuesta es que de igual modo que en los delitos omisivos, más allá de la previsibilidad y evitabilidad del resultado, se exige una posición de garante, puede pensarse que también en los delitos activos debe

reconocerse la necesidad de comprobar que el sujeto, además de realizar una conducta adecuada o peligrosa, ostenta una especial relación con el riesgo¹⁵⁵. Se llega así a la conclusión de que en los delitos de resultado, para poder afirmar que el sujeto ha realizado la conducta típica, es necesario comprobar que el sujeto ostenta una posición de garante y mantiene, por tanto, una relación de competencia o de especial vinculación con el riesgo¹⁵⁶. Desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, esto significa que aunque la conducta del sujeto pueda considerarse adecuada o peligrosa con respecto a un determinado resultado típico, si el sujeto no ostenta una posición de garante, su conducta quedará dentro del riesgo permitido y no resultará típicamente desaprobada. La constatación de la existencia de una *posición de garante* representaría, en este sentido, un primer criterio de imputación objetiva destinado a concretar el alcance del riesgo permitido en sentido amplio¹⁵⁷.

Este criterio de imputación puede fundamentarse en la máxima *nemimen laedere* y en la distinción que los ordenamientos jurídicos liberales establecen entre los delitos consistentes en la producción de un resultado lesivo y los delitos consistentes en la no evitación de un resultado lesivo. El Código Penal español, por ejemplo, establece una clara distinción entre matar (delito de homicidio: arts. 138 y 142) y no evitar la muerte (delito de omisión del deber de socorro: art. 195). La plena responsabilidad por la muerte de un tercero sólo se produce cuando se mata de manera activa o cuando no se evita la muerte infringiendo un «especial deber jurídico» (art. 11) u ostentando una «posición de garante». Con ello, se reconoce un particular criterio de imputación o valoración para los delitos omisivos cuya existencia se puede plantear también en los delitos activos en la medida en que se ponga en duda que toda conducta activa implica necesariamente una situación semejante a la que representa ese especial deber jurídico o esa posición de garante.

¹⁵⁵ Cfr. JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 1-3 y 29-30.

¹⁵⁶ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 156-160.

¹⁵⁷ Cfr., en sentido parecido, JAKOBS, *AT*², 7/56 y ss., quien lo reconoce expresamente como criterio de imputación objetiva en todos los delitos de resultado.

El reconocimiento de este criterio de imputación es importante, efectivamente, ya no sólo porque propone someter a las conductas activas y omisivas a una mismo método de análisis, sino también porque permite llamar la atención sobre la existencia de ciertas conductas activas que, aun siendo adecuadas o peligrosas, en la medida en que son realizadas por quien no ostenta una posición de garante, sólo son típicamente relevantes para un posible delito de omisión pura como el delito de omisión de socorro¹⁵⁸. Es el caso, por ejemplo, de las llamadas *acciones neutrales*, que constituyen el campo de aplicación del criterio que JAKOBS denomina «prohibición de regreso». Son comportamientos de carácter estereotipado que no merecen una desaprobación típica basada en la producción del resultado, porque el sujeto no ostenta una posición de garante o no guarda una especial vinculación con el curso lesivo. Así, por ejemplo, en casos como el del deudor que entrega dinero a su acreedor o en el encargado de una ferretería que vende un destornillador¹⁵⁹. En principio, con independencia de que sea previsible –o incluso seguro– que el acreedor o el comprador aprovecharán la conducta del primer sujeto para cometer un hecho lesivo, puede pensarse que esa conducta inicial no guarda especial relación con lo sucedido y sólo puede dar lugar, en su caso, a un delito de omisión pura como el delito de omisión del deber de socorro¹⁶⁰.

A pesar de lo difícil que pueda resultar en cada caso concreto llegar a una conclusión en este sentido, lo importante es reconocer que, en atención a la relación con el riesgo, algunas conductas activas pueden equipararse a las conductas puramente omisivas y que, por tanto, en el juicio de imputación destinado a reconocer la responsabilidad por un determinado resultado lesivo es necesario empezar analizando la existencia de una *posición de garante*. La exigencia de una posición de garante hace alusión a la necesidad de reconocer alguna especial relación del sujeto con el suceso lesivo, bien de carácter negativo

¹⁵⁸ Cfr. JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 30; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 132-138 y 156-160.

¹⁵⁹ También se pueden incluir los casos de omisión por comisión en los que el sujeto, sin ostentar una posición de garante. Cfr. JAKOBS, *AT*², 7/69.

¹⁶⁰ Cfr. JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 20 y ss; IDEM, *AT*², 7/56 y ss; IDEM, *La imputación objetiva*, p. 157.

(por su relación con el riesgo), bien de carácter positivo (por su relación con el bien jurídico).

A partir de estas consideraciones, puede afirmarse que la *prohibición de regreso*, en la forma en la que aquí se ha venido interpretando, constituye también un criterio de imputación o valoración de la conducta. En la medida en que la prohibición de regreso, de acuerdo con los requisitos ya señalados, permite delimitar negativamente la posición de garante, sirve también para concretar el alcance del riesgo permitido en sentido amplio y determinar el carácter típicamente desaprobado de la conducta. Este criterio, no obstante, difiere del que utiliza JAKOBS bajo esta misma denominación porque se centra de manera específica en la particular condición de los terceros como sujetos responsables y en la posibilidad de establecer, como regla general, una delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad.

Este criterio de imputación que ofrece la prohibición de regreso se fundamenta, como se ha visto, en el principio de autorresponsabilidad, un principio que, tomando como referencia la máxima *neminem laedere*, refleja el interés en identificar un propio ámbito de actuación y que, a partir de ahí, permite delimitar el alcance de la responsabilidad del sujeto dejando fuera lo que es responsabilidad de un tercero. En el caso de la prohibición de regreso, ello se traduce, concretamente, en una delimitación de la posición de garante, estableciendo que, por regla general, la relación del sujeto con el riesgo sólo se mantiene hasta el momento en el que el riesgo atraviesa el ámbito de responsabilidad de un tercero. Es la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno la que sirve para interpretar el alcance de la posición de garante y la que, en ese sentido, justifica la particularidad de este criterio de imputación frente a cualquier otro criterio que contribuya igualmente a determinar el alcance de la posición de garante. A diferencia de lo que ocurre en las acciones neutrales, la atención no se centra solamente en la conducta del sujeto, sino también en su relación negativa con la conducta del tercero. A efectos prácticos, la distinción es relevante porque cuando se establece una prohibición de regreso el sujeto mantiene una inicial relación con el riesgo que, en su caso, puede llegar a fundamentar una imputación indirecta a título de partícipe, algo que no sucede

cuando se considera que la conducta tiene carácter neutral y que, por tanto, desde un principio no tiene otra relevancia típica que la relativa a un posible delito de omisión pura.

1.2. *Prohibición de regreso y relación de autoría*

La prohibición de regreso excluye la imputación a título de autor. Si se hace esta puntualización no es porque el resto de criterios de imputación no sirvan igualmente para excluir la imputación a título de autor, sino porque es precisamente la prohibición de regreso la que impide que el partícipe pueda llegar a ser considerado autor. La diferencia entre quienes son autores y quienes, al no serlo, sólo pueden responder como partícipes se encuentra en la posición de garante o en la competencia frente el riesgo. Los autores son garantes o competentes del riesgo de manera directa y los partícipes sólo son garantes o competentes del riesgo de manera indirecta en la medida en que se les pueda imputar la conducta de un tercero responsable que, siendo garante, puede llegar a ser considerado autor. La autoría denota, en definitiva, una especial relación con el riesgo, y esa relación es la que se ve alterada con el establecimiento de una prohibición de regreso. Los demás criterios de imputación no afectan a la distinción entre autores y partícipes porque presuponen una posición de garante y sólo descartan la relevancia típica de la conducta de quienes pueden ser autores. En el caso de las acciones neutrales, lo que ocurre es que la misma razón que lleva a excluir la posición de garante y la imputación a título de autor sirve también para excluir la posible imputación a título de partícipe. Es, propiamente, la prohibición de regreso la que marca, por tanto, la diferencia entre autores y partícipes, algo que ya habían apuntado los defensores de la teoría de la interrupción del nexo causal, que posteriormente confirmó FRANK y que, en los últimos años, han vuelto a destacar algunos de los principales representantes de la teoría de la prohibición de regreso. Al presentarse la prohibición de regreso como criterio de imputación, se viene a poner de manifiesto, en última instancia, que es también en el marco de la teoría de la imputación objetiva donde debe abordarse la distinción entre autores y partícipes. Ello, además, haciendo ver que este criterio no puede presentarse como un criterio añadido que sólo opera una vez realizado el juicio de imputación objetiva. Se trata de evidenciar que el partícipe

no es simplemente un sujeto al que se le imputa el suceso con menor grado de responsabilidad o sin poder reconocerle la condición de autor, sino un sujeto sobre el que, desde un primer momento, la imputación debe realizarse de manera distinta, tomando como referencia no ya directamente el curso lesivo, sino la conducta del tercero responsable que contribuye a la producción del resultado lesivo. Ello está en consonancia con un concepto restrictivo de autor en el que, además de subrayarse la diferencia cualitativa entre la responsabilidad de los autores y la de los partícipes, se incide en el carácter accesorio de la responsabilidad de estos últimos, reconociendo que su relación con el hecho típico sólo se produce a través de la figura del autor. En este sentido, se llega a la conclusión de que la accesoriedad sirve no sólo para *limitar*, sino también para *fundamentar* la responsabilidad de los partícipes.

El juicio de imputación objetiva debe comenzar, por tanto, analizando la existencia de una posición de garante o de una relación de competencia frente al riesgo que conduce o puede conducir a la producción del resultado típico. Cuando, junto al sujeto, está presente un tercero responsable, puede utilizarse la prohibición de regreso para delimitar negativamente la posición de garante y excluir por completo la imputación del suceso a título de autor. A partir de ahí, una vez descartada la imputación, se deberá realizar un examen complementario, basado en la accesoriedad, para saber si al sujeto se le puede imputar el suceso a título de partícipe, lo que exige que se le pueda imputar la conducta del tercero responsable según los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y conforme a las normas de la Parte General que regulan las formas de participación, que se presentan, en este sentido, como normas que *extienden* la responsabilidad penal a quienes no son autores, tal y como se definen cuando se parte de un concepto restrictivo de autor.

1.3. *El carácter objetivo de la prohibición de regreso*

El criterio de la prohibición de regreso es un criterio objetivo que se deduce únicamente de la relación negativa que se establece frente a los terceros responsables y que no depende de la representación subjetiva de los distintos intervinientes. Desde luego, como se explicó al tratar la figura del riesgo, a la hora

de definir la conducta del sujeto que va a ser objeto de valoración, deben tenerse en cuenta los conocimientos del sujeto, pero eso no significa que la prohibición de regreso se vea condicionada por la interpretación del sujeto acerca del significado de su conducta. Dado que se trata de valorar la conducta, es necesario partir de una perspectiva *ex ante* y tener presentes los conocimientos del sujeto, pero es irrelevante que éste se represente o incluso pretenda la producción del resultado lesivo. A este respecto, la prohibición de regreso no presenta ninguna particularidad frente a cualquier otro criterio de imputación objetiva. La valoración de la conducta se realiza siempre de manera objetiva, y si la valoración depende, en este caso, de la relación negativa con el ámbito de responsabilidad de un tercero, desde el momento en que se pueda reconocer esa relación negativa deberá establecerse la prohibición de regreso, con independencia de que el sujeto sea plenamente consciente de que el tercero actuará incorrectamente y contribuirá con ello a la producción del resultado típico.

No hay problema, por tanto, para afirmar que la prohibición de regreso es un criterio objetivo que puede integrarse dentro de los criterios de imputación objetiva que contribuyen a concretar el alcance del riesgo permitido en sentido amplio y a determinar la relevancia típica de la conducta. En tanto que la prohibición de regreso tiene este carácter objetivo y no depende del carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto, puede decirse también que es un criterio que permite valorar la relación de autoría conforme a un concepto restrictivo de autor válido igualmente para los delitos dolosos y para los delitos imprudentes.

2. El principio de confianza como criterio de imputación objetiva

2.1. Deber de cuidado y principio de confianza

Para llegar a la conclusión de que una conducta resulta típica, no basta con comprobar que el sujeto que realiza esa conducta ostenta una posición de garante –y que, por tanto, el riesgo al que está ligado esa conducta puede ser considerado de su competencia o incumbencia–, sino que es necesario, además, que la conducta suponga la infracción de un deber de cuidado. Hay que analizar si el

sujeto mantiene el riesgo del que es competente dentro de los límites jurídicamente establecidos. Para llevar a cabo ese análisis, se puede partir de las normas que regulan la actividad en la que el sujeto realiza su conducta. Por lo general, el propio hecho de que exista una normativa aplicable a la conducta demuestra que el sujeto guarda una especial relación con el riesgo y ostenta, por tanto, una posición de garante, pues difícilmente podrá considerarse que su conducta es jurídicamente neutral cuando incumple una norma, y aunque haya casos en los que, a pesar de la norma, puede establecerse una prohibición de regreso para delimitar la posición de garante (como, por ejemplo, cuando se vende ilegalmente un arma a un tercero), lo más frecuente es que las actividades que cuentan con una especial regulación sean actividades en las que los sujetos intervinientes comparten la competencia por el riesgo y mantienen una relación de coautoría, tal y como ocurre, por ejemplo, en el tráfico viario, en la actividad médica o en seno de una empresa. En este sentido, puede decirse que es una vez reconocida la existencia de una posición de garante cuando adquiere mayor importancia el criterio del riesgo permitido en sentido estricto.

Para determinar el alcance del riesgo permitido, a la hora de interpretar las normas o las pautas de conducta socialmente reconocidas, el principio de confianza puede operar como criterio complementario. La delimitación negativa del ámbito de responsabilidad que se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad puede servir, efectivamente, ya no sólo para delimitar la posición de garante o la general relación con el riesgo, sino también para delimitar el deber de cuidado o los límites bajo los cuales la gestión del riesgo puede considerarse permitida. Es aquí donde entra en juego el principio de confianza, un principio que, como manifestación del principio de autorresponsabilidad, permite al sujeto, por regla general, no tener que cuidar de la conducta de los terceros. Este principio puede servir de complemento al criterio del riesgo permitido en sentido estricto porque precisa el alcance de la norma de cuidado tomando como referencia las normas de cuidado dirigidas a terceras personas responsables. En ello radica su particularidad como criterio de imputación. Las principales limitaciones con las que cuenta la posibilidad de confiar, más allá de las relativas al carácter irresponsable de la persona o la conducta del tercero, se producen precisamente cuando las propias normas reguladoras de la actividad se definen en

relación con la conducta de los terceros imponiendo medidas de doble aseguramiento o deberes especiales de cuidado. En todo caso, en tanto que no pueda realizarse una interpretación en ese sentido de las normas reguladoras de la actividad, el principio de confianza permite afirmar que, por regla general, el alcance de la norma de cuidado se ve limitado por las normas de cuidado que afectan a los terceros; algo que resulta de gran utilidad cuando el deber de cuidado del sujeto no aparece definido con suficiente grado de detalle o cuando, directamente, no existe una regulación expresa que pueda servir de referencia. En este último caso, el principio de confianza puede complementar la interpretación de la valoración social de la conducta o incluso puede llegar a definir por sí mismo el deber de cuidado en atención exclusivamente a los deberes de los terceros.

2.2. El riesgo permitido y el principio de confianza como criterios indiciarios

Las normas reguladoras de la actividad, si bien constituyen un especial punto de referencia para determinar el deber de cuidado, no resultan del todo determinantes porque requieren una labor de concreción. Es necesario interpretar tales normas para comprender el sentido de la valoración o ponderación que les sirve de fundamento y para determinar, a partir de ahí, si la conducta realizada en el caso concreto se encuentra permitida. Si en el caso concreto se producen circunstancias que no han sido tenidas en cuenta en la abstracta configuración de esas normas, puede ocurrir que la conducta no quede dentro de los límites del riesgo permitido. Así, por ejemplo, las circunstancias meteorológicas adversas presentes en el caso concreto pueden obligar a concretar la norma que prescribe las medidas de seguridad que deben adoptarse para poner en marcha una montaña rusa. Igualmente, la existencia de obras en la calzada o la presencia de niños pequeños jugando en las proximidades de una carretera puede obligar a concretar la norma que establece los límites de velocidad que debe observar un conductor. Algo parecido sucede cuando no existen normas reguladoras de la actividad y es necesario atender a la valoración o reconocimiento social de la actividad. En general, puede estar permitido dejar a los hijos ir solos al colegio, pero si hay circunstancias especiales que aumentan los riesgos que los niños pueden encontrarse en el camino, la valoración de la conducta de los padres puede ser

distinta. Las diferentes manifestaciones que puede tener el riesgo en función de las circunstancias existentes en el caso concreto condicionan el deber de cuidado de quien ostenta una posición de garante.

La misma situación se produce cuando, al determinar la norma de cuidado, se utiliza el principio de confianza como criterio complementario. El principio de confianza es un criterio de valoración que presenta igualmente un carácter abstracto e indiciario. Destaca la importancia que tiene la delimitación de los ámbitos de responsabilidad en la ponderación de intereses que sirve de base a la determinación de la norma de cuidado, pero admite la posibilidad de que las circunstancias del caso concreto alteren los términos de la ponderación. Aunque, mediante el general reconocimiento de una división de tareas, se le permite al sujeto actuar sin contar con la posible conducta incorrecta de los terceros, cuando las circunstancias del caso concreto impiden valorar positivamente esa división de tareas, se le obliga a controlar las manifestaciones del riesgo que puedan derivarse de esa posible conducta incorrecta de los terceros. Al ostentar una posición de garante y mantener una especial relación con el riesgo, el sujeto se ve obligado a cuidar de aquellas manifestaciones del riesgo que no están cubiertas por la valoración inicial. Dado que la valoración inicial sólo tiene en cuenta la posibilidad en abstracto de que el tercero se comporte incorrectamente, no estarán cubiertas aquellas manifestaciones del riesgo que se producen cuando es evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente. El conductor, por ejemplo, puede confiar en que los peatones adultos no invadan repentinamente la calzada, pero si en el caso concreto se observa la presencia de un peatón despistado que se acerca a la calzada, decae esa posibilidad. Esta es, como se veía al explicar los presupuestos de aplicación del principio de confianza, la limitación más importante con la que cuenta la posibilidad de confiar. Por eso, puede decirse que el principio de confianza es un criterio de imputación que, aun fundamentándose en el principio de autorresponsabilidad, tiene un alcance distinto al criterio de la prohibición de regreso, pues sólo sirve para descartar la relevancia típica de la conducta de manera indiciaria a partir de una abstracta definición de la norma de cuidado.

En este último aspecto, el principio de confianza no presenta ninguna particularidad con respecto al criterio del riesgo permitido en sentido estricto. Ambos son criterios que requieren un proceso de concreción para determinar la relevancia típica de la conducta. Es importante llamar la atención sobre ello para comprender que la posibilidad de definir el principio de confianza como criterio de imputación objetiva no presenta especiales dificultades.

2.3. *El carácter objetivo del principio de confianza*

El hecho de que la aplicación del principio de confianza pueda depender de que el sujeto se represente o no la conducta incorrecta del tercero no impide que este criterio tenga un carácter esencialmente objetivo. A este respecto, el principio de confianza no presenta ninguna diferencia en comparación con el criterio del riesgo permitido. Ambos criterios, al igual que cualquier otro criterio de imputación objetiva, suponen una valoración de la conducta, realizada desde una perspectiva *ex ante*, en la que necesariamente se tienen en cuenta los conocimientos del sujeto. Se trata de saber, en todo caso, si en atención al contexto de actuación definido con los conocimientos del sujeto, la conducta resulta jurídicamente valorada o permitida. Esa valoración de la conducta, sin embargo, se produce siempre de manera objetiva, con independencia de cuál sea la valoración del sujeto. Si lo que se representa el sujeto es o no relevante se determina de manera objetiva, y en la valoración realizada con los criterios del riesgo permitido y del principio de confianza se reconoce la relevancia de esa representación cuando afecta a aspectos concretos que no se han tenido en cuenta en la abstracta ponderación inicial. Así, si el conductor se representa que hay obras en la calzada, la conducta puede estar desaprobada a pesar de la norma que establece el límite de velocidad, y si el conductor se representa que un peatón embriagado va a introducirse en la calzada o si el médico se representa que su ayudante está despistado, la conducta puede estar desaprobada a pesar de la delimitación inicial de los ámbitos de responsabilidad. Aunque la conducta se defina de manera distinta en función de las concretas circunstancias del caso, la valoración siempre se realiza conforme criterios de carácter objetivo. Es irrelevante, en este sentido, que el sujeto se represente claramente el riesgo de su conducta y actúe de manera dolosa. Lo que hace que decaiga la posibilidad de

confiar no es el carácter doloso de la conducta, sino la existencia de circunstancias que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero. Aunque el sujeto se represente o persiga la producción del resultado típico, puede decirse que, en tanto que no haya circunstancias que limiten la aplicación del principio de confianza, su conducta seguirá estando cubierta por el riesgo permitido y no será típicamente desaprobada. Piénsese, por ejemplo, en el conductor que, con intención de atropellar a alguien, circula todos los días por un sitio en el que sabe que los peatones acostumbran a cruzar incorrectamente. Si no hay circunstancias en el caso concreto que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero, no se descarta la posibilidad de aplicar el principio de confianza, con independencia de la finalidad o representación del autor acerca de la posible producción del resultado típico. No es el carácter doloso o imprudente de la conducta lo que condiciona, por tanto, la aplicación del principio de confianza. Lógicamente, lo normal es que las conductas dolosas se produzcan cuando existen circunstancias que hacen evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente, pero eso no significa que sea el carácter doloso de la conducta lo que excluye la aplicación del principio de confianza, pues primero hay que saber si la conducta resulta objetivamente desaprobada, y aunque se tengan en cuenta los conocimientos del sujeto, hay que determinar qué es aquello que debe conocer el sujeto para que la conducta pueda considerarse desaprobada. Lo mismo sucede con respecto al criterio del riesgo permitido en sentido estricto: aunque lo normal es que las conductas dolosas se produzcan en situaciones en las que no se dan las circunstancias para considerar que la conducta se encuentra objetivamente permitida, no puede decirse que sea el carácter doloso de la conducta lo que impide que ésta se encuentre amparada por el riesgo permitido. Si el sujeto se representa o persigue la producción del resultado típico, pero actúa cumpliendo con una normativa existente, sin que se den circunstancias especiales que alteren la valoración que se deduce de esa normativa, la conducta se encontrará dentro de los límites del riesgo permitido y no resultará típicamente desaprobada. Ni el principio de confianza ni el riesgo permitido en sentido estricto se ven condicionados por el carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto.

El principio de confianza constituye, en definitiva, un criterio de imputación tan objetivo como el criterio del riesgo permitido o como cualquier

otro criterio destinado a concretar el alcance del riesgo permitido y determinar la relevancia típica de la conducta. No presenta, por tanto, ningún problema para incluirse dentro de los criterios de imputación objetiva de la conducta.

3. Principio de autorresponsabilidad y conducta de la víctima

Procede ahora analizar la relación existente entre estos criterios de imputación derivados del principio de autorresponsabilidad y aquellos otros que se centran de manera específica en la figura de la víctima. Es importante analizar esa relación para saber hasta qué punto la aplicación de los criterios basados en el principio de autorresponsabilidad puede verse afectada por la particular condición del tercero como titular del bien jurídico amenazado. Para ello, conviene recordar cuáles son los distintos criterios que se han venido desarrollando en torno a la figura de la víctima (*infra* 3.1) y, a partir de ahí, intentar identificar la razón por la que la intervención de la víctima puede merecer un tratamiento diferenciado con respecto a la intervención de otra persona (*infra* 3.2). Una vez reconocido un criterio de imputación específicamente referido a la intervención de la víctima, se deberá valorar si ese criterio transforma la aplicación del principio de autorresponsabilidad o simplemente sirve de complemento, tanto en lo que se refiere a la delimitación de la posición de garante y a la aplicación de la prohibición de regreso (*infra* 3.3), como en lo que se refiere a la delimitación del deber de cuidado y a la aplicación del principio de confianza (*infra* 3.4).

3.1. Criterios de valoración relacionados con la intervención de la víctima

Inicialmente, los criterios utilizados para destacar la especial relevancia que puede tener la intervención de los terceros en el momento de valorar la responsabilidad penal de un sujeto por un determinado resultado lesivo no establecían ninguna diferenciación en atención a la condición del tercero como titular del bien jurídico amenazado. Desde el punto de vista de la causalidad o de la originaria teoría de la imputación, la posibilidad de interrumpir la relación de la conducta con el resultado lesivo se valoraba con independencia de que esa relación estuviera mediada por la intervención de un tercero o de la propia víctima. Lo mismo puede decirse con respecto al criterio de la «conurrencia de

culpas» que, a partir de los años setenta del pasado siglo XX, empezaba a utilizar el Tribunal Supremo para limitar la responsabilidad del sujeto ante la actuación incorrecta de un tercero: aunque este criterio se aplicaba sobre todo en los casos de intervención de la víctima, su fundamentación no tomaba en consideración la particular condición de la víctima, sino la contribución causal de la conducta imprudente de una tercera persona. Por otra parte, cuando se centraba la atención en el criterio de la previsibilidad (bien para establecer la relación entre la conducta y el resultado, bien para determinar el deber de cuidado) tampoco se reconocía inicialmente ninguna diferenciación en función de que la conducta concurrente fuera obra de un tercero o de la propia víctima. Los primeros criterios que tienden a limitar el alcance de la previsibilidad se utilizan para destacar la necesidad de tolerar ciertos riesgos partiendo de consideraciones valorativas relacionadas con el deseo de no poner freno al desarrollo de determinadas actividades o con la necesidad de respetar el sentido de las normas reguladoras de tales actividades; y cuando se toma como referencia la posible intervención de otras personas, simplemente se proclama el carácter imprevisible de las conductas incorrectas de los terceros o se reconoce la existencia de un general principio de confianza, sin establecer ninguna distinción en atención al hecho de que el tercero sea titular del bien jurídico que puede resultar lesionado.

La particular relevancia de la intervención de la víctima empieza a ponerse de relieve al utilizar el criterio del «consentimiento» para limitar el alcance del deber de cuidado en el ámbito de los delitos imprudentes. Los antecedentes pueden encontrarse en la sentencia del *Reichsgericht* que, a principios del pasado siglo XX, resolvió el conocido caso del barquero del río Memel¹⁶¹: en un primer momento, debido al excesivo caudal del río, el barquero se había negado a transportar en su barca a dos sujetos que querían llegar a la otra orilla; posteriormente, ante la insistencia de los sujetos, accede a emprender el viaje, no sin antes advertirles del alto riesgo que ello entrañaba; en el transcurso del viaje, la barca se hundió y murieron los dos viajeros. En contra de lo sostenido por el tribunal de instancia, el *Reichsgericht* absolvió al barquero de un delito de homicidio imprudente por entender que, dado que los viajeros tenían el mismo

¹⁶¹ Así lo advierte CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*², pp. 142-143.

conocimiento que el barquero acerca del riesgo que finalmente les causó la muerte, no se podía afirmar que el acusado hubiera infringido un deber de cuidado. Tiempo después, algunos autores han defendido, en un sentido parecido, que cuando la víctima consiente en la conducta peligrosa, el autor no lesiona el deber de cuidado y no puede responder por imprudencia. El principal problema con el cuenta, no obstante, este criterio basado en el consentimiento es que puede llegar a contradecir el carácter indisponible que por lo general se le reconoce a bienes jurídicos tan importantes como la vida, por ejemplo; lo cual viene confirmado por la existencia de un delito que castiga expresamente la realización de un homicidio con consentimiento de la víctima (en España: art. 143.3 CP, en Alemania: § 216 StGB). Para evitar este inconveniente y seguir concediendo especial importancia al criterio del consentimiento, se ha llamado la atención sobre las diferencias que presentan aquellos casos en los que la víctima no consiente en la producción del resultado mortal, sino sólo en la realización de una actividad peligrosa para su vida. Se entiende que, en estos casos, se produce un «consentimiento en el riesgo» que no implica propiamente una disposición sobre el bien jurídico vida y que puede ser valorado, por tanto, de manera sustancialmente distinta. Se salvarían así las limitaciones previstas por el legislador, destacando la valoración positiva que puede recibir la libre decisión del titular del bien jurídico de someterse a un determinado riesgo y concediendo a ese particular consentimiento de la víctima la capacidad de excluir el carácter desaprobado de la conducta del autor. Se advierte también, en este mismo sentido, que la importancia que de esta forma se otorga al consentimiento en el riesgo puede estar justificada por el carácter imprudente que presenta en estos casos la conducta del autor: el menor desvalor que merece la conducta imprudente en comparación con la conducta dolosa permitiría otorgar una relevancia al consentimiento de la víctima que no estaría justificada en caso de que el autor hubiera actuado de forma dolosa con respecto a la producción del resultado¹⁶².

Junto a la utilización del criterio del consentimiento, otra de las propuestas tendentes a conceder un tratamiento dogmático específico a la intervención de la

¹⁶² Cfr., a este respecto, la exposición de CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*², pp. 157-159.

víctima es la que representa el llamado «argumento de la participación», un argumento que ha sido desarrollado principalmente por ROXIN tomando como punto de partida el carácter atípico que, conforme al Derecho positivo alemán, presenta la participación en el suicidio. Cuando en sus primeros trabajos sobre la imputación objetiva del resultado, dentro del estudio del criterio relativo al fin de protección de la norma (alcance del tipo), ROXIN intenta demostrar las aportaciones de su concepción normativa sobre la relación entre la conducta y el resultado, uno de los temas que aborda es el relativo a la particular relevancia que puede tener la intervención de la víctima en la conducta peligrosa realizada por el autor. Señala, a este respecto, que si la conducta del sujeto supone una contribución a una autopuesta en peligro, no entra dentro del fin de protección de la norma y no es posible la imputación objetiva del resultado. El motivo, a su juicio, no radica en la existencia de una interrupción de la relación causal o en la posibilidad de establecer una prohibición de regreso, pues ello supondría asumir planteamientos ligados a la distinción entre autoría y participación que sólo tienen cabida en el ámbito de los delitos dolosos. La razón por la que, en estos casos, la conducta del autor no entra dentro del fin de protección de la norma es porque, dado el carácter atípico que presenta la participación en el suicidio, tampoco puede resultar típica la contribución a una autopuesta en peligro, menos aún cuando esa contribución tiene carácter imprudente. A partir de ahí, ROXIN propone diferenciar entre casos de «participación en una autopuesta en peligro» y casos «heteropuesta en peligro consentida». En estos últimos casos, no es la víctima la que tiene el dominio del riesgo y no se puede llegar sin más a la misma conclusión que en los casos de participación en una autopuesta en peligro; sólo pueden considerarse fuera del fin de protección de la norma cuando, en atención a las circunstancias del caso concreto, la conducta de la víctima sea equivalente a una autopuesta en peligro¹⁶³. Planteamientos parecidos son los que, por otra parte, prescindiendo de criterios relacionados con la moderna teoría de la imputación objetiva, desarrollan autores como LUZÓN PEÑA a partir del reconocimiento de un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes: la contribución imprudente a un suicidio o a una autopuesta en peligro constituiría una forma de

¹⁶³ Para lo que se exige que la víctima tenga el mismo grado de conocimiento del riesgo que el autor, que el daño sea consecuencia del riesgo aceptado y no de otro riesgo distinto y que la víctima tenga la misma responsabilidad que el autor ante el suceso peligroso.

participación imprudente que, atención a la regulación ofrecida por el Código Penal, puede considerarse impune.

Por último, también se ha querido conceder especial relevancia a la intervención de la víctima acudiendo al «principio de autorresponsabilidad». Aunque este principio se ha ido desarrollando, por lo general, al margen de consideraciones sobre la particular condición del tercero como titular del bien jurídico amenazado, y a pesar de que los criterios normalmente relacionados con el mismo, como pueden ser la prohibición de regreso o el principio de confianza, no suelen hacer diferenciaciones en función de esa particular condición del tercero, en los últimos años han aparecido algunas propuestas de interpretación centradas de manera específica en la *autorresponsabilidad de la víctima*. En primer lugar, merece ser destacada en este sentido la interpretación realizada por ZACZYK, para quien lo característico del principio de autorresponsabilidad no es tanto la delimitación de ámbitos de responsabilidad, como la expresión de una cualidad de la persona que necesariamente ha de ser respetada en un ordenamiento jurídico basado en la libertad¹⁶⁴. La autorresponsabilidad, a su juicio, se corresponde con la capacidad de autodeterminación del individuo, con la libertad que le permite ser responsable de su actuación¹⁶⁵. Esta autorresponsabilidad muestra, por una parte, una relación del individuo consigo mismo que es previa a la existencia de una norma jurídica, pero afecta también, por otra parte, a su relación con los demás y a la regulación que el ordenamiento jurídico realiza de esa relación interpersonal: la actuación del individuo sólo puede ser incorrecta desde el punto de vista jurídico en la medida en que suponga el ejercicio de una autorresponsabilidad individual no respetuosa con la libertad o la autorresponsabilidad de los demás¹⁶⁶. El injusto se define así como un ataque a la personalidad y a la libertad ajena; de lo que se deduce que la autolesión como tal, en tanto que no atenta contra la libertad ajena y no afecta al aspecto interpersonal propio del Derecho, no puede ser considerada como un injusto frente al bien

¹⁶⁴ *Selbstverantwortung des Verletzten*, pp. 19-22.

¹⁶⁵ *Selbstverantwortung des Verletzten*, pp. 20-22.

¹⁶⁶ *Selbstverantwortung des Verletzten*, pp. 23-25.

jurídico lesionado¹⁶⁷. A partir de ahí, en cuanto al papel que el concepto de autorresponsabilidad puede desempeñar en el plano dogmático, ZACZYK sostiene que en los casos en los que interviene un tercero, y no puede hablarse propiamente, por tanto, de una autolesión, es necesario igualmente tomar en consideración la perspectiva de la víctima para saber hasta qué punto el suceso lesivo puede ser interpretado como resultado de una actuación autorreferencial, pues en tal caso el hecho tampoco podrá definirse como injusto¹⁶⁸. Lo importante, en definitiva, es averiguar si la víctima, en tanto que persona responsable, se desmarca de la pasividad implícita en el injusto y cambia con ello la valoración de la conducta del autor¹⁶⁹. Así ocurre, según ZACZYK, no sólo cuando la víctima es plenamente consciente de la lesión, sino también cuando es consciente del riesgo y no puede confiar normativamente en que sea el tercero quien domine el riesgo¹⁷⁰. Si el riesgo es cognoscible, pero la víctima no lo conoce, no podrá hablarse, en cambio, de autorresponsabilidad¹⁷¹. En segundo lugar, otra de las tesis que se centran de manera específica en la autorresponsabilidad de la víctima es la que defiende CANCIO MELIÁ para analizar los casos en los que el titular del bien jurídico interviene en la configuración de una situación peligrosa. La perspectiva que adopta este autor con respecto al principio de autorresponsabilidad no parte de concepciones prejurídicas de carácter ideal, sino de una interpretación de la orientación que muestra el ordenamiento jurídico en su conjunto¹⁷². Desde esa perspectiva, en consonancia con la doctrina mayoritaria, reconoce la relación entre el principio de autorresponsabilidad y la delimitación normativa de ámbitos de responsabilidad, pero entiende que es posible «añadir» un elemento relacionado con la autorresponsabilidad de la víctima¹⁷³. A su juicio,

¹⁶⁷ *Selbstverantwortung des Verletzten*, p. 26.

¹⁶⁸ *Selbstverantwortung des Verletzten*, pp. 28-29.

¹⁶⁹ *Selbstverantwortung des Verletzten*, pp. 32-33 y 36-39.

¹⁷⁰ *Selbstverantwortung des Verletzten*, p. 56.

¹⁷¹ *Selbstverantwortung des Verletzten*, p. 62. Por lo que se refiere a este último grupo de casos en los que la víctima no conoce realmente el riesgo, advierte que JAKOBS llega a conclusiones distintas porque parte de criterios basados no tanto en la «autorresponsabilidad» como en la «competencia» (n. 208).

¹⁷² *Conducta de la víctima e imputación objetiva*², p. 277.

¹⁷³ *Conducta de la víctima e imputación objetiva*², pp. 277-279.

en atención al hecho de que la lesión de los propios bienes jurídicos no es reprimida por el Derecho penal y que las intervenciones de los terceros en actividades autolesivas sólo se incriminan por normas especiales, se puede convenir en que el ordenamiento reconoce al titular de los bienes jurídicos una mayor libertad para poner en peligro tales bienes y una mayor responsabilidad por los daños que puedan llegar a producirse en el ejercicio de la misma¹⁷⁴. El titular del bien jurídico tendría, en este sentido, un ámbito de competencia o de responsabilidad «*preferente*» que puede condicionar el tratamiento dogmático de los casos en los que interviene: si la situación de riesgo se atribuye a la libertad de organización del titular del bien jurídico amenazado, lo sucedido entrará dentro de su ámbito de responsabilidad¹⁷⁵. Ello, según CANCIO MELIÁ, constituye un «punto de partida» para el análisis de la responsabilidad de quien interviene junto a la víctima porque permite considerar que, en tanto que el concreto contexto normativo no prevea una necesaria intromisión en el ámbito de responsabilidad de la víctima, lo que se atribuye o imputa a la víctima no se le puede imputar al tercero (posible autor)¹⁷⁶. Se configura así el criterio de «imputación a la víctima» como un particular criterio de imputación objetiva basado en el principio de autorresponsabilidad¹⁷⁷. Según este criterio, lo importante no es la representación subjetiva que tenga el titular del bien jurídico acerca del riesgo, sino la interpretación objetiva mediante la cual se le puede imputar el riesgo¹⁷⁸.

3.2 *La especial relevancia de la intervención de la víctima*

De acuerdo con la exposición anterior, dejando al margen de momento el análisis del «argumento de la participación», puede decirse que existen fundamentalmente dos interpretaciones acerca de las razones que pueden justificar la especial relevancia de la intervención de la víctima: la primera está vinculada a

¹⁷⁴ *Conducta de la víctima e imputación objetiva*², p. 279. Explica, en este sentido, que «lo contrario implicaría privar al titular de su libertad de organización, e imponer a los demás un deber de tutela que, al no estar formulado de modo expreso, no existe» (p. 280).

¹⁷⁵ *Conducta de la víctima e imputación objetiva*², pp. 279-281.

¹⁷⁶ *Conducta de la víctima e imputación objetiva*², pp. 281-282.

¹⁷⁷ *Conducta de la víctima e imputación objetiva*², p. 284.

¹⁷⁸ *Conducta de la víctima e imputación objetiva*², p. 289.

las ideas de «consentimiento» y de «autorreferencialidad» y se basa en la libertad o la posibilidad que tiene el titular del bien jurídico de asumir libremente determinadas lesiones o situaciones peligrosas; la segunda está relacionada con la «delimitación de los ámbitos de responsabilidad» y se centra en el «deber» que tienen las personas de velar por la seguridad de sus propios bienes jurídicos.

El principal problema con el que cuenta la *primera* de estas interpretaciones es que termina concediendo demasiada importancia a la representación subjetiva del titular del bien jurídico. De esta forma, se muestra incapaz de resolver aquellos casos en los que la víctima no se representa el riesgo, pero se comporta de manera «imprudente» con respecto a la protección de sus propios bienes jurídicos. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un peatón despistado que es atropellado al introducirse incorrectamente en la calzada. En este tipo de casos, si se quiere valorar la conducta del autor tomando como referencia la intervención de la víctima, parece necesaria otra justificación. Si se atiende a la *segunda* de las interpretaciones y se considera que lo importante es la posibilidad de limitar la responsabilidad del autor ante la existencia de un ámbito de competencia o de responsabilidad preferente por parte de la víctima, el problema es saber cuál es realmente la particularidad que ofrece esta interpretación en comparación con otros criterios que se derivan igualmente de la delimitación de ámbitos de responsabilidad, pues lo decisivo sería en todo caso el reconocimiento de un deber ajeno, ya sea de la propia víctima o de cualquier otra persona. En principio, la diferencia se encontraría únicamente en la forma en la que se define el ámbito de responsabilidad ajeno: a partir de un deber de no lesionar (en el caso de los terceros) o a partir de un deber de autoprotección resultante del mayor grado de libertad y responsabilidad que tiene el sujeto sobre sus propios bienes jurídicos (en el caso de la víctima). Una vez definido ese ámbito de responsabilidad ajeno, la aplicación de criterios como la prohibición de regreso o el principio de confianza no sufriría ninguna variación: la «imputación a la víctima» se presentaría simplemente como la imputación al ámbito de responsabilidad de un tercero, como un criterio que sirve para delimitar negativamente el ámbito de responsabilidad de un sujeto tomando como referencia el ámbito de responsabilidad de un tercero. Para poder llegar a la conclusión de que la intervención de la víctima ofrece alguna particularidad con

respecto a la aplicación de los criterios basados en el principio de autorresponsabilidad, parece necesario destacar algún aspecto de su conducta que vaya más allá de la existencia de ese deber o de ese ámbito propio de responsabilidad y que refleje su especial condición como titular del bien jurídico. Ese aspecto puede encontrarse en su capacidad para disponer ya no sólo del bien, sino también de las barreras que lo protegen, asumiendo consciente y voluntariamente la lesión o el riesgo que produce el tercero; de modo parecido a como se plantea cuando se hace referencia al criterio del consentimiento en el riesgo. Así pues, lo más apropiado sería entender que el tratamiento de la víctima ha de llevarse a cabo combinando las dos interpretaciones anteriormente destacadas: en primer lugar, hay que tener en cuenta la posibilidad de establecer una delimitación de ámbitos de responsabilidad y, en segundo lugar, hay que reconocer la capacidad que por lo general tiene el titular del bien jurídico de asumir el riesgo. Como se verá a continuación, es propiamente esta capacidad del titular del bien jurídico la que puede llevar a conclusiones distintas de las que se obtendrían aplicando únicamente los criterios basados en el principio de autorresponsabilidad.

3.3. Prohibición de regreso e intervención de la víctima

La prohibición de regreso es un criterio de imputación objetiva que se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad o en la delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad. Mediante este criterio se delimita la posición de garante del sujeto con respecto al riesgo que conduce o puede conducir a la producción del resultado y, con ello, la relación que sirve de base para la imputación a título de autor. De acuerdo con este criterio de imputación, desde el momento en el que el riesgo del que inicialmente es competente el sujeto atraviesa el ámbito de responsabilidad de un tercero, se interrumpe o excluye la relación de imputación. Dado que, para establecer la prohibición de regreso, lo importante es que, conforme a los presupuestos o requisitos explicados en su momento, exista una tercera persona responsable que tenga algún deber de evitar el riesgo y que, a partir de ahí, se pueda llegar a la conclusión de que el riesgo abandona el ámbito de responsabilidad del primer sujeto, no es necesario entrar a valorar si el riesgo termina dirigiéndose contra el propio tercero o contra cualquier otra persona. La

delimitación de los ámbitos de responsabilidad se puede establecer de la misma manera ante los deberes de cuidado que tiene el tercero responsable sobre sí mismo y ante los que tiene sobre los demás. Lo importante es la relación negativa que, por regla general, se puede reconocer frente a los terceros y la inexistencia de un deber de controlar lo que hagan esos terceros en ejercicio de su libertad. La prohibición de regreso es, por tanto, un criterio de imputación cuya aplicación no varía por la intervención de la víctima, pues a la víctima también se le reconoce un ámbito o esfera de responsabilidad. La particular condición del tercero como posible titular del bien jurídico amenazado sólo es relevante a la hora de definir los deberes de cuidado que se incluyen dentro de su ámbito de responsabilidad, pues permite poner de manifiesto que también se tienen en cuenta aquellos que se derivan de una especie de deber de autoprotección. En todo caso, una vez identificado la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno al autor, la aplicación del principio de autorresponsabilidad no experimenta ninguna variación. En lo que ahora importa, pues decirse, por tanto, que si un sujeto entrega un arma a un tercero responsable, se puede establecer una prohibición de regreso con independencia de que el tercero se dispare a sí mismo o dispare a otra persona. Es indiferente, por otra parte, que la conducta del tercero implique mayor o menor riesgo o se realice con una mayor o menor representación subjetiva de ese riesgo. Si un sujeto entrega un vehículo a un tercero responsable que no tiene carné de conducir, se puede establecer una prohibición de regreso con independencia de que ese tercero se ponga en peligro a sí mismo o ponga en peligro a otra persona. La prohibición de regreso, en definitiva, opera de igual modo ante un tercero y ante la propia víctima, siendo indiferente que, en este último caso, se contribuya a una autolesión o a una autopuesta en peligro.

La particular condición del tercero como titular del bien jurídico sólo tiene verdadera relevancia, una vez establecida la prohibición de regreso, a la hora de realizar el posterior análisis sobre la posible imputación a título de partícipe. Si al primer sujeto se le puede imputar la conducta peligrosa del tercero, se le podrá considerar partícipe de esa conducta peligrosa del tercero y, en esa medida, se le podrá hacer responsable de lo sucedido de manera accesoria en aplicación de las normas de la Parte General. Aquí la particular condición del tercero sí tiene especial relevancia porque, en caso de aparecer como víctima, aunque el primer

sujeto pueda llegar a ser considerado partícipe, se tratará de una participación en una conducta atípica y se tendrá que excluir la responsabilidad (con las salvedades que se derivan del art. 143 CP para los casos en los que se participa de manera dolosa ya no en una autopuesta en peligro, sino en un suicidio). El hecho de que el tercero sea la propia víctima es, ciertamente, lo que conduce a que el primer sujeto no tenga responsabilidad por un delito de homicidio, por ejemplo, pero ello no se debe a la aplicación de un criterio específico de imputación objetiva relacionado con la víctima, sino sólo a la aplicación del criterio de la prohibición de regreso y a las reglas conforme a las cuales se permite castigar la participación.

En lo sustancial, se coincide aquí, por tanto, con los planteamientos propios del llamado «argumento de la participación», reconociéndose la importancia que tiene distinguir entre los casos de participación en una autopuesta en peligro y los casos de heteropuesta en peligro consentida (del mismo modo que debe distinguirse entre participación en una autolesión y heterolesión consentida). Sin embargo, conviene destacar a este respecto dos cuestiones que se derivan de la interpretación que a lo largo de este trabajo se ha venido realizado del criterio de la prohibición de regreso como criterio de imputación objetiva fundamentado en el principio de autorresponsabilidad. La *primera* tiene que ver con el concepto de autoría basado en la posición de garante y con la utilización del criterio de la prohibición de regreso para establecer la distinción entre quienes son autores y quienes sólo pueden llegar a ser considerados partícipes. En este sentido, habrá participación en una autopuesta en peligro cuando, conforme a los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso apuntados en su momento, se delimite negativamente la posición de garante del primer sujeto y, a partir de ahí, se pueda establecer una relación normativa entre su conducta y la conducta del tercero-víctima. La *segunda* cuestión se refiere a la necesidad de abordar esta distinción dentro del juicio de imputación objetiva (de la mano precisamente del criterio de la prohibición de regreso). Es importante hacer esta observación ya no sólo para llamar la atención sobre la posibilidad de establecer la distinción tanto en los delitos dolosos, como en los delitos imprudentes (admitiendo, por tanto, un concepto restrictivo de autor para ambos tipos de delitos), sino también para vincular el análisis de la autoría con el juicio de imputación objetiva, haciendo ver que a los autores no se le imputa objetivamente el resultado de la misma manera

que a los partícipes, que es precisamente la idea que se encuentra implícita en el concepto restrictivo de autor.

Habiendo admitido, en lo sustancial, los planteamientos propios del «argumento de la participación», procede ahora analizar las principales objeciones que se le han hecho a este argumento. La *primera* de esas objeciones se refiere a la necesidad de diferenciar entre el delito de participación en el suicidio y el delito de homicidio: el hecho de que no se castigue la participación en un suicidio (en el caso de Alemania) o que se castigue de manera distinta con una pena considerablemente menor (en el caso de España) no significa que la participación en una autopuesta en peligro no puede dar lugar a un delito de homicidio. Se indica, en este sentido, que la regulación de la participación en un suicidio no necesariamente ha de condicionar la regulación de la participación en una autopuesta en peligro, pues la diferencia existente entre el suicidio y la autopuesta en peligro no es de carácter meramente cuantitativo: no puede decirse que la participación en una autopuesta en peligro resulta atípica por ser una conducta de menor gravedad; la diferencia que presenta la autopuesta en peligro en comparación con el suicidio es de carácter cualitativo porque la víctima no dispone o renuncia al bien jurídico, de modo que la participación en un suicidio podría llegar a verse incluso como una modalidad más grave. Estas consideraciones llevarían a la conclusión de que no es posible utilizar el argumento *a maiore ad minus* para deducir del carácter atípico de la participación en un suicidio el carácter más claramente atípico de la participación en una autopuesta en peligro, pues esta última no constituiría realmente un *minus*. Para hacer frente a esta objeción, se debe aclarar que, conforme a la interpretación anterior basada en el principio de autorresponsabilidad, lo determinante, realmente, no es la posibilidad de tomar como referencia la regulación de la participación en el suicidio y deducir de ella el tratamiento de la participación en una autopuesta en peligro mediante el argumento *a maiore ad minus*. Se trata más bien de utilizar la prohibición de regreso para delimitar negativamente el ámbito de responsabilidad y destacar el carácter atípico de la conducta realizada por quien se lesiona o se pone en peligro a sí mismo. Por eso, con independencia de las diferencias valorativas que puedan presentar la participación en un suicidio y la participación en una autopuesta en peligro, ambas formas de participación resultan

por lo general impunes (salvo que la responsabilidad se deduzca de alguna modalidad delictiva distinta del homicidio, como las que aparecen reguladas en el art. 143 CP). La *segunda* de las objeciones se plantea cuando se pone en duda la conveniencia de establecer una distinción entre la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, ya no sólo por lo difícil que resulta a menudo diferenciar entre ambas modalidades –como, por ejemplo, cuando se acepta mantener relaciones sexuales con alguien que puede tener una enfermedad de transmisión sexual o cuando se acepta ir en el asiento trasero de una motocicleta durante una carrera sumamente peligrosa–, sino también por lo innecesario de la distinción desde un punto de vista normativo, pues el criterio de solución puede ser el mismo en uno y otro caso, tal y como implícitamente reconocen quienes, partiendo de esa distinción, intentan desarrollar razones que permitan equiparar ambas modalidades. Ante esta objeción, es necesario hacer algunas observaciones. Con respecto a la dificultad existente a la hora de realizar la diferenciación, puede decirse que esa dificultad, además de ser propia de todo sistema que distinga entre autoría y participación, no puede considerarse insalvable por el mero hecho de que en los casos más problemáticos (aquellos en los que autor y víctima actúan de manera más o menos simultánea y mantienen la posibilidad de evitar el riesgo) la doctrina no siempre llegue a las mismas conclusiones. Cabe pensar que, más allá de lo difícil que resulta siempre distinguir entre autoría y participación o más allá de lo inseguro que puede ser utilizar el criterio del «dominio» para establecer la distinción, la confusión viene motivada en buena medida, como destacan de hecho quienes critican el argumento de la participación, por la tendencia a hacer depender la solución únicamente de esa distinción, mezclando los criterios basados en el mayor protagonismo de la víctima con los criterios relacionados con la distinción entre autoría y participación. Esto no significa, sin embargo, que no sea necesario establecer correctamente la distinción o que lo importante sea, en última instancia, el criterio material por el que se quiere reconocer la especial relevancia de la intervención de la víctima. A pesar de que también en los casos de heteropuesta en peligro la actuación de la víctima pueda excluir la responsabilidad del tercero-autor, esa distinción resulta necesaria por dos razones: por una parte, porque es más coherente con la regulación específica de la contribución a un suicidio o a una autolesión y, por otra parte, porque la forma de valorar la actuación de la víctima

no es exactamente la misma cuando se participa en una autopuesta en peligro y cuando se realiza una heteropuesta en peligro: mientras que en el primer caso lo determinante es el principio de autorresponsabilidad y el carácter generalmente impune de la participación en una conducta atípica, en el segundo caso puede entrar en juego tanto el principio de autorresponsabilidad, como la libre asunción del riesgo por parte de la víctima. Como se verá a continuación, este último aspecto relacionado de manera específica con la intervención de la víctima sólo opera cuando no es posible establecer una prohibición de regreso que excluya la relación de autoría o la posición de garante con respecto al riesgo que amenaza a la víctima.

3.4. *Principio de confianza e intervención de la víctima*

Si ante la intervención de la víctima, no es posible establecer una prohibición de regreso, el sujeto mantiene una posición de garante y una relación de autoría con respecto al riesgo. En tal caso, no existe una participación en una autolesión o en una autopuesta en peligro, sino una heterolesión o heteropuesta en peligro. Para saber si esa heterolesión o heteropuesta en peligro puede resultar típica de cara a la realización de un delito de homicidio, por ejemplo, es necesario continuar con el análisis de la imputación objetiva y utilizar los criterios destinados a reconocer la existencia de una infracción del deber de cuidado. Entre esos criterios, junto al criterio del riesgo permitido en sentido estricto, se encuentra el principio de confianza como criterio de imputación basado en el principio de autorresponsabilidad o en la delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad. El principio de confianza permite establecer una delimitación negativa del deber de cuidado ante los deberes de cuidado que se imponen a los terceros. Significa que, por regla general, el sujeto no tiene un deber de controlar los riesgos que puedan derivarse de las conductas contrarias al deber de cuidado realizadas por los terceros. Con respecto al tercero que ostenta la condición de titular del bien jurídico, en tanto que pueda ser considerado como persona responsable obligada a adoptar determinadas medidas de cuidado, este principio de confianza puede operar de la misma manera: si se cumplen los presupuestos de aplicación analizados en su momento, se puede confiar en que el titular del bien jurídico no realice una conducta contraria al deber de cuidado. Como se indicaba

anteriormente a propósito del criterio de la prohibición de regreso, la única particularidad que presenta la intervención de la víctima a la hora de realizar la delimitación de ámbitos de responsabilidad radica en el hecho de que se tengan en cuenta los deberes de cuidado que se basan en deber general de autoprotección. Más allá de eso, la intervención de la víctima no supone ninguna variación en la aplicación del principio de autorresponsabilidad y tampoco, por tanto, en la aplicación del principio de confianza. Lo importante es que se imponga algún deber de cuidado a una persona responsable distinta del autor. De hecho, es frecuente que los deberes que afectan a la víctima se establezcan con independencia de su particular condición. Así ocurre, sobre todo, cuando existen normas que establecen un reparto de tareas entre los distintos participantes de una determinada actividad. El deber de respetar la preferencia de paso, por ejemplo, es el mismo para quien puede lesionar a un tercero que para quien puede lesionarse a sí mismo, de modo que el sujeto que circula con preferencia de paso puede confiar en que el tercero respete su preferencia de paso tanto si el riesgo se produce sobre quien no ha respetado la preferencia, como si afecta a cualquier otra persona, como sucedería en caso de que el conductor se viera obligado a realizar una arriesgada maniobra para evitar la colisión y terminara alcanzando a otro conductor o pusiera en peligro a los ocupantes de su propio vehículo. Igualmente, el conductor de un automóvil puede confiar en que el peatón no invada la calzada con independencia de que el riesgo que de ello pueda derivarse se dirija sobre el propio peatón o sobre otra persona. Si lo que se toma en cuenta para valorar la conducta del sujeto son los deberes de cuidado del propio titular del bien jurídico amenazado, no se está aplicando ningún criterio basado específicamente en la figura de la víctima, sino sólo el principio de autorresponsabilidad. Si un ciclista, incumpliendo la señalización, se introduce imprudentemente en el circuito destinado a una carrera de coches y es atropellado, no es necesario acudir a un criterio especial relacionado con la víctima para descartar la responsabilidad del conductor que causar el atropello, sino que basta con aplicar el principio de confianza. Prueba de ello es que se podría llegar a la misma conclusión si quien se introduce en el circuito no es el ciclista, sino su hijo pequeño, pues lo determinante a la hora de valorar el riesgo generado por el conductor seguiría siendo el deber de cuidado de un tercero, en este caso el deber de cuidado del ciclista sobre la conducta de su hijo pequeño. Incluso en los casos en los que el

deber de cuidado se basa exclusivamente en un deber de autoprotección, lo determinante será la delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad y la posibilidad de aplicar el principio de confianza. El conductor de un automóvil puede confiar en que el resto de los conductores lleven puesto el cinturón de seguridad, pues el riesgo que pueda derivarse del hecho de no llevarlo puesto entra en el ámbito de responsabilidad del tercero-víctima. En este caso, la aplicación del principio de confianza no varía por la especial condición del tercero: el riesgo es tan ajeno al autor como cualquier otro que pudiera derivarse del incumplimiento de otro deber de cuidado.

La principal diferencia que presenta la aplicación del principio de confianza frente a la prohibición de regreso se encuentra, no obstante, en la necesidad de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para saber si la conducta incorrecta del tercero resulta especialmente evidente. Cuando el principio de confianza se aplica frente a la conducta incorrecta de la propia víctima, ocurre lo mismo: si hay circunstancias concretas que evidencian que la posible víctima va a actuar incorrectamente (superando lo que se considera cuidadoso) o ha empezado a hacerlo, ya no se puede apelar a la confianza para limitar el deber de cuidado. A este respecto, el modo de operar del principio de confianza tampoco varía por la particular condición del tercero como titular del bien jurídico amenazado. Sin embargo, hay otras razones para pensar que en estos casos la intervención de la víctima puede servir para limitar el alcance del deber de cuidado y excluir la responsabilidad. Estas razones tienen que ver, precisamente, con la posibilidad que tiene el titular del bien jurídico de asumir libremente un determinado riesgo. Si hay circunstancias en el caso concreto que evidencien que el tercero va a realizar una conducta contraria al deber de cuidado, pero ese tercero, además de ser el titular del bien jurídico que puede resultar lesionado, asume el riesgo libre y voluntariamente, cabe pensar que el tercero-autor no se encuentra obligado a evitar el riesgo. La mayor libertad para poner en peligro los propios bienes jurídicos representaría un aspecto capaz de compensar el desvalor inicial de la conducta peligrosa generada por el tercero, limitando así el deber de cuidado de ese tercero. Se reconocería así un particular criterio, basado en la *asunción* del riesgo por parte de la víctima, que operaría una vez descartada la posibilidad de limitar el deber de cuidado conforme al principio de

autorresponsabilidad. Se trataría de un criterio de imputación a la víctima que tendría carácter *complementario* con respecto al principio de confianza.

La aplicación de este particular criterio de imputación requiere que la víctima no sólo sea una persona responsable frente al riesgo, sino que además asuma voluntariamente ese riesgo, pues es precisamente esa capacidad de asumir el riesgo la que se deduce de su especial condición como titular del bien jurídico. Es necesario, en este sentido, que la víctima se represente el riesgo, con independencia de que ello tenga que ser valorado *ex ante* desde la perspectiva del autor. En los casos en los que alguien que tiene una enfermedad contagiosa (posible autor) mantiene relaciones sexuales con un tercero (posible víctima), sin adoptar ninguna precaución, no se puede negar la imputación apelando simplemente al deber de autoprotección del tercero. Son casos en los que no cabe limitar la responsabilidad del posible autor mediante el principio de autorresponsabilidad: no se puede establecer una prohibición de regreso porque se mantiene la competencia o la especial relación con el riesgo, y no se puede apelar a la confianza porque resulta evidente que el tercero va a realizar una conducta especialmente peligrosa. Sólo se puede excluir la responsabilidad en la medida en que se pueda llegar a la conclusión de que el tercero asume consciente y voluntariamente el riesgo. Lo que ocurre es que hay que partir de la perspectiva del autor, de modo que si desde esa perspectiva cabe pensar que el tercero conoce el riesgo, se deberá negar la imputación. Si desde la perspectiva del autor cabe pensar, por ejemplo, que el tercero es consciente de que mantiene relaciones sexuales con una persona que ejerce la prostitución (un factor indicativo del riesgo), puede decirse que asume el riesgo de su conducta aunque en realidad no se lo haya representado. La diferencia con un criterio basado exclusivamente en el *deber* radica en que si hay razones para pensar que el tercero no se representa el riesgo, porque ha sido engañado o porque simplemente no sabe que la otra persona ejerce la prostitución, no se puede entender que asume voluntariamente el riesgo y se deberá reconocer la imputación, y ello a pesar de que su conducta pudiera considerarse descuidada o «imprudente». Más allá de eso, también hay que valorar hasta qué punto cabe pensar que el tercero no sólo asume el riesgo, sino también el resultado lesivo, pues en ese caso se trataría de una heterolesión consentida que puede merecer un tratamiento diferenciado en atención a

determinadas modalidades delictivas expresamente previstas en el Código Penal, como la cooperación ejecutiva al suicidio (art. 143.3 CP) o las lesiones consentidas (art. 155 CP).

Para descartar la imputación en atención a la conducta de la víctima, se deben diferenciar, por tanto, dos momentos: primero hay que valorar la posibilidad de utilizar los criterios de imputación basados en el principio de autorresponsabilidad y después, en caso de que ello no sea posible, hay que analizar si la víctima asume conscientemente el riesgo. Los casos en los que se pone más claramente de manifiesto la necesidad de utilizar ese criterio de imputación complementario o añadido basado en la asunción del riesgo por parte de la víctima son aquellos casos de heteropuestas en peligro en los que no se puede utilizar el principio de confianza porque resulta evidente que el tercero va a realizar una conducta especialmente peligrosa que supera los límites de lo generalmente permitido y que, por tanto, no puede considerarse «cuidadosa» (una conducta, en definitiva, que tendría que evitarse en caso de que pusiera en peligro a otra persona distinta). Son casos como el del barquero del río Memel, el del sujeto que mantiene relaciones sexuales sin adoptar medidas para evitar un posible contagio, el del motorista que participa en una carrera ilegal llevando a otro en el asiento trasero o el del sujeto que, en el marco de una apuesta, para demostrar su puntería, dispara sobre otro mientras éste sujeta una botella. En estos supuestos, sólo se puede excluir la imputación en la medida en que quepa llegar a la conclusión de que el tercero-víctima asume conscientemente el riesgo.

4. Principio de autorresponsabilidad e imputación objetiva del resultado

En los delitos que exigen la producción de un resultado separado de la conducta, la teoría de la imputación objetiva requiere no sólo que se haya creado un *riesgo típicamente desaprobado*, sino también que ese riesgo se haya *realizado en el resultado*. La concreción o realización del riesgo aparece así como un segundo momento o nivel del juicio de imputación objetiva con el que se pretende valorar la relación entre la conducta generadora de un riesgo típicamente desaprobado y el resultado lesivo. En lo que aquí interesa, la existencia de este segundo nivel de imputación objetiva obliga a plantear cuál es el papel que el

principio de autorresponsabilidad puede desempeñar dentro del mismo. Teniendo en cuenta que la intervención de terceras personas se ha visto tradicionalmente como un factor condicionante de la relación entre la conducta y el resultado, parece necesario averiguar, efectivamente, en qué medida los criterios basados en el principio de autorresponsabilidad pueden ser aplicados ya no sólo para determinar el carácter desaprobado del riesgo, sino también para valorar la relación entre el riesgo y el resultado. A continuación, se intentará responder a esta pregunta haciendo algunas consideraciones de partida sobre la forma en la que debe realizarse la valoración de la relación entre el riesgo y el resultado (*infra* 4.1) y analizando la posibilidad de incluir el principio de autorresponsabilidad entre los criterios que permiten llevar a cabo esa valoración (*infra* 4.2).

4.1. *La imputación del resultado como valoración de la conducta desde una perspectiva «ex post»*

Para comprender el significado y alcance de este segundo nivel del juicio de imputación objetiva basado en la realización del riesgo en el resultado, conviene recordar que aunque, en un primer momento, la teoría de la imputación objetiva se concebía fundamentalmente como una teoría destinada a juzgar o valorar la relevancia típica de la relación entre la conducta y el resultado, con el tiempo, debido a la especial importancia que, en el marco de una teoría personal del injusto, se le ha ido concediendo al desvalor de la conducta, se ha terminado reconociendo la necesidad de diferenciar claramente dos perspectivas de enjuiciamiento: una perspectiva *ex ante* para valorar la conducta (creación de un riesgo típicamente desaprobado) y una perspectiva *ex post* para valorar la relación entre esa conducta y el resultado (realización del riesgo en el resultado). A partir de ahí, buena parte de los criterios desarrollados en el seno de la teoría de la imputación objetiva se han ido utilizando para valorar la conducta, lo que ha conducido a que, en cierta medida, se haya ido vaciando de contenido el estudio de la relación entre la conducta y el resultado. En principio, dentro de los criterios de imputación objetiva concretamente destinados a valorar la relación entre la conducta y el resultado quedan básicamente aquellos que, partiendo de la *teoría del incremento del riesgo* o de la *teoría del fin de protección de la norma*, se venían proponiendo para resolver -desde un punto de vista normativo, no centrado

exclusivamente en consideraciones hipotéticas vinculadas a la evitabilidad o a la causalidad- el problema de los llamados «cursos alternativos conforme a Derecho»; es decir, el problema que se plantea cuando, llegándose a la conclusión de que el resultado lesivo también se hubiera podido producir actuando de manera correcta, se pone en duda la necesaria relación entre el resultado y la conducta contraria al deber de cuidado¹⁷⁹.

La teoría del incremento del riesgo, ideada por ROXIN, propone comparar el riesgo que encierra la conducta examinada con el riesgo que generaría una conducta realizada conforme al deber de cuidado: si, a partir de esa comparación, se puede afirmar que la conducta examinada no supone un incremento del riesgo, no habrá razón para imputar el resultado. A esta teoría se le ha reprochado que, además de seguir utilizando juicios de carácter hipotético¹⁸⁰, no representa realmente un sustancial avance con respecto al tradicional criterio de la evitabilidad, pues lo único que hace es sustituir la perspectiva basada en la causalidad por una perspectiva normativa centrada en el riesgo jurídicamente desaprobado, prescindiendo así de un criterio verdaderamente relacionado con la realización del riesgo en el resultado y convirtiendo los delitos de lesión en mero delitos de peligro. Así, en el ejemplo del médico que suministra a un paciente cocaína en lugar de novocaína, la teoría del incremento del riesgo, si bien reconoce que el hecho de que la muerte se hubiera producido igualmente con el uso de novocaína no impide afirmar que se ha causado la muerte –y que, por tanto, se trata realmente de valorar la relevancia jurídica de la relación causal–, al proponer que se compare el riesgo de la conducta examinada con el riesgo de la conducta realizada dentro del riesgo permitido, está dando a entender que lo determinante es simplemente que se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido¹⁸¹. De hecho, dado que la teoría del incremento del

¹⁷⁹ Como señala MARTÍNEZ ESCAMILLA (*La imputación objetiva del resultado* p. 175), la razón por la que es importante introducirse en el análisis del segundo nivel de imputación objetiva a partir de este tipo de supuestos estriba en que «aunque a veces no se aprecie con suficiente claridad, de la mano de este grupo de supuestos suele plantearse solapadamente la cuestión básica de esta segunda parte de la imputación objetiva: la supuesta necesidad y configuración concreta de una relación específica entre infracción del cuidado objetivamente debido y lesión».

¹⁸⁰ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 220-221.

¹⁸¹ Cfr., en este sentido la crítica realizada por MARTÍNEZ ESCAMILLA (*La imputación objetiva del resultado*, pp. 212-213) pp. 212-213, llamando la atención sobre el hecho de que, en ocasiones, el

riesgo dice fundamentarse en lo injusto que sería tratar de manera desigual dos conductas que generan el mismo riesgo, habría que reconocer que, en caso de que se pudiera llegar a la conclusión de que la cocaína no supone un incremento del riesgo en comparación con la novocaína, lo que es injusto no es considerar que la conducta del médico produce el resultado, sino definir esa conducta como contraria al deber de cuidado o generadora de un riesgo no permitido¹⁸². La solución, ciertamente, no puede pasar por comparar la conducta examinada con una conducta realizada dentro del riesgo permitido, pues tal comparación sólo sirve para valorar si la conducta examinada merece ser interpretada como una conducta que se encuentra dentro del riesgo permitido¹⁸³; si se aceptara la imputación del resultado partiendo de esa comparación, se castigaría como lesión una conducta de la que sólo puede decirse que genera un riesgo no permitido; la valoración seguiría realizándose, en definitiva, desde una perspectiva *ex ante*. Como ha reconocido STRATENWERTH, para llevar a cabo una valoración que permita establecer la relación entre la conducta (indebida) y el resultado lesivo, la comparación ha de tener en cuenta factores de riesgo que no estén presentes en el momento de realizarse la conducta y que, por tanto, puedan modificar la valoración desde una perspectiva *ex post* (incluyendo aspectos que, aun estando presentes, no pueden ser conocidos en ese momento, como la especial enfermedad o constitución del paciente en el caso del suministro de cocaína)¹⁸⁴. Se trataría entonces de comparar el mayor grado de riesgo de la conducta examinada con respecto al riesgo de una conducta que, en atención a los factores de riesgo identificados *ex post*, pueda considerarse permitida; lo que supone, en última instancia, realizar igualmente una valoración de la conducta examinada, pero esta vez desde una perspectiva *ex post*. El problema es que, en la medida en que se sigue exigiendo simplemente que la conducta examinada represente una mayor grado de riesgo –y no que ese riesgo haya producido efectivamente el resultado

propio Roxin prescinde de valorar lo que hubiera pasado con la conducta correcta, para centrar la atención en si se mantiene o no dentro de los límites del riesgo permitido.

¹⁸² Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 214-216.

¹⁸³ Por otra parte, al centrar la comparación en el grado de riesgo, ni siquiera se estaría valorando, en realidad, el carácter no permitido del riesgo, pues el mayor o menor riesgo no es lo que determina que se encuentre jurídicamente permitido

¹⁸⁴ Algo que, como advierte, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 139-142, no estaba suficientemente claro en la propuesta de Roxin. Cfr., no obstante, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 209-210.

lesivo—, los delitos de lesión acaban siendo tratados como delitos de peligro (concreto). En relación con este problema, SCHÜNEMANN ha manifestado que es necesario, no obstante, tomar como referencia la teoría del incremento del riesgo porque los delitos de resultado no castigan realmente la lesión de bienes jurídicos, sino sólo la lesión que se produce a partir de un determinado tipo de riesgo. Lo importante, por tanto, es saber si, desde un punto de vista *ex post*, la conducta sigue representando un riesgo no permitido¹⁸⁵. A partir de ahí, propone una reinterpretación de la teoría del incremento del riesgo para destacar la perspectiva valorativa y normativa desde la que debe juzgarse el riesgo de la conducta: se debe comparar la norma construida *ex ante* con la norma que -en atención a los nuevos conocimientos- se podría construir *ex post*: si en el caso concreto, con los conocimientos adquiridos *ex post*, la norma deja de ser apropiada para mantener el riesgo dentro de los límites permitidos, no se imputará el resultado¹⁸⁶. Así, por ejemplo, en el caso del médico, aunque *ex ante* la norma que exige utilizar novocaína en lugar de cocaína pudiera considerarse adecuada para reducir el riesgo de una embolia, si *ex post* se comprueba que la muerte se produce por un colapso y que ante ese concreto resultado la cocaína no representa un mayor riesgo, deberá negarse la imputación¹⁸⁷.

En contraposición a la teoría del incremento del riesgo y a los planteamientos de carácter hipotético en los que esta teoría se apoya, GIMBERNAT ORDEIG desarrolló la teoría del fin de protección de la norma¹⁸⁸. A su juicio, la teoría del incremento del riesgo no resuelve los principales problemas con los que cuenta la fórmula de la *conditio sine qua non*¹⁸⁹: niega la imputación en casos en los que es clara la relación con el resultado (como en los casos en los que existen causas de reserva¹⁹⁰) y admite la imputación en casos en los que no existe

¹⁸⁵ JA, 1975, pp. 651-652. La norma no pretende evitar la lesión de los bienes jurídicos, sino sólo reducir el riesgo de lesión a un nivel tolerable

¹⁸⁶ JA, 1975, p. 652.

¹⁸⁷ JA, 1975, p. 654.

¹⁸⁸ RDCir, 1965, pp. 676-682.

¹⁸⁹ RDCir, 1965, pp. 601-602 y 675

¹⁹⁰ RDCir, 1965, pp. 600-601: así, por ejemplo, en el caso de un farmacéutico, que despacha una medicina sin receta médica, cuando se demuestra que el médico la hubiera recetado sin ningún

realmente esa relación (como en los casos en los que si bien se incrementa el riesgo, no puede decirse que haya sido el riesgo desaprobado el que ha producido el resultado¹⁹¹). La cuestión, dice GIMBERNAT, no es si el riesgo que encierra la conducta indebida es mayor que el riesgo de la conducta debida, pues hay que tener en cuenta que las normas de cuidado no pretenden impedir un resultado con carácter *general*, sino sólo un resultado *concreto*¹⁹². Se trata, por tanto, de averiguar cuál es el *fin de la norma* que define el deber de cuidado y analizar hasta qué punto el resultado producido es uno de los que se querían evitar con el establecimiento de esa norma¹⁹³. No obstante, para resolver esta pregunta, GIMBERNAT no ofrece ningún criterio más preciso; simplemente señala que hay que valorar caso por caso utilizando los métodos corrientes de interpretación jurídico-penal¹⁹⁴. Por su parte, MARTÍNEZ ESCAMILLA, después de asumir esta teoría del fin de protección de la norma y reconocer que lo importante es saber si la lesión del bien jurídico supone la realización del riesgo en virtud del cual se prohíbe la conducta, explica que el problema de fondo tiene que ver con la concurrencia de diferentes riesgos en el curso lesivo, lo que obliga a analizar si el riesgo determinante del resultado es «reconducible» a la conducta del autor¹⁹⁵. A partir de ahí, da un paso más en el desarrollo de esta teoría del fin de protección de la norma y sostiene que cuando se plantea la pregunta de si el resultado efectivamente producido es uno de los riesgos que la norma quería evitar, lo que se cuestiona, en realidad, es si el riesgo relacionado con ese resultado es un riesgo jurídicamente relevante, y para resolver esta cuestión se debe acudir, a su juicio, a los criterios desarrollados previamente para determinar el carácter desaprobado de la conducta, entre los que se incluyen el criterio de la previsibilidad, el del riesgo

problema y que, por tanto, la muerte del niño que toma esa medicina se hubiera podido producir igualmente aunque el farmacéutico hubiera actuado de manera correcta negándose a entregar la medicina en tanto que no le fuera presentada la receta.

¹⁹¹ *RDCir*, 1965, p. 674: así, por ejemplo, en el caso del médico que suministra cocaína en lugar de novocaína, en tanto que pudiera reconocerse que, estadísticamente, la cocaína produce mayor número de muertes que la novocaína.

¹⁹² *RDCir*, 1965, pp. 676-677.

¹⁹³ *RDCir*, 1965, pp. 680-682.

¹⁹⁴ *RDCir*, 1965, pp. 677-682.

¹⁹⁵ *La imputación objetiva del resultado*, pp. 261-263.

permitido y el del principio de confianza¹⁹⁶. Una vez reconocido esto, a MARTÍNEZ ESCAMILLA le surge la duda de cuál es entonces la necesidad de utilizar un nuevo criterio basado en el fin de la norma, pues parece que lo decisivo es el reconocimiento de un desvalor de acción o de un riesgo jurídicamente desaprobado en relación con un determinado resultado¹⁹⁷. Para aportar algún sentido al criterio del fin de la norma, concluye diciendo que los problemas no pueden resolverse por completo mediante una reconducción a los criterios relacionados con la creación de un riesgo desaprobado porque es necesario profundizar en las particulares cuestiones que se plantean con respecto a la relación entre el riesgo y el resultado, indicando que en esa labor de profundización el criterio del fin de protección de la norma puede ser útil como punto de partida¹⁹⁸.

Esta breve exposición puede ser suficiente para demostrar que las dos teorías que históricamente se han utilizado para desarrollar el estudio de la imputación objetiva del resultado terminan, en realidad, confluyendo en un mismo punto; finalmente, ambas teorías parecen dar a entender, efectivamente, que para establecer la relación entre la conducta (generadora de un riesgo típicamente desaprobado) y el resultado lesivo, lo que hay que hacer, básicamente, es valorar la conducta (o el riesgo de la conducta) desde una perspectiva *ex post*; es decir, desde una perspectiva en la que se tengan en cuenta aspectos distintos a los que en un primer momento condicionaron la valoración destinada a reconocer su carácter típicamente desaprobado. Al fin y al cabo, cuestionar la idoneidad de la norma de conducta desde un punto de vista *ex post*, en atención a los riesgos que en el caso concreto concurren en la producción del resultado lesivo, supone también, de alguna manera, examinar cuál es la finalidad de la norma con respecto al curso lesivo concretamente producido y redefinir el riesgo generado como un riesgo no permitido o típicamente desaprobado. Se trata, en todo caso, de averiguar si los riesgos concurrentes que aparecen *ex post* –y cuya existencia es precisamente la que se sospecha cuando se considera que el resultado lesivo se hubiera podido

¹⁹⁶ *La imputación objetiva del resultado*, pp. 270-271.

¹⁹⁷ *La imputación objetiva del resultado*, pp. 271-272.

¹⁹⁸ *La imputación objetiva del resultado*, pp. 273-274.

producir igualmente con la conducta debida— quedan o no abarcados por el riesgo inicial o por la norma de cuidado que ha servido para desvalorar ese riesgo inicial.

En este sentido, resulta necesario, por otra parte, matizar aquellas concepciones que, en los últimos años, han intentado restar importancia a este segundo nivel del juicio de imputación objetiva. Cuando FRISCH afirma que la imputación del resultado pasa, simplemente, por comprobar que el riesgo que se ha producido en el resultado es el riesgo que inicialmente se ha considerado típicamente desaprobado, da la impresión de que traslada todas las consideraciones valorativas o normativas al primer nivel de imputación (al estudio del carácter típico de la conducta), como si una vez reconocida la existencia de un riesgo típicamente desaprobado, bastara una constatación fáctica de que ese riesgo es el que ha causado el resultado. Sin embargo, para llegar a esa conclusión, lo que hace, en realidad, es valorar el riesgo tomando como referencia factores que aparecen *ex post*, siguiendo, por tanto, un procedimiento que, además de resultar igualmente valorativo, es distinto del que se utiliza para reconocer el primer nivel de imputación (o el carácter típico de la conducta). Lo que sí es cierto es que la valoración se sigue realizando sobre el riesgo que encierra la conducta y que los criterios de valoración son semejantes a los que se manejan para determinar su carácter típicamente desaprobado. Si resulta conveniente diferenciar entre dos niveles de imputación no es, en todo caso, porque uno resulte más valorativo que otro, sino porque el primero supone la valoración del riesgo con respecto a un resultado general o abstracto (perspectiva *ex ante*) y el segundo supone una valoración del riesgo con respecto a un resultado concreto (perspectiva *ex post*)¹⁹⁹.

Desde este punto de partida, se puede llegar a la conclusión de que los criterios susceptibles de ser utilizados para reconocer la realización del riesgo en el resultado son los mismos que se aplican desde una perspectiva *ex ante* para determinar el carácter típicamente desaprobado del riesgo. El riesgo típicamente desaprobado se realiza en el resultado cuando las mismas razones que han llevado a considerarlo desaprobado *ex ante*, permiten considerarlo desaprobado *ex post*.

¹⁹⁹ Cfr., en este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (edit.), *Omisión e imputación objetiva*, pp. 106-107, n. 14.

Esto no significa que los delitos de lesión se acaben convirtiendo en delitos de peligro, pues no basta con que exista un riesgo desaprobado *ex post*, sino que es necesario que la desaprobación del riesgo se mantenga hasta el último momento. En el caso de la cocaína, por ejemplo, aunque desde el punto de vista *ex post* pueda decirse que existe un riesgo de que el paciente muera por una embolia pulmonar, si la muerte finalmente se produce por un colapso, y en ese colapso la cocaína no influye de ningún modo, la valoración del riesgo termina siendo distinta: con respecto a una muerte por colapso, el suministro de cocaína no representa un riesgo típicamente desaprobado. Lo que hay que hacer, por tanto, es definir el curso lesivo efectivamente producido (incluyendo todos los factores que puedan ser relevantes para la valoración) y examinar si, en atención a ese concreto curso lesivo, la conducta sigue representando un riesgo típicamente desaprobado. Para ello, no se debe renunciar a la precisión y sistematicidad que se intenta mantener en el primer nivel de imputación. Utilizando los mismos criterios desarrollados en ese primer nivel de imputación se consigue evitar que el reconocimiento de la relación entre el riesgo y el resultado termine incurriendo en soluciones *ad hoc*.

4.2. *El principio de autorresponsabilidad como criterio de valoración «ex post»*

El riesgo típicamente desaprobado se realiza en el resultado lesivo cuando los mismos criterios que permiten considerarlo desaprobado con respecto a un resultado abstracto (desde una perspectiva *ex ante*) permiten considerarlo desaprobado con respecto a un resultado concreto (desde una perspectiva *ex post*). Así, por ejemplo, si uno de los criterios manejados es, como aquí se ha reconocido, el propio concepto de riesgo (basado en la adecuación o previsibilidad), lo que hay que analizar, en primer lugar, es si la conducta representa un riesgo –mínimamente relevante– frente al resultado concretamente producido. Si se dispara sobre una persona que finalmente muere por sufrir una reacción alérgica en el hospital en el que es atendida del disparo, puede decirse que, si bien se crea un riesgo típicamente desaprobado de cara a un delito de homicidio, no se puede imputar el resultado porque la forma de producirse la muerte apenas es previsible y, por tanto, el riesgo o la conducta generadora de ese

riesgo no puede ser desvalorada *ex post*. Igualmente, se puede manejar el criterio del riesgo permitido cuando, aceptándose la previsibilidad del resultado concreto, el riesgo termina incluyéndose dentro del límite permitido. Si la muerte de la persona que ha recibido el disparo no se produce por una reacción alérgica, sino por un accidente producido mientras la ambulancia lo trasladaba al hospital, se podría negar la imputación entendiendo que el riesgo de ser trasladado en una ambulancia es un riesgo permitido y que, por tanto, el riesgo del disparo deja de estar desvalorado *ex post*.

En cuanto al principio de autorresponsabilidad, puede decirse lo mismo. Aunque la conducta suponga la creación de un riesgo típicamente desaprobado, desde el momento en que el riesgo o algún factor del riesgo entra en el ámbito de responsabilidad de un tercero, se puede negar la imputación del resultado de acuerdo con los mismos requisitos que desde el punto de vista *ex ante* permiten establecer una delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad. Puede ocurrir que el riesgo salga del ámbito de responsabilidad del primer sujeto y atraviese el ámbito de responsabilidad de un tercero, como en el caso en el que la muerte de la persona que ha recibido el disparo se produce finalmente por la propia negligencia de esa persona o por un error médico (prohibición de regreso), o puede ocurrir que el riesgo se vea condicionado con la conducta incorrecta de un tercero que comparte con el autor la competencia por el riesgo, como en el caso del conductor que, circulando con exceso de velocidad, colisiona con otro vehículo causando la muerte de uno de sus ocupantes que no lleva puesto el cinturón de seguridad (principio de confianza). Se trata de casos en los que, si se hubiera tenido en cuenta la conducta incorrecta del tercero desde una perspectiva *ex ante*, se habría podido descartar el carácter típicamente desaprobado del riesgo. La conducta del sujeto infringe un deber de cuidado o supone la creación de un riesgo típicamente desaprobado con respecto a un curso causal abstracto, pero no con respecto a la concreta conducta incorrecta del tercero que finalmente contribuye a la producción del resultado lesivo. Puede decirse, en este sentido, que los requisitos necesarios para poder aplicar en estos casos el principio de autorresponsabilidad y excluir la imputación del resultado ante la conducta incorrecta del tercero desde un punto de vista *ex post* son los mismos que se

indicaban en su momento para excluir la imputación de la conducta desde un punto de vista *ex ante*.

A partir de ahí, conviene hacer algunas puntualizaciones sobre ciertas cuestiones relacionadas con la imputación del resultado que suelen ser analizadas al tratar el principio de confianza.

Por una parte, con respecto a la «conurrencia de culpas», hay que decir que bajo esta rúbrica no pueden desarrollarse propuestas de solución distintas a las que ofrecen los criterios basados en el principio de autorresponsabilidad. Incluso puede decirse que es preferible renunciar por completo a esta expresión. Partiendo de la tesis, hoy ya ampliamente aceptada, de que la «culpa» de los terceros no afecta a la relación causal con el resultado, sino sólo a la relevancia o valoración jurídica de esa relación, hay que reconocer que la importancia que puede llegar a tener la intervención de los terceros es la misma al determinar la infracción del deber de cuidado o la creación de un riesgo típicamente desaprobado que al establecer la relación entre la conducta y el resultado. Es precisamente la concurrencia de una «culpa» o de una conducta incorrecta por parte de un tercero la que se toma como referencia al definir el principio de confianza. Aunque para determinar la infracción del deber de cuidado se tenga en cuenta la *posible* concurrencia (perspectiva *ex ante*), y para establecer la relación con el resultado se tenga en cuenta la *efectiva* concurrencia (perspectiva *ex post*), si se le concede a esta idea de la concurrencia de culpas un significado independiente, más allá de utilizarse una terminología incorrecta que parece presuponer la culpa o imprudencia del autor, surgen dos importantes inconvenientes. En primer lugar, se corre el riesgo de prescindir de un criterio basado en la posible conducta incorrecta de los terceros que pueda servir para precisar el alcance del deber de cuidado. Al exponer la evolución experimentada por el principio de confianza en el ámbito del tráfico viario, se veía cómo, efectivamente, cuando el Tribunal Supremo, a partir de los años setenta del pasado siglo, empezaba a utilizar la tesis de la concurrencia de culpas, renunciaba a aclarar la relación entre el principio de confianza y el principio de defensa, llegando a afirmar que, aunque por lo general hay que contar con la conducta incorrecta de los terceros, el principio de confianza permite considerar que la culpa o imprudencia concurrente de los

terceros, según su aportación causal, puede servir para rebajar o incluso excluir la imprudencia del autor. En lugar de concretar en qué casos se debe contar con la conducta incorrecta del tercero o en qué casos la conducta incorrecta del tercero puede excluir la relación con el resultado, el Tribunal Supremo optaba por una metodología excesivamente imprecisa y contradictoria en la que, realmente, la intervención de los terceros no presentaba ninguna particularidad frente a cualquier otro factor causal. En segundo lugar, aunque no se llegara a cuestionar la validez de la aplicación del principio de confianza (y de sus correspondientes limitaciones) para desarrollar un criterio con el que determinar la infracción del deber de cuidado, si se acude a la idea de la concurrencia de culpas para valorar la relación con el resultado, se sigue corriendo el riesgo de utilizar una metodología excesivamente imprecisa que puede dar lugar a soluciones contradictorias. Si desde el punto de vista *ex ante*, la conducta del tercero es tenida en cuenta para aplicar el principio de confianza y, desde el punto de vista *ex post*, la misma conducta es tenida en cuenta para apreciar una concurrencia de culpas, se puede terminar dando a la conducta del tercero un tratamiento diferenciado que no parece estar justificado. Así ocurriría si después de negarse la aplicación del principio de confianza y reconocerse la infracción del deber de cuidado, se plantease la posibilidad de reducir la responsabilidad por la concurrencia de una intervención incorrecta de un tercero sin analizar detenidamente cuál es la relación entre los dos ámbitos de responsabilidad concurrentes. Si la conducta incorrecta del tercero *ex ante* hubiera podido tenerse en cuenta para negar la infracción del deber de cuidado, esa misma conducta no puede servir *ex post* para rebajar simplemente la responsabilidad. Y a la inversa: si la conducta incorrecta del tercero *ex ante* no hubiera podido desvincularse del deber de cuidado del primer sujeto, esa misma conducta no puede servir *ex post* para rebajar o excluir la responsabilidad.

Imagínese un caso en el que un conductor no se detiene ante un semáforo en rojo y colisiona con otro vehículo causando la muerte de uno de sus ocupantes que no llevaba puesto el cinturón de seguridad. Si cabe pensar que la norma que prohíbe circular con el semáforo en rojo no representa una medida de doble aseguramiento con respecto al riesgo que encierra no llevar puesto el cinturón de seguridad y que, por tanto, el

conductor puede confiar en que los terceros cumplan a su vez con la norma que les obliga a llevar el cinturón, la conducta incorrecta del tercero que efectivamente se produce debe valorarse en ese mismo sentido. Si se demuestra que la muerte se produce por no haber llevado puesto el cinturón de seguridad, la solución no es rebajar la responsabilidad del primer sujeto, sino negar la imputación del resultado. Se puede discutir si hay o no doble aseguramiento y si, por tanto, no tendría realmente cabida la aplicación del principio de confianza (o, incluso, si ello sólo debe servir para atenuar el desvalor de la conducta *ex ante*), pero, en todo caso, no parece correcto cambiar la solución en función de la perspectiva de enjuiciamiento. Por la misma razón, en sentido inverso, si se entiende que la norma que prohíbe circular con exceso de velocidad sirve también para permitir que los conductores puedan reaccionar con mayor facilidad ante las invasiones incorrectas de la calzada por parte de los peatones, la conducta incorrecta del peatón no podrá ser tenida en cuenta ni para aplicar el principio de confianza a la hora de determinar el deber de cuidado, ni para excluir la imputación o rebajar la responsabilidad apelando a la concurrencia de culpas. La solución pasa, en definitiva, por analizar los presupuestos de aplicación del principio de confianza y valorar la posibilidad de aplicarlo desde un punto de vista *ex post*.

Por otra parte, la tesis aquí adoptada en relación con la posibilidad de aplicar el principio de confianza para determinar la imputación objetiva del resultado obliga a hacer algunas observaciones sobre la idea de que «sólo puede confiar quien se ha comportado correctamente». Esta idea, como se veía al exponer los presupuestos de aplicación generalmente reconocidos al principio de confianza, si bien suele ser utilizada para limitar la aplicación de este principio, ha sido muy criticada porque parece olvidar que la cuestión de si se puede o no confiar sirve precisamente para saber si se ha actuado o no correctamente. Suele decirse, en ese sentido, que tal afirmación sólo puede tener relevancia para analizar la relación entre la conducta y el resultado y que, en todo caso, debe ser matizada para no incurrir en un *versari in re illicita*. Se exige, por ello, que la conducta incorrecta del autor esté de alguna manera relacionada con la del tercero, bien por haberla motivado, bien por haber contravenido una norma de cuidado

que sirva para evitarla. A este respecto, hay que decir, sin embargo, que esta exigencia no se deriva tanto de criterios especiales referidos a la necesaria relación entre la conducta y el resultado, como de los propios presupuestos de aplicación del principio de confianza. No hay ninguna necesidad de reconocer más presupuestos de aplicación del principio de confianza que los ya analizados, ni para definir el deber de cuidado ni para establecer la relación entre la conducta y el resultado. La necesidad de matizar la afirmación de que «sólo puede confiar quien se comporta correctamente» es la misma con independencia de que se interprete en relación con la determinación del deber de cuidado o en relación con la imputación del resultado. Las razones por las que el sujeto que se comporta incorrectamente no puede confiar en la conducta correcta del tercero (y por las que, por tanto, se puede llegar a tener que imputar el resultado) deben buscarse en los presupuestos de aplicación del principio confianza analizados en su momento. En este sentido, deben hacerse algunas puntualización sobre la idea de que no se puede confiar (o se puede imputar el resultado) cuando el sujeto, con su conducta incorrecta, provoca la conducta incorrecta del tercero. En realidad, en estos casos sólo se puede negar la posibilidad de confiar si cabe pensar que el tercero deja de ser responsable, pues la delimitación de ámbitos de responsabilidad sólo es posible ante terceros responsables que cuenten con algún deber de cuidado. El conductor que no cambia a tiempo las luces de carretera por la luces de cruce no puede confiar, por ejemplo, en que el tercero que viene de frente no se salga de su carril al resultar deslumbrado y provoque con ello un accidente. En cambio, si al tercero se le pudiera considerar responsable, el mero hecho de que el primer sujeto, con su conducta incorrecta, de lugar a la conducta incorrecta del tercero no es razón suficiente para descartar la posibilidad de confiar; para ello sería necesario que la norma de cuidado que incumple el primer sujeto imponga un deber de cuidado hacia la conducta del tercero o establezca una medida de doble aseguramiento. En este sentido, lo correcto es afirmar, como advierten algunos autores, que no se puede confiar (o se puede imputar el resultado) cuando el sujeto contraviene una norma de cuidado que sirve precisamente para evitar la conducta incorrecta del tercero.

Por lo demás, la confusión que produce la afirmación de que «sólo puede confiar quien se comporta correctamente» se debe a lo difícil que resulta a

menudo diferenciar entre un riesgo relacionado con un resultado en abstracto (perspectiva *ex ante*) y un riesgo relacionado con un determinado curso lesivo (perspectiva *ex post*). El hecho de que el principio de confianza sirva para delimitar el deber de cuidado con respecto a una determinada clase de riesgos (aquellos derivados de la intervención incorrecta de un tercero) hace todavía más difícil esa diferenciación. En todo caso, hay que tener en cuenta que igual que puede ocurrir que *ex ante* el riesgo esté desaprobado en relación con muy distintos cursos lesivos y *ex post* se considere que el resultado efectivamente producido no queda incluido dentro de esos cursos lesivos, también puede ocurrir que *ex ante* la confianza quede excluida con respecto a determinadas conductas incorrectas de los terceros y que *ex post* condicione el resultado una conducta incorrecta de un tercero respecto de la cual no puede considerarse excluida la confianza.

Si un conductor, en contra de lo establecido por la norma, circula por la izquierda, puede entenderse que infringe el deber de cuidado o que crea un riesgo no permitido frente a los conductores que vienen de frente. Si atropella a un peatón que cruza incorrectamente la carretera, habrá que reconocer, sin embargo, que no se le puede imputar el resultado porque con respecto a ese resultado -o mejor: con respecto al riesgo que encierra la conducta incorrecta del peatón que causa ese resultado- se encuentra amparado por el principio de confianza. En cambio, si circula con exceso de velocidad y se considera que la norma que establece el límite de velocidad sirve entre otras cosas para garantizar que los conductores puedan reaccionar a tiempo ante determinadas conductas incorrectas de los terceros (existencia de una medida de doble aseguramiento), cabe pensar que no sólo infringe un deber de cuidado desde el punto de vista *ex ante*, sino que, además, en caso de atropellar a un peatón que cruza incorrectamente la carretera, se le puede imputar el resultado desde el punto de vista *ex post*. Sin embargo, si ese mismo conductor que circula con exceso de velocidad provoca una ligera colisión con otro vehículo causando la muerte de uno de sus ocupantes que no lleva puesto el cinturón de seguridad, en tanto que pueda entenderse que la muerte se produce efectivamente por no llevar puesto el cinturón y que la norma que obliga a circular más despacio no tiene como finalidad compensar el riesgo de esa conducta incorrecta (inexistencia de una medida de doble aseguramiento), aunque se reconozca la infracción de un deber de

cuidado desde el punto de vista *ex ante*, podrá negarse la imputación del resultado desde el punto de vista *ex post*.

CONCLUSIONES

I El principio de confianza se fundamenta en el *principio de autorresponsabilidad*; es decir, en la idea de que, en principio, los sujetos sólo son responsables de lo que hacen ellos mismos y no de lo que hacen los demás. Este principio de autorresponsabilidad es propio de los ordenamientos jurídicos de carácter liberal que, inspirándose en la máxima *neminem laedere*, conceden primacía a los *deberes negativos* de no lesionar frente a los a los *deberes positivos* de evitar la lesión. En estos ordenamientos se da a entender, efectivamente, que el principal deber de un sujeto es no lesionar a los demás y que sólo en casos especiales la no evitación de la lesión adquiere la misma relevancia que la propia lesión. De ello se deduce la necesidad de identificar los riesgos que surgen del propio ámbito de actuación y que pueden dar lugar a la infracción de un deber negativo de no lesionar. A partir de ahí, el principio de autorresponsabilidad reconoce la posibilidad de delimitar el propio ámbito de actuación dejando fuera los riesgos que forman parte del ámbito de responsabilidad de un tercero; haciendo ver que la misma relación negativa que, por regla general, se establece frente a los bienes jurídicos de los terceros, se puede establecer también frente al ámbito de responsabilidad de los terceros.

II El principio de autorresponsabilidad conduce a una delimitación *normativa* y *objetiva* del ámbito de responsabilidad. Es una delimitación normativa porque no se basa en la causalidad o en la dominabilidad, sino en consideraciones valorativas relacionadas con el interés jurídicamente reconocido de permitir a los sujetos no tener que preocuparse de lo que hacen los terceros en su propio ámbito de responsabilidad. Es una delimitación objetiva porque lo determinante es la relación negativa con los terceros y no la representación que pueda tener el sujeto sobre el riesgo; la relación que se mantiene con el riesgo no se ve alterada por el hecho de que el sujeto tenga una mayor o menor representación del riesgo.

III A la hora de delimitar negativamente el ámbito de responsabilidad, el principio de autorresponsabilidad presenta un *doble alcance*: puede excluir la relación con el riesgo en general o la relación con un aspecto concreto de ese riesgo. En este sentido, puede operar en dos momentos diferentes, fundamentando dos criterios de valoración igualmente diferentes: la prohibición de regreso y el principio de confianza.

IV La *prohibición de regreso* es una manifestación del principio de autorresponsabilidad que sirve para delimitar negativamente la *posición de garante de control de un riesgo*. Para comprender esta afirmación, hay que partir de la tesis de que en los delitos en los que se castiga la producción de un resultado lesivo, ya sean activos u omisivos, es necesario que el sujeto ostente una posición de garante; es decir, que tenga una especial relación con el riesgo y sea competente de evitar que ese riesgo amenace el bien jurídico protegido. Puede tratarse de una relación directa con el riesgo (posición de garante de control = relación negativa con el bien jurídico) o de una relación con el bien jurídico amenazado por el riesgo (posición de garante de protección = relación positiva con el bien jurídico cualificada con respecto a la relación basada en una mínima o general solidaridad). La prohibición de regreso limita negativamente la posición de garante de control porque permite entender que, por lo general, el riesgo que surge del ámbito de actuación de un sujeto deja de ser de su competencia cuando atraviesa el ámbito de responsabilidad de un tercero. A partir de ese momento, el sujeto sólo tiene una relación indirecta con la posible lesión del bien jurídico y sólo podrá ser responsable de lo realizado por el tercero de manera accesoria a título de partícipe, conforme a las normas de la Parte General del Código Penal que permiten extender la responsabilidad a quienes no son autores de los delitos tipificados en la Parte Especial. En este sentido, puede decirse que el principio de autorresponsabilidad, mediante la prohibición de regreso, introduce un criterio que sirve para delimitar negativamente la relación de autoría, permitiendo diferenciar entre quienes son autores y quienes, al no serlo, sólo pueden responder como partícipes. El principio de autorresponsabilidad contribuye así a reconocer la existencia de un concepto restrictivo de autor tanto en los delitos dolosos, como en los delitos imprudentes.

V Los *presupuestos de aplicación* de esta prohibición de regreso son tres:

1) En primer lugar, es necesario que exista un ámbito de responsabilidad ajeno; es decir, que pueda entenderse que hay un tercero que pasa a ser responsable del riesgo que procede del primer sujeto. Más allá de eso, es irrelevante que la conducta del tercero se realice con dolo o con imprudencia o tenga carácter activo u omisivo. Sólo se puede dejar de establecer la prohibición de regreso cuando no interviene ningún tercero o cuando el tercero no es responsable. En tal caso, el primer sujeto puede llegar a responder como autor directo o como autor mediato.

2) En segundo lugar, la relación que mantiene el primer sujeto con el riesgo debe tener carácter negativo (inicial posición de garante de control de un riesgo) y debe verse mediada por la intervención posterior de un tercero. Si el sujeto mantiene una relación positiva con el bien jurídico (posición de garante de protección del bien jurídico) o el riesgo del que inicialmente es competente sólo confluye en un mismo punto con el riesgo del tercero, sin encontrarse ambos riesgos en una línea de actuación sucesiva, la relación con el riesgo no puede verse delimitada negativamente por la intervención del tercero y no hay prohibición de regreso. Se podría dar lugar a una autoría directa o a una autoría accesoria.

3) En tercer lugar, hay que descartar la existencia de razones excepcionales que puedan poner en duda la relación negativa que, con carácter general, se tiene con los terceros; es decir, la existencia de situaciones de competencia compartida con el riesgo, como las que se producen cuando los sujetos actúan de manera conjunta, forman parte de un equipo de trabajo o de una estructura organizada o participan en una determinada actividad especialmente peligrosa. Cuando así ocurre, hay que descartar también la posibilidad de delimitar negativamente la posición de garante y establecer una prohibición de regreso. En estos casos, se presenta la situación propia de una coautoría.

VI El *principio de confianza* es una manifestación del principio de autorresponsabilidad que sirve para delimitar negativamente el *deber de cuidado*

de quien ostenta una posición de garante o mantiene una especial relación con el riesgo. Una vez que se reconoce que el sujeto ostenta una posición de garante, es necesario determinar el alcance de su deber de cuidado. Para ello, puede acudirse una general ponderación de intereses como la que sirve de base al criterio del riesgo permitido, pero también puede aplicarse el principio de confianza como criterio fundamentado en el principio de autorresponsabilidad o en la delimitación normativa y objetiva de los ámbitos de responsabilidad. Este principio ofrece así un criterio independiente y complementario con respecto al criterio del riesgo permitido, conforme al cual se reconoce que, con carácter general, el sujeto que ostenta una posición de garante no tiene la obligación de cuidar de aquellos aspectos o de aquellas manifestaciones del riesgo que deben controlar los terceros, sino sólo de los que surgen o se encuentra en su propio ámbito de actuación.

VII Los *presupuestos de aplicación* de este principio de confianza son cuatro:

1) En primer lugar, es necesario que exista un ámbito de responsabilidad ajeno; es decir, que se pueda tomar como referencia el deber de cuidado de un tercer sujeto penalmente responsable. Frente a terceros irresponsables, como por ejemplo los niños, no puede aplicarse el principio de confianza; para limitar en tal caso el deber de cuidado, sólo puede acudirse a criterios como el del riesgo permitido que se basen en una general ponderación de intereses. Por lo demás, es irrelevante que el tercero actúe de manera dolosa o imprudente, así como que su conducta sea activa u omisiva.

2) En segundo lugar, ha de comprobarse que el deber de cuidado está fundamentado en una relación negativa con el riesgo. En atención a la primacía que, en principio, tienen los deberes negativos, puede decirse que lo normal es que el sujeto, con independencia de que su inicial relación con el riesgo se refleje en una posición de garante de control o en una posición de garante de protección, sólo debe cuidar aquellos aspectos o manifestaciones del riesgo que gestiona él mismo o que surgen de su propio ámbito de actuación; pero, excepcionalmente, puede ocurrir que el deber de cuidado se defina también de manera positiva incluyendo los aspectos del riesgo que pueden surgir del ámbito de actuación de un tercero; que es, precisamente, lo que sucede cuando el deber de cuidado se

presenta como una *medida de doble aseguramiento*. En tal caso, los deberes de uno y otro sujeto se superponen para evitar un mismo aspecto del riesgo, siendo el alcance de esos deberes completamente independiente de la posible conducta del tercero. Es necesario, por tanto, descartar la excepcional existencia de estas medidas y confirmar la presunción que se deriva de la delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad.

3) En tercer lugar, ha de comprobarse que el deber de cuidado parte de una relación negativa con el tercero; es decir, que el sujeto no tenga un *deber de cuidado frente a la actuación del tercero*. Excepcionalmente, sobre todo en el marco de relaciones de carácter vertical, el sujeto puede ver definido su deber de cuidado en función de su particular relación con el tercero, como ocurre cuando los superiores jerárquicos tienen deberes de selección, coordinación, control o supervisión. Aquellos aspectos de la conducta de los terceros que queden abarcados por estos deberes no pueden ser objeto de confianza. No obstante, estos deberes rara vez llegan a excluir por completo la posibilidad de confiar, pues lo normal es que haya una parte de la conducta o de la tarea del tercero que no quede bajo el cuidado del superior.

4) En cuanto lugar, es necesario que no haya circunstancias en el caso concreto que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero. Si es evidente que el tercero no va a actuar correctamente, no se puede aplicar el principio de confianza. Esta limitación se introduce únicamente con respecto al principio de confianza –y no con respecto a la prohibición de regreso– porque no se deriva directamente del principio de autorresponsabilidad o de la relación negativa que se tiene, por lo general, con los bienes jurídicos y las actuaciones de los terceros, sino de la necesidad de concretar el alcance del deber de cuidado cuando el sujeto ostenta una posición de garante o una posición de especial vinculación con el riesgo. Constituye, en este sentido, una limitación externa al principio de autorresponsabilidad que responde a la necesidad de introducir otras consideraciones valorativas en el momento de concretar el deber de cuidado. De hecho, este proceso de concreción se produce de la misma manera en casos en los que se atiende directamente a la normas que regulan una determinada actividad para delimitar el riesgo permitido; es decir, en casos en los que no se parte

propriadamente del principio de autorresponsabilidad. La delimitación negativa del deber de cuidado a la que conduce el principio de autorresponsabilidad y en la que se fundamenta el principio de confianza, es una delimitación *abstracta* e *indiciaria*. Supone reconocer que, en principio, dada la primacía con la que cuentan los deberes negativos, hay un interés en delimitar el ámbito de actuación del sujeto destacando el carácter negativo o descentralizado de su relación con los terceros. El reparto o la delimitación de tareas se presenta así como un factor positivo que, en un primer momento, condiciona la valoración de la conducta del sujeto y la determinación de su deber de cuidado. Ello, sin embargo, sólo llega a resultar decisivo cuando no hay otros factores distintos que condicionen en mayor medida la valoración. En todo caso, estos otros factores capaces de alterar la valoración inicial no pueden encontrarse en el mismo plano abstracto que el principio de autorresponsabilidad, sino sólo en un plano más concreto. A la posibilidad de confiar en abstracto no se le puede oponer la mera posibilidad en abstracto de que el tercero se comporte incorrectamente, sino sólo una posibilidad en concreto. Sólo se limita la posibilidad de confiar cuando resulta evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente.

VIII El principio de confianza –y, en general, el principio de autorresponsabilidad– puede ser definido como un criterio de imputación objetiva que sirve para realizar el juicio de adecuación típica tanto en los delitos imprudentes, como en los delitos dolosos. A este respecto, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la imputación objetiva representa una valoración objetiva de la conducta en la que necesariamente deben estar incluidos los conocimientos del autor. Los criterios relacionados con el riesgo o con el carácter desaprobado del riesgo valoran la conducta realizada por el autor a partir de unos concretos conocimientos. Si, a pesar de ello, pueden considerarse criterios de carácter objetivo, es porque prescinden de la valoración o representación que tenga el autor acerca del riesgo; es decir, de aquel conocimiento del autor que puede ser determinante para reconocer el carácter doloso o imprudente de su conducta. Así pues, el hecho de que la aplicación del principio de confianza pueda depender de que el sujeto se represente o no la conducta incorrecta del tercero no impide que este criterio tenga un carácter esencialmente objetivo. Si lo que se representa el sujeto es o no relevante se determina de manera objetiva. En este

punto, el principio de confianza no presenta ninguna diferencia con respecto al criterio del riesgo permitido. Ambos criterios se caracterizan por conceder relevancia a la representación del sujeto cuando afecta a aspectos concretos que no se han tenido en cuenta en la abstracta ponderación inicial. En todo caso, aunque la conducta se defina de manera distinta en función de las concretas circunstancias del caso, la valoración se realiza conforme criterios de carácter objetivo. Lo que hace que decaiga la posibilidad de confiar no es la representación del autor acerca del riesgo de su conducta, sino la existencia de circunstancias que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero. Es irrelevante que el sujeto se represente actúe o no de manera dolosa. Aunque el sujeto se represente o persiga la producción del resultado típico, puede decirse que, en tanto que no haya circunstancias que limiten la aplicación del principio de confianza, su conducta seguirá estando cubierta por el riesgo permitido.

IX La prohibición de regreso y el principio de confianza son criterios de imputación objetiva que operan de igual forma ante la intervención de la propia víctima. En la medida en que a la víctima, como persona responsable, se le imponen ciertos deberes de cuidado sobre sus propios bienes jurídicos, también es posible establecer frente a ella una delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad. Puede afirmarse, efectivamente, que los sujetos, por regla general, conforme al principio de autorresponsabilidad, no son responsables de lo que pueda hacer la víctima en su propio ámbito de responsabilidad. Los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso y del principio de confianza son los mismos ante la intervención de un tercero y ante la intervención de la propia víctima. La particular condición de la víctima solamente es relevante en un momento posterior. En este sentido, es necesario diferenciar entre los casos en los que se establece una prohibición de regreso y solamente puede producirse una participación en una autolesión o autopuesta en peligro, y los casos en los que, no siendo posible establecer esa prohibición de regreso, se produce una heterolesión o heteropuesta en peligro. En el primer caso, la particular condición de la víctima permite afirmar que el sujeto participa en una conducta atípica y que su actuación, por tanto, salvo que pueda definirse como una inducción o cooperación al suicidio (arts. 143.1 y 143.2 CP), debe considerarse impune. En el segundo caso, la particular condición de la víctima conduce a que, en aquellos

casos en los que no es posible aplicar el principio de confianza para excluir la imputación, deba tenerse en cuenta la especial facultad de la víctima para asumir el riesgo, pues cuando lo asume consciente y voluntariamente, también es posible llegar a la conclusión de que la conducta del autor, salvo que de lugar a una cooperación ejecutiva al suicidio (art. 143.3 CP) o a unas lesiones consentidas (art. 155 CP), debe considerarse impune.

X La prohibición de regreso y el principio de confianza, al igual que el resto de los criterios que se manejan en la teoría de la imputación objetiva, sirven tanto para reconocer la creación de un riesgo típicamente desaprobado (imputación objetiva de la conducta), como para reconocer la relación entre ese riesgo y el resultado (imputación objetiva del resultado). Los presupuestos de aplicación son los mismos en uno y otro caso. La única diferencia radica en la perspectiva de enjuiciamiento: en el primer caso, estos criterios valoran la conducta desde una perspectiva *ex ante*, tomando como referencia un resultado típico en abstracto, y, en el segundo caso, valoran la conducta desde una perspectiva *ex post*, tomando como referencia el resultado concretamente producido. No hay razón, por tanto, para que, a la hora de analizar la relación entre el riesgo y el resultado, se utilicen distintos criterios de valoración. Se trata, simplemente, de analizar si, con respecto al resultado concretamente producido, los criterios de valoración utilizados para desvalorar el riesgo *ex ante*, permiten seguir llegando a la conclusión de que el riesgo se encuentra típicamente desaprobado *ex post*. En relación con los casos en los que media la intervención de un tercero, se extraen de ello tres importantes conclusiones. En primer lugar, se debe reconocer que, desde el punto de vista *ex post*, es igualmente irrelevante que el tercero actúe de manera dolosa o imprudente o que su conducta sea activa u omisiva. En segundo lugar, se debe rechazar la posibilidad de llegar a conclusiones distintas apelando a la idea de la concurrencia de culpas: lo que *ex ante* permitiría excluir la imputación también habrá de permitirlo *ex post*, y viceversa. En tercer lugar, hay que tener en cuenta que cuando se afirma que «sólo puede confiar quien se comporta correctamente», no se está diciendo nada nuevo con respecto a los límites con los que generalmente cuenta la posibilidad de confiar; tal afirmación sólo puede entenderse en el sentido de que no se puede confiar si el deber de cuidado del sujeto representa una medida

de doble aseguramiento o impone un deber de controlar o evitar la conducta incorrecta del tercero.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL

- «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», en: *ADPCP*, 1994, pp. 473-508.

ARROYO ZAPATERO, LUIS

- *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE

- *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., 1998 (cit.: Bacigalupo, *PG*⁵)

BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO

- *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994.

BAR, CARL LUDWIG VON

- *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Leipzig, 1871 (reimp. 1971) (cit.: v. Bar, *Kausalzusammenhang*).

BAUMANN, JÜRGEN

- «Zum Entwurf einer Straßenverkehrsordnung», en: *DAR*, 1966, pp. 29-37.

BERNER, ALBERT FRIEDRICH

- *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlín, 1847 (reimp. 1968) (cit.: Berner, *Teilnahme*).

BINDING, KARL

- *Die Normen und ihre Übertretungen, t. IV: Die Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919 (cit.: Binding, *Normen IV*).

BLOY, RENÉ

- *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, 1985 (cit.: Bloy, *Beteiligungsform*)

BÖHMER, EMIL

- «Die zivil- und strafrechtliche Rechtsprechung zum Verkehrsrecht», en: *JZ*, 1975, pp. 169-171.
- «Der Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehr in der Rechtsprechung», en: *JR*, 1967, pp. 291-293.

BOHNERT, JOACHIM

- «Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernorme», *JR*, 1982, pp. 6 y ss.

BOLEA BARDÓN, CAROLINA

- «Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. A propósito de la STS de 19 de mayo de 1994. p. García Ancos», en: *ADPCP*, 1994, pp. 375-394.

BRINKMANN, BERNHARD

- *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, Berlín, 1996 (cit.: Brinkmann, *Vertrauensgrundsatz*)

BROSE, JOHANNES

- «Aufgabenteilung im Gesundheitswesen. Horizontale und vertikale Arbeitsteilung auf klinischer und präklinischer Ebene», en: Claus Roxin/Ulrich Schroth (eds.), *Medizinstrafrecht (Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht)*, Stuttgart y otras, 2000, pp. 51-86 (cit.: Brose, en Roxin/Schroth (ed.) *Medizinstrafrecht*)

BUBNOFF, ECKHART VON

- *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg, 1966 (cit.: v. Bubnoff, *Entwicklung*).

BURGSTALLER, MANFRED

- *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Viena, 1974 (cit.: Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*)

BURI, MAXIMILIAN VON

- «Zur Lehre von der Tödtung», en : *GA* 11 (1863), pp. 753-765, 797-806, y *GA* 12 (1864), pp. 3-10.
- «Ueber Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung», en: *GA* 14 (1866), pp. 608-616 y 717-728.

BURKHARDT, BJÖRN

- «Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung - Zugleich ein Beitrag wider die “Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven”-», en: Jürgen Wolter/Georg Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, pp. 99-134. [= «Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”» (trad. Nuria Pastor Muñoz) en Jürgen Wolter/Georg Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Barcelona, 2004, pp. 153-192] (cit.: Burkhardt, en Wolter/Freund, *Straftat*).

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALAREE, HERNÁN

- «Significación social y tipicidad», en: *EPCr* V, 1980-1981, pp. 10-42.

CANCIO MELIÁ, MANUEL

- «La teoría de la adecuación social en Welzel», en: *ADPCP*, 1993, pp. 697-729.

- *Líneas básica de la teoría de la imputación objetiva*, México D.F., 2001 (cit.: Cancio Meliá, *La teoría de la imputación objetiva*).
- *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima en actividades arriesgadas*, Barcelona, 2001 (cit.: Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*²).

CEREZO MIR, JOSÉ

- *Curso de Derecho penal español. Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1998 (cit.: *PG II*⁶)

CLAUB, KARL

- «Vertrauen zum “Vertrauensgrundsatz”?», en: *JR*, 1964, pp. 207-210.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU

- *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989 (cit.: Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*).
- «Imputación “objetiva” en el delito imprudente», en: Luis María Díaz Valcárcel (dir.), *Causalidad e imputación objetiva. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pp. 35-80 (cit.: Corcoy Bidasolo, *CDJ*, 1994).

CRAMER, PETER

- *Straßenverkehrsrecht, Band I: StVO-StGB, Kommentar*, 2ª ed., Munich, 1977 (cit. Cramer, *Straßenverkehrsrecht*).

CRAMER, PETER y STERNBERG-LIEBEN, DETLEV

- Comentario al § 25, en: Schönke/Schröder, *StGB Kommentar*, 26ª ed., Munich, 2001 (cit.: Cramer/Sternberg-Lieben, *S/S*²⁶)

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN

- *El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª ed. Madrid, 2002 (cit.: Cuello Contreras, *PG*³).

DIEL, KATJA

- *Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1997 (cit.: Diel, *Regreßverbot*).

EBERT, UDO y KÜHL, KRISTIAN

- «Kausalität und objektive Zurechnung», en: *Jura*, 1979, pp. 561-576.

ENGISCH, KARL

- *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlin, 1930 (cit.: Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*)
- *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931 (cit.: Engisch, *Kausalität*)
- «Die Haftung des operierenden Chirurgen nach den §§ 222, 230 StGB für Fehler des Operationsschwester», en: *Langenbecks Archiv für Klinische Chirurgie*, tomo 288, 1958, pp. 573-589 (cit.: Engisch, *Langebecks Archiv* 288)

- «Wie ist rechtliche die Verantwortlichkeit des Chirurgen im Verhältnis zu Verantwortlichkeit des Anaesthesistes bei ärztlichen Operationen zu bestimmen und zu bregrenzen?», en: *Langenbecks Archiv für Klinische Chirurgie*, tomo 297, 1961, pp. 236-254 (cit.: Engisch, *Langebecks Archiv* 297)
- «Der finale Handlungsbegriff», en: Bockelman, Paul y otros (ed.), *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage dargebracht*, Berlín, 1944, pp- 141-179 (cit.: Engisch, *FS-Kohlrausch*)
- «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht», *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, Band I, Karlsruhe, 1960, pp. 401 y 437. (cit.: Engisch, *FS-BDJ I*)

ESER, ALBIN

- «"Sozialadäquanz": eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? – Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen-», en: Bernd Schünemann y otros (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlín, Nueva York, 2001, pp. 199-212 (cit.: Eser, *FS-Roxin*).

EXNER, FRANZ

- «Farhlässiges Zusammenwirken», en: August Hegler y otros (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Gerburtag*, Band I, Tübingen, 1930, pp. 569-597 (cit.: Exner, *FG-Frank I*).

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO

- *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho penal?*, Granada, 1998 (cit.: Feijoo Sánchez, *Límites de la participación criminal*).
- *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Madrid, 1999 (cit.: Feijoo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*).
- «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas», *RDPCr* 2ª época, nº extraordinario 1, marzo, 2000, pp. 93-138.
- *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Barcelona, 2001 (cit.: Feijoo Sánchez, *Resultado lesivo e imprudencia*)

FRANK, REINHARD

- *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18 Auflage, Tübingen, 1931 (cit.: Frank, *Strafgesetzbuch*¹⁸).

FRISCH, WOLFGANG

- *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988 (cit.: Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*).
- «Recensión a Schumann, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*», en: *JZ*, 1988, p. 655.

- *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Ventura Püschel, Arturo; Jaén Vallejo, Manuel; Cancio Meliá, Manuel; Reyes Alvarado, Yesid; Pérez del Valle, Carlos; de la Gándara Vallejo, Beatriz), Madrid, 1995.
- «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo» (trad. Paredes Castañón, José Manuel), en Mir Puig, Santiago y Luzón Peña, Diego-Manuel (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pp. 99-127. (cit.: Frisch, en Mir Puig/Luzón Peña, *Responsabilidad penal de las empresas*)
- «La imputación objetiva: estado de la cuestión» (trad. Robles Planas, Ricardo), en: VVAA, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, pp. 19-67.

FRISCH, WOLFGANG y ROBLES PLANAS, RICARDO

- *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 2005 (cit.: Frisch/Robles Planas, *Desvalorar e imputar*).

GALLAS, WILHELM

- *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des «verantwortlichen Bauleiters»*, Heidelberg, 1964 (cit.: Gallas, *Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*).
- «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», en: *ZStW* 67 (1955), pp. 1-46.

GEPPERT, KLAUS

- «Zur Unterbrechung des strafrechtlichen Zurechnungszusammenhangs bei Eigenschädigung/-gefährdung des Opfers oder Fehlverhalten Dritter», *Jura* 2001, pp. 490 y ss.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE

- «La causalidad en Derecho penal», en: *ADPCP*, 1962, pp. 543-579.
- «Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos», en: *RDCir*, 1965, pp. 593-602 y 673-684.
- *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966 (cit.: Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados*)
- «¿Qué es la imputación objetiva?», en: *EPCr* X (1987), pp. 167 y ss.

GOLTDAMMER, THEODOR

- «Fahrlässige Tötung. Töden oder Veranlassung des Todes. Ein Rechtsfall», en: *GA* 14 (1866), pp. 533-537.
- «Ueber den Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung bei fahrlässiger Todtung», en: *GA* 15 (1867), pp. 15-21.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL

- *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1984 (cit.: Gómez Benítez, *PG*).

GÜLDE, HERMANN

- «Auf dem Wege zu einem nationalsozialistischen Straßenverkehrsrecht», en: *JW*, 1935, pp. 1464-1468.
- «Vom Vertrauen der Verkehrsteilnehmer auf das verkehrsmäßige Verhalten der anderen», en: *JW*, 1936, pp. 423-425
- «Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts», en: *JW*, 1938, pp. 2785-2790.

HANNES, MIRIAM

- *Der Vertrauensgrundsatz bei arbeitsteiligen Verhalten*, Aachen, 2002 (cit.: Hannes, *Vertrauensgrundsatz*).

HARTMANN, ERICH

- *Das Kausalproblem im Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung des Verursachungsbegriffs des Strafgesetzbuchs*, Breslau, 1990 (reimp. 1977) (cit.: Hartmann, *Kausalproblem*)

HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO

- *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995 (cit.: Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto*)

HEIERLI, MATTHIAS

- *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt*, Zurich, 1996 (cit.: Heierli, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*)

HERZBERG, ROLF DIETRICH

- *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Colonia y otras, 1984.

HIPPEL, ROBERT VON

- *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1932 (cit.: v. Hippel, *Lehrbuch*),

HIRSCH, HANS JOACHIM

- «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», *ZStW* 74 (1962), pp. 78-135.
- «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», en: Eser, Albin y otros (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, Munich, 1988, pp. 119 y ss. (cit.: Hirsch, *FS-Lenckner*) [= «Acerca de la teoría de la imputación objetiva», (trad. Pastor, Daniel R.,) en: NDP 1998/A, pp. 87-110].

HONIG, RICHARD

- «Kausalität und objektive Zurechnung», en: Hegler, August y otros (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Band I*, Tübingen, 1930, pp. 174-201 (cit.: Honig, *FG-Frank I*).

HORN, ARNOLD

- «Causalität und Wirkensbegriff, dessen empirische Feststellung und criminalrechtliche Bedeutung», en: *GS* 54 (1897), pp. 321 y ss.

HRUSCHKA, JOACHIM

- «Reglas de comportamiento y reglas de imputación» (trad. Baldó Lavilla, Francisco), en *ADPCP*, 1994, pp. 343-356 [=«Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», en *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449-460].
- «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», en: *ZStW* 110 (1998), pp. 581-610 [= «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias» (trad. Sánchez-Ostiz, Pablo), en: *RDPCr* 5 (2000), pp. 189-218].

HUERTA FERRER, ANTONIO

- *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid, 1948 (cit.: Huerta Ferrer, *La relación de causalidad*).

JAKOBS, GÜNTHER

- «El delito imprudente» (trad. Manuel Cancio Meliá), en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 165 y ss. [= «Das Fahrlässigkeitsdelikt», en *Beiheft zur ZStW* 86 (1974), pp. 6 ss.]
- «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung», en: *ZStW* 89 (1977), 1-35 [= «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión» (trad. Manuel, Cancio Meliá), en: Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 241 y ss.]
- «Representación del autor e imputación objetiva» (trad. Carlos Suárez González), en: Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 223 y ss. [= «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en: Gerhard Dornseife y otros (ed.), *Gedachtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia y otras, 1987, pp. 271-288]
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungshere*, 2ª ed., Berlín, Nueva York, 1991 [= *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo) Madrid, 1995] (cit.: Jakobs, AT²).
- *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Manuel, Cancio Meliá), Madrid, 1996 (cit.: Jakobs, *La imputación objetiva*).
- «Observaciones sobre la imputación objetiva» (trad. Yamila Fakhouri Gómez), en: *RPJ* 56 (1999), pp. 119 y ss. [= «Bemerkungen zur objektiven Zurechnung», en: Thomas Weigend, Georg Küpper (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlín, Nueva York, 1999, pp. 45 y ss.]

JESCHECK, HANS-HEINRICH

- *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. de la 3ª ed. alemana y adiciones de Derecho español de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), Barcelona, 1981, [dos tomos] (cit.: Jescheck, *Tratado*).

JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS

- *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, 1996 (cit.: Jescheck/Weigend, AT⁵).

JORGE BARREIRO, AGUSTÍN

- *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990.

KAMPS, HANS

- *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, Berlín, 1981 (cit.: Kamps, *Ärztliche Arbeitsteilung*).

KAUFMANN, ARMIN

- «Zum Stande der Lehre von personalen Unrecht», en: Günther Stratenwerth y otros (ed.) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1974, pp. 393 y ss. (cit.: Kaufmann, *FS-Welzel*)
- «"Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?», en: Theo Vogler y otros (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo I, Berlín, 1985, pp. 251-271 [= «¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?» (trad. Joaquín Cuello Contreras) en: *ADPCP*, 1985, pp. 807-826] (cit.: Kaufmann, *FS-Jescheck I*).

KIENAPFEL, DIETHELM

- *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt, 1966 (cit.: Kienapfel, *Das erlaubte Risiko*).

KINDHÄUSER, URS

- «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *GA*, 1994, pp. 197-123.

KIRSCHBAUM, KLAUS

- *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, Berlín, 1980 (cit.: Kirschbaum, *Vertrauensschutz*).

KLEINWEFERS, HERBERT

- «Die Verkehrssicherheit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung» en: *VersR*, 1963, pp. 201 y ss.

KLUG, ULRICH

- «Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrecht», en: Paul Bockelmann y Wilhelm Gallas (ed.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, pp. 249 y ss. (cit.: Klug, *FS-Schmidt*),

KRATZSCH, DIETRICH

- «Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht», en: Rolf Dietrich Herzberg (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Colonia y otras, 1985, pp. 65-81 (cit.: Kratzsch, *FS-Oehler*).

KRAUB

- «Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht», en: *ZStW* 76 (1964), pp. 19 y ss.

KRIES, JOHANNES VON

- «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht», en: *ZStW* 9 (1889), pp. 528-537

KRUMME, ELISABETH

- «Wandlung des Vertrauensgrundsatzes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en: *ZverkS*, 1961, pp. 1 y ss.

KRÜMPELMANN, JUSTUS

- «Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation», en: Küper, Wilfried y otros (ed.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlín, Nueva York, 1987, pp. 289-306 (cit.: Krümpelmann, *FS-Lackner*).

KUHLEN, LOTHAR

- *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989 (cit.: Kuhlen, *Produkthaftung*).

KÜPER, WILFRIED

- «Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittels und Verantwortungsprinzip», en: *JZ*, 1989, pp. 935 y ss.

LAMPE, ERNST-JOACHIM

- «Täterschaft bei fahrlässiger Straftat», en: *ZStW* 71 (1959), pp. 579-616.

LARENZ, KARL

- *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1937 (cit.: Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*)
- «Tatzurechnung und "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges"», en: *NJW*, 1955, pp. 1009 y ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO

- *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994,

LENCKNER, THEODOR

- «Technische Normen und Fahrlässigkeit», en: Paul Bockelmann y otros (ed.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1969, pp.490 y ss. (cit.: Lenckner, *FS-Engisch*).
- Comentario previo a los §§ 13 y ss., en Schonke/Schröder, *StGB Kommentar*, 26ª ed (cit. S/S²⁶-Lenckner).

LESCH, HEIKO HARTMUT

- *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia y otras, 1999 (cit.: Lesch, *Verbrechensbegriff*).

LING, MICHAEL A.

- *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, Berlín, 1996. (cit.: Ling, *Unterbrechung*)

LISZT, FRANK VON

- *Tratado de Derecho penal*, (trad. Luis Jiménez de Asúa) (tomos II y III traducidos de la 20ª alemana), Madrid, 1914-1917 (cit.: v. Liszt, *Tratado II*²⁰, v. Liszt, *Tratado III*²⁰).

LISZT, FRANK VON y SCHMIDT, EBERHARDT

- *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil*, 26ª ed., Berlín, Leipzig, 1932 (cit. v. Liszt/Schmidt, *AT*²⁶)

LÜBBE, WEYMA

- «"Erlaubtes Risiko". Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschließungsgrunds», *Dtsch. Z. Philo.*, 43, 1995, nº 6, pp. 951-963.
- *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Friburgo, Munich, 1998 (cit.: Lübbe, *Verantwortung*).

LUDEN, HEINRICH

- *Abhandlungen aus den gemeinen teutschen Strafrechte, Band II: Ueber Thatbestand des Verbrechens*, Göttingen, 1840 (cit.: Luden, *Abhandlungen II*)

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL

- *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona, 1990.

MAIHOFFER, WERNER

- «Zur Systematik der Fahrlässigkeit. Die sogenannten vier Maßstäbe der Fahrlässigkeit als Grundelemente einer personalen Zurechnungslehre», en: *ZStW* 70 (1958), pp. 159 y ss.
- «Der Unrechtsvorwurf. (Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre)», en: Hohenleitner y otros (ed.), *Festschrift für Theodor Rittler*, Aalen 1957, pp. 141 y ss. (cit.: Maihofer, *FS-Rittler*)
- «Die soziale Handlungsbegriff», en: Bockelmann, Paul y Gallas, Wilhelm (ed.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, pp. 156 y ss. (cit.: Maihofer, *FS-Schmidt*)

MAIWALD, MANFRED

- «Zur Leitungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risikos" für die Strafrechtssystematik», Vogler, Theo y otros (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo I, Berlín, 1985, pp. 405 ss. (cit.: Maiwald, *FS-Jescheck I*).

MALAMUD GOTI

- «El riesgo permitido en el Derecho penal», en: *DP*, 1978, pp. 736 y ss.

MARAVÉR GÓMEZ, MARIO

- «La recepción del finalismo en España. Algunas consideraciones de carácter metodológico» en: *RJUAM*, nº 5, 2001, pp. 165-214.
- «Riesgo permitido por legitimación histórica», en: Montealegre Lynett, Eduardo (ed.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje a*

Günther Jakobs, tomo II, Bogotá, 2003, pp. 207-236 (cit.: Maraver Gómez, LH-Jakobs II).

MARTIN, LUDWIG

- «Der Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehrsrecht», en: *DAR*, 1953, pp. 164 y ss.
- «Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes?», en: *VersR*, 1958, pp. 139 ss.
- «Vertrauensgrundsatz und Kinder im Straßenverkehr», en: *DAR*, 1963, pp. 117 y ss.
- «Das defensive Fahren und der Vertrauensgrundsatz», en: *DAR*, 1964, pp. 299 y ss.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA

- *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- «¿Relevancia de los comportamientos alternativos conforme a derecho en la imputación objetiva del resultado?», en: Enrique Gimbernat Ordeig/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (ed.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, pp. 103-113 (cit.: Martínez Escamilla, en Gimbernat/Schünemann/Wolter, *Omisión e imputación objetiva*)

MAURACH, REINHART

- *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas de Córdoba Roda, Juan), (2 tomos), Barcelona, 1962 (cit.: Maurach, *Tratado*).

MAURACH, REINHART, GÖSSEL, KARL HEINZ y ZIPF, HEINZ

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil, tomo II. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch*, 7ª ed., Heidelberg, 1989 (cit.: Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*⁷).

MAYER, HELLMUTH

- *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, Colonia, 1953 (cit. H. Mayer, *AT*).
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967 (cit. H. Mayer, *AT* 1967)

MAYER, MAX ERNST

- *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, Eine Rechtsphilosophische Untersuchung*, Frankfurt am Main, 1967 (cit.: M. E. Mayer, *Causalzusammenhang*).

MECKEL, FRITZ

- *Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen*, Gießen, 1968 (cit.: Meckel, *Haftung für riskante Verhaltensweisen*).

MEURER, DIETER

- Recensión a Schumann, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunwert und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, en: *NJW*, 1987, pp. 2424-2425.

MEZGER, EDMUND

- *Tratado de Derecho penal* (cit. Mezger, *Tratado*).

MIR PUIG, SANTIAGO

- *Derecho Penal, Parte General, 6ª ed.*, (cit. Mir Puig, PG⁶)
- «La perspectiva *ex ante* en Derecho penal» en: Idem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 93-112 [= *ADPCP*, 1983, pp. 5 y ss.; = en: Vogler, Theo (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo I, Berlín, 1985, pp. 337 y ss) (cit.: Mir Puig, *Derecho penal*)
- «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en: Idem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 181-205 [= *ADPCP*, 1988, pp. 661 y ss.; = en: Dornseifer, Gerhard y otros (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia y otras, 1989, pp. 253 y ss)] (cit.: Mir Puig, *Derecho penal*).
- «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», en: Idem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 225-248 [= *ADPCP*, 1994, pp. 1 y ss.)
- En: VVAA, *Nuevas tendencias en política criminal una auditoría al Código penal español de 1995*, 2006

MÖHL, WOLFGANG

- «Gedanken zum Entwurf einer Straßenverkehrsordnung», en: *DAR*, 1964, pp. 1 y ss.
- «"Generalklauseln" der Straßenverkehrsordnung», en: *DAR*, 1975, pp. 60 y ss,

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO

- *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001 (cit.: Molina Fernández, *Antijuridicidad penal*)

MORALES PRATS, FERMÍN

- «Adecuación social y tutela penal del honor», en: *CPC*, 1988, pp. 663 y ss.

MÖRING, FRITZ

- «Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes?», en: *VersR*, 1957, pp. 634 y ss.

MÜLLER, FRITZ

- *Straßenverkehrsrecht*, 21ª ed., Berlín, 1959.

MÜLLER, ROLAND

- *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes bei typischen Verkehrswidrigkeiten*, Mainz, 1987 (cit.: R. Müller, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes*).

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES

- *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia... (cit.: Muñoz Conde/García Arán, PG⁵).

MURMANN, UWE

- *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlín, Heidelberg, 2005 (cit.: Murmann, *Selbstverantwortung*),
- *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Berlin, 1993 (cit. Murmann, *Nebentäterschaft*)

NAUCKE, WOLFGANG

- «Über das Regressverbot im Strafrecht», en: *ZStW* 76 (1964), pp. 409 y ss [= «Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal» (trad. Cancio Meliá, Manuel), en: *VVAA, La prohibición de regreso en Derecho penal*, Bogotá, 1998, pp. 17 y ss).

ORTMANN, RUDOLF

- «Die Lehre vom Kausalzusammenhang», en: *GA* 23 (1875), pp. 268 y ss.

OTTO, HARRO

- «Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht», en: Schroeder, Friedrich Christian y Zipf (ed.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 91-105 [= *Diagnosis causal e imputación del resultado en Derecho penal*] (trad. Sancinetti, Marcelo), en: *VVAA, La prohibición de regreso en Derecho penal*, Bogotá, 1998, pp. 65 y ss.] (cit.: Otto, *FS-Maurach*)
- «Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich», en: Seebode, Manfred (ed.), *Festschrift für Günther Spindel zum 70. Geburtstag*, Berlín, Nueva York, 1992, pp. 271-288 (Cit.: Otto-*FS-Spindel*)
- *Grundkurs. Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6ª ed., Berlín, Nueva York, 2000 (cit.: Otto, *AT*⁶).
- «Die Unterbrechung des Zurechnungs-zusammenhangs als Problem der Verantwortungs-zuschreibung», en: Dölling, Dieter (ed.) *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlín, 2003, pp. 491 y ss. (cit.: Otto, *FS-Lampe*)

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL

- *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995 (cit.: Paredes Castañón, *El riesgo permitido*).

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA

- *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995 (cit.: Paredes Castañón/Rodríguez Montañés, *El caso de la colza*),

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE

- *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990 (cit.: Peñaranda Ramos, *La participación en el delito*).
- «Homicidio», en: Miguel Bajo Fernández, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen. 1*, Madrid, 2003, pp. 21 y ss. (cit. Peñaranda Ramos, en: Bajo Fernández, *PE I*).

PETER, ANNE-MARIE

- *Arbeitsteilung im Krankenhaus aus strafrechtliches Sicht. Voraussetzung und Grenzen des Vertrauensgrundsatzes*, Baden, Baden, 1992 (cit.: Peter, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*).

PETERS, KARL

- «Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip», en: Günther Stratenwerth y otros (ed.) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1974, pp. 415 y ss. (cit.: Peters, *FS-Welzel*).

POMP, PAUL

- *Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, Breslau, 1911 (reimp. 1977) (cit.: Pomp, *Unterbrechung*)

PREUß, WILHELM

- *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974.

PUPPE, INGEBORG

- Comentario previo a los §§ 13 y ss., en: Ulfried Neumann/Heike Jung (ed.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 1995 (cit.: Puppe, *NK*).

RHEBERG, JÜRIG

- *Zur Lehre von „Erlaubten Risiko“*, Zurich, 1962.

RENZIKOWSKI, JOACHIM

- *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997 (cit.: Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*).

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO

- *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1978 (cit.: Rodríguez Mourullo, *PG*).

ROEDER, HERMANN

- *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau*, Berlin, 1969 (cit.: Roeder, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*).

ROLDÁN BARBERO, HORACIO

- *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Córdoba, 1992 (cit.: Roldán Barbero, *Adecuación social*).

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA

- *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981 (cit.: Romeo Casabona, *El médico y el Derecho penal*)

ROXIN, CLAUDIUS

- «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», en: ZStW 74 (1962), pp. 411-444 [=«Infracción del deber y resultado en los delitos

- imprudentes» (traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña), en: Roxin, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 149-180]
- «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, "Göttingen, 1970, pp. 133-150 [=«Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal» (traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña), en: Roxin, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 128-148] (cit.: Roxin, *FS-Honig*)
 - «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en: Karl Lackner y otros (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1973, pp. 241-259) [= «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes» (traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña), en: Roxin, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 128-148] (cit.: Roxin, *FS-Gallas*)
 - «Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht» en: G. Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Colonia, 1983, pp. 303 y ss. (cit.: Roxin, *FS-Klug*)
 - «Bemerkungen zum Regressverbot», en: Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler (ed.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlín, Nueva York, 1989, pp. 177-200 [= «Observaciones sobre la prohibición de regreso», (trad. Marcelo, Sancinetti), en VVAA, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, Bogotá, 1998, pp. 149 y ss.) (cit.: Roxin, *FS-Tröndle*).
 - «Zum Strafgrund der Teilnahme», en: Wilfried Küper/Jürgen Welp (ed.), *Beiträge zur rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 365 y ss (cit.: Roxin, *FS-Stree/Wessels*)
 - «Was ist Beihilfe», en: Kühne (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden, Baden, 1995, pp. 501 y ss. (cit.: Roxin, *FS-Miyazawa*)
 - «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», *CLR*, 50, 1994, p. 219 y ss.
 - *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3ª ed. Munich, 1997 (cit.: Roxin, *AT I*³)

RUDOLPHI, HANS-JOACHIM

- «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», en: *JuS*, 1969, pp. 549-57.
- «Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtliche Zurechnungsformen», en: Bernd Schünemann (edit.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín, 1984, pp. 69 y ss. [=El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal» (traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez) en Bernd Schünemann (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 81-93. (cit.: Rudolphi, en Schünemann (edit.), *Grundfragen*)
- Comentario previo al § 1, en *Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., Neuwied y otras, 1997 (cit.: Rudolphi-SK)

RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES

- La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Barcelona, 2001 (cit.: Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva*)

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER

- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Barcelona, 2002 (cit. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber*).

SANDERS, THEODOR

- «Vertrauensgrundsatz und Verkehrs-sicherheit», en: *DAR*, 1969, pp. 8 y ss.

SANCINETTI, MARCELO A.

- *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá, 1996

SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH

- «Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre», en: *ZStW* 72 (1960), pp. 369 y ss.

SCHIEMANN, GOTTFRIED

- «Das allgemeine Schädigungsverbot: “alterum non laedere”», en: *JuS*, 1989, pp. 345 y ss.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Studienbuch*, 2ª ed., Tübinga, 1975 (Schmidhäuser, *AT*²).

SCHMIDT, EBERHARD

- «Die mittelbare Täterschaft», en: Hegler, August y otros (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Band II, Tübingen, 1930, pp. 106-133 (cit.: Schmidt, *FG-Frank II*).
- *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939

SCHMOLLER, KURT

- «Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf. Zugleich ein Beitrag zur fahrlässigen Beteiligung», en *Festschrift für Otto Triffterer*, Viena, Nuev York, 1996, pp. 223 y ss. (cit.: Schmoller, *FS-Triffterer*)

SCHRODER, FRIEDRICH-CHRISTIAN

- Comentario al § 16, en: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar Grosskommentar*, 11ª ed., Berlín, Nuev York, 1994 (cit. Schroeder, *LK*¹¹).

SCHUMANN, HERIBERT

- *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, Tübingen, 1986 (cit: Schumann, *Selbstverantwortung*).

SCHÜNEMANN, BERND

- «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA* 1975, pp. 435 y ss., 511 y ss., 575 y ss., 647 y ss., 715 y ss., 787 y ss.

- «Die Regeln der Technik im Strafrecht», en: Wilfried Küper y otros (ed.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlín, Nueva York, 1987, pp. 367 y ss. (cit.: Schönemann, *FS-Lackner*)
- «Über die objektive Zurechnung», *GA*, 1999, pp. 207 y ss.

SCHÜRER-MOHR, WIEBKE

- *Erlaubte Risiken. Grundfragen des „erlaubten Risikos“ im Bereich der Fahrlässigkeits-dogmatik*, Frankfurt am Main y otras, 1998 (cit.: Shürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*)

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS

- *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991 (cit.: Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente*)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA

- «Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen», en Albien Eser/Barbara Huber/Karin Cornils (ed.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Friburgo, 1998, pp. 205-226 (cit.: Silva Sánchez, en: Eser/Huber/Cornils (ed.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung*)

SPENDEL, GÜNTHER

- «Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung»; *JuS*, 1974, 749 y ss.

STRATENWERTH, GÜNTHER

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 4ª ed., Colonia y otras, 2000 [= *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible* (trad. Manuel Cancio Melia y Marcelo A. Sancinetti), Madrid, 2005 (cit. Stratenwerth, *AT*⁴)
- «Arbeitstellung und ärztliche Sorgfaltspflicht» en: Paul Bockelmann y Wilhelm Gallas (ed.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, pp. 383 y ss. (cit.: Stratenwerth, *FS-Schmidt*)

STRUENSEE, EBERHARD

- «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *GA*, 1987, pp. 97 y ss. [= «Atribución objetiva e imprudencia» (trad. José Luis Serrano González de Murillo), en *CPC*, 1991, pp. 449-458].
- «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», en *JZ*, 1987, pp. 54-63 [= «El tipo subjetivo del delito imprudente» (trad. Joaquín Cuello Contreras) en: *ADPCP*, 1987, pp. 423-450]

SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO

- *Consideraciones en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963 (cit.: Suárez Montes, *La antijuridicidad en el finalismo*).

TRÄGER, L.

- *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburgo, 1904 (cit.: Trager, *Kausalbegriff*)

TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL

- «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986, pp. 33 y ss.

TRIFFTERER, OTTO

- *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Viena, 1985 (cit.: Triffterer, *AT*)

ULSENHEIMER, KLAUS

- «Pflichtwidrigkeitszusammenhang und Vertrauensgrundsatz in ihrer praktischen Bedeutung für die strafrechtliche Haftung des Arztes», en *FS-Weißbauer*, Berlín 1986, pp. 164 y ss.
- *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3ª ed., Heidelberg, 2003, (cit.: Ulsenheimer, *Arztstrafrecht*³)

UMBREIT

- *Die Verantwortlichkeit des Arztes für fahrlässiges Verhalten anderer Medizinalpersonen*, Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für fremde Fahrlässigkeit im Rahmen medizinischer Arbeitsteilung, Frankfurt am Main y otras, 1992 (ci.: Umbreit, *Verantwortlichkeit des Arztes*)

VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA

- *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, pp. 164 y ss.

VOGEL, JOACHIM

- *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1993 (cit.: Vogel, *Norm und Pflicht*).

WALTHER, SUSANNE

- *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und «Opfer» bei riskantem Zusammenwirken*, Friburgo, 1991 (cit.: Wather, *Eigenverantwortlichkeit*).

WEHRLE, STEFAN

- *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regressverbot?*, Basel y Frnakfurt am Main, 1986 (cit.: Wehrle, *Regreßverbot?*)

WELP, HANS

- *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín, 1968 (cit.: Welp, *Vorangegangenes Tun*).

WELZEL, HANS

- «Kausalität und Handlung» en: *ZStW* 51 (1931), pp. 703-720.
- «Studien zum System des Strafrechts», en: *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss.
- *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, Göttingen, 1951 (cit. : Welzel, *Naturrecht*)
- *Derecho Penal. Parte General*, (trad. Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker), Buenos Aires, 1956 (cit.: Welzel, *PG* 1956).

- *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas de J. Cerezo Mir, Barcelona, 1964 (cit.: Welzel, *El nuevo sistema*).
- *Das Deutsche Strafrecht*, Eine Systematische Darstellung, Berlín, 11ª ed., 1969 (cit.: Welzel, *AT*¹¹).

WIECHOWSKI, KONRAD

- *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, Breslau 1904 (reimp. 1977) (cit. Wiechowski, *Unterbrechung*)

WILHELM, DOROTHEE

- *Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin. Zu den rechtlichen Grenzen ärztlicher Sorgfalt*, Stuttgart, 1984 (cit.: Wilhelm, *Verantwortung und Vertrauen*)

WIMMER, AUGUST

- “Wie ist eine Vereinfachung des deutschen Straßenverkehrsrechts Möglich?”, *DAR*, 1961, pp. 1 y ss.
- “Der verpflichtende Unterbau des defensiven Kraftfahrens”, *DAR*, 1965, pp. 170 y ss.
- “Ausdehnung oder Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes”, *DAR*, 1963, pp. 369 y ss.
- “Die Rechtspflicht zum defensiven Fahren”, *DAR*, 1964, pp. 37 y ss.

ZACZYK, RAINER

- *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993 (cit. Zaczyk, *Selbstverantwortung*).

ZIPF, HEINZ

- «Rechtskonformes und Sozialadäquates Verhalten im Strafrecht», en: *ZStW* 82 (1970), pp. 633 y ss.

ZUGALDÍA ESPINAR

- «Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico», *RDCirc*, 1981.