



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

**REFORMA DE ESTADO: HACIA LA TUTELA REAL DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES SOCIALES MEDIANTE LA REGULACIÓN DE LA  
RESPONSABILIDAD COLECTIVA**

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA  
LUZ BERTHILA BURGUEÑO DUARTE

TUTOR PRINCIPAL  
DR. ENRIQUE DÍAZ ARANDA  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR  
DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN (Facultad de Derecho)  
DR. JUAN MANUEL VEGA GÓMEZ (Instituto de Investigaciones Jurídicas)  
DRA. MARISOL ANGLÉS HERNÁNDEZ (Instituto de Investigaciones Jurídicas)  
DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (Instituto de Investigaciones Jurídicas)

MÉXICO, D.F. MARZO 2016



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
PLANTEAMIENTOS PARA LA PROPUESTA DE REFORMA DE ESTADO. ....	9
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b> .....	<b>15</b>
<b>SOCIEDAD DEL RIESGO</b> .....	<b>15</b>
I. CONCEPCIÓN DEL RIESGO ANTE UN ESTADO DE DERECHO POSTMODERNO .....	15
II. LA INSERCIÓN DEL INDIVIDUO EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO .....	20
III. EL PAPEL DEL DERECHO PENAL DENTRO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO .....	24
1. <i>Protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales</i> .....	34
2. <i>Fin de la pena ante la sociedad del riesgo. Toma de postura</i> .....	38
IV. DELIMITACIÓN ENTRE RIESGOS SOCIALMENTE PERMITIDOS Y NO PERMITIDOS .....	56
1. <i>La mutación del riesgo no permitido en riesgo “permitido”, como consecuencia de diversas figuras dogmáticas dentro de la estructura del delito</i> .....	61
A. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de casos fortuitos</i> .....	62
B. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de una fuerza libre en su causa</i> .....	63
C. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de la omisión impropia</i> .....	64
D. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de la culpa con representación</i> .....	66
E. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de error de tipo (vencible e invencible)</i> .....	67
F. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de error de prohibición (vencible e invencible)</i> .....	68
G. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de falta de calidad de sujeto en los delitos cualificados propios</i> .....	69
H. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de causas de antijuridicidad</i> .....	71
I. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de falta de integración del injusto (personal y colectivo)</i> .....	71
J. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de causas de inimputabilidad e inexigibilidad de otra conducta</i> .....	78
K. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia del desistimiento en la tentativa inacabada</i> .....	79
L. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia del arrepentimiento eficaz</i> .....	80
M. <i>Riesgo “permitido” a consecuencia de la excusa absolutoria</i> .....	80
V. DELITOS DE PELIGRO, UNA REALIDAD INNEGABLE .....	81
1. <i>Delitos de peligro frente a bienes jurídicos supraindividuales</i> .....	84
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b> .....	<b>86</b>
<b>DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES</b> .....	<b>86</b>
I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	86
1. <i>Postura de Luigi Ferrajoli</i> .....	87
2. <i>Exigibilidad de los derechos fundamentales</i> .....	96
A. <i>Exigibilidad de los derechos fundamentales por parte de las generaciones futuras</i> .....	101
3. <i>Legitimidad de los derechos fundamentales</i> .....	103
II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES .....	105
III. RESPONSABILIDAD HORIZONTAL ANTE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES .....	109
1. <i>Acepción normativa de la responsabilidad</i> .....	109
2. <i>La responsabilidad moral</i> .....	110

A. <i>La responsabilidad moral colectiva</i> -----	113
3. <i>La responsabilidad civil</i> -----	116
4. <i>La responsabilidad horizontal</i> -----	118
IV. TRASCENDENCIA Y VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES DENTRO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO-----	126
1. <i>Protección penal hacia los derechos fundamentales sociales</i> -----	129
<b>CAPÍTULO TERCERO</b> -----	<b>135</b>
<b>RESPONSABILIDAD COLECTIVA</b> -----	<b>135</b>
I. ¿“OBEDIENCIA” SIN RESPONSABILIDAD? LA TOMA DE DECISIÓN DENTRO DE UN COLECTIVO-----	135
1. <i>El “actuar bajo órdenes”</i> -----	136
2. <i>La “capacidad de decisión” frente a la excluyente de delito contemplada en el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal</i> -----	144
II. PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO-----	147
1. <i>Especial referencia al dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder</i> -----	154
III. PRESUPUESTO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA-----	163
1. <i>Riesgo permitido</i> -----	165
2. <i>Principio de confianza</i> -----	167
3. <i>Prohibición de regreso</i> -----	170
IV. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN NORMATIVA-----	172
V. INSUFICIENCIA DE LA IMPUTACIÓN A LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL, FRENTE A LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES-----	177
1. <i>Los aportes individuales dentro de la responsabilidad colectiva</i> -----	177
2. <i>Figuras de autoría y participación que sirven de apoyo al análisis de la responsabilidad colectiva</i> -----	181
A. <i>Autoría mediata en la responsabilidad colectiva</i> -----	183
B. <i>Coautoría en la responsabilidad colectiva</i> -----	186
C. <i>Delitos cualificados propios en la responsabilidad colectiva</i> -----	188
3. <i>Los “actos neutros”</i> -----	194
4. <i>Precisiones sobre el “injusto colectivo”</i> -----	200
VI. EL NEXO DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA-----	208
1. <i>Principio de precaución</i> -----	209
A. <i>El principio de precaución en el ámbito internacional</i> -----	220
<b>CAPÍTULO CUARTO</b> -----	<b>225</b>
<b>ALCANCES DEL MARCO NORMATIVO MEXICANO ANTE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES</b> -----	<b>225</b>
I. ¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE DE LA CONTAMINACIÓN DE LAS LAGUNAS DE ALTAMIRA Y DE LA MINERA BUENAVISTA DEL COBRE GRUPO MÉXICO?-----	226
II. POSTURA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN FRENTE A LOS PROYECTOS DE DESARROLLO E INFRAESTRUCTURA (PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS RELACIONADOS CON PROYECTOS DE DESARROLLO E INFRAESTRUCTURA)-----	232
III. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL-----	240
1. <i>Responsabilidad penal ambiental</i> -----	241
A. <i>Las normas penales en blanco</i> -----	247
2. <i>Responsabilidad civil ambiental</i> -----	249

3. <i>Responsabilidad administrativa ambiental</i> -----	259
IV. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL-----	264
1. <i>Unión Europea</i> -----	264
A. <i>Libro Verde</i> -----	264
B. <i>Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental</i> -----	266
C. <i>Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad Ambiental</i> -----	267
2. <i>El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos</i> -----	269
A. <i>La Novena Conferencia Internacional Americana y los derechos humanos</i> -----	269
B. <i>La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre</i> -----	269
C. <i>Convención Americana sobre Derechos Humanos</i> -----	271
D. <i>Protocolos de la Convención Americana</i> -----	271
3. <i>Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José"</i> -----	272
4. <i>España, ejemplo de sentencias</i> -----	276
<b>CAPÍTULO QUINTO</b> -----	<b>279</b>
<b>REFORMA DE ESTADO Y LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA NORMATIVO AD HOC PARA REGULAR LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES</b> -----	<b>279</b>
I. PRECISIONES VALORATIVAS EN LA RESPONSABILIDAD PENAL POR ORGANIZACIÓN-----	279
1. <i>El conocimiento dentro del dolo eventual y la culpa consciente</i> -----	282
2. <i>Ubicación del elemento volitivo del dolo en la culpabilidad</i> -----	289
3. <i>Verdadera trascendencia del elemento volitivo</i> -----	293
II. PROPUESTA DE AUTORÍA EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA PARA EL CÓDIGO PENAL FEDERAL DE MÉXICO-----	297
III. PERSPECTIVA COLECTIVA PLANTEADA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS-----	307
IV. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PARA PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES-----	313
V. LA NECESIDAD DE NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL-----	317
<b>CONCLUSIONES</b> -----	<b>320</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> -----	<b>328</b>

## AGRADECIMIENTOS

La materialización de los sueños da relevancia al sueño mismo, así como a los motivos y personas que gestaron esas ideas por alcanzar. Proceso de construcción en el que intervinieron innumerables personas, principalmente Saúl, mi esposo, quien confió en mí y me impulso en la gestación de este sueño académico, acompañándome amorosamente en todo este andar; a mis padres, por su ejemplo de vida y amor incondicional; a mi hija Sofía Taiyari, por ser el motor estratégico de mi vida.

Gracias a mis tutores de tesis, quienes hicieron posible este compartir de ideas y quienes me honraron con su sapiencia y tiempo:

Dr. Enrique Díaz Aranda, gracias por su confianza y apoyo en la dirección de mi tesis doctoral, sus conocimientos compartidos, consejos y charlas han sido torales para mi trabajo, ha sido una dicha dialogar con usted sobre derecho penal, y me honra sobre manera siendo usted el gran penalista de nuestro país;

Dr. Ricardo Franco Guzmán, agradezco la sencillez de su trato hacia mi persona y mi trabajo, siendo usted una gran institución en el derecho penal de nuestro país aceptó ser parte de este proyecto académico fortaleciéndolo con sus conocimientos y orientaciones;

Dr. Juan Vega Gómez, mil gracias por tu confianza desde los inicios de la gestación de este proyecto, haz sido pieza clave en la materialización de este sueño, tus conocimientos y calidad humana te enaltecen y me honran como estudiante y como persona.

A mis lectores Dra. Marisol Anglés Hernández y Dr. Sergio García Ramírez, agradezco su compromiso con la ciencia del derecho penal, pues en aras de ello dedicaron su valioso tiempo a la lectura de mi trabajo, fortaleciéndolo con sus valiosas observaciones, lo que se instaura como un diálogo que me enorgullece de manera invaluable.

Agradezco al Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, por abrirme sus puertas y confiar en este proyecto que hoy se materializa. Así mismo, agradezco el apoyo de CONACYT por su confianza y compromiso en el presente trabajo, confianza que incita a generar ideas y diálogos que habrán de sumar a la mejora de nuestro país.

## INTRODUCCIÓN

La globalización está transformando la naturaleza de la seguridad y los riesgos personales, familiares y colectivos, lo que demanda importantes transformaciones en las funciones y capacidades de la administración pública federal, estatal y municipal, es decir, se necesita implementar una Reforma de Estado acorde a la realidad mexicana y reconociendo nuestra inserción en una "sociedad del riesgo", en donde la palabra "riesgo" ya no se define con la connotación que tenía en la Edad Media de *coraje y aventura*, sino como la *posible destrucción de la tierra*, pues los riesgos y peligros de hoy se diferencian por la *globalidad* de su amenaza y por sus causas *modernas*. Son riesgos de la modernización. "Son un *producto global* de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados *sistemáticamente* con su desarrollo ulterior; y con el reparto e incremento de los riesgos surgen *situaciones sociales de peligro*".<sup>1</sup>

De ahí que la interrelación entre ciudadanos sea cada vez mayor, ya que, a fin de hacer factible la dinámica social se toleran o se asumen ciertos riesgos (como manejar, consumir productos alimenticios altamente procesados, daños el medio ambiente con productos de consumo humano permitidos, etcétera) y, a la par de ello se crean barreras de contención para algunos riesgos "no permitidos", cuyo grado de perjuicio resulta insoportable para dicha dinámica social; barreras que delimitan las conductas permitidas de las no admitidas. Por lo que es necesario reevaluar los márgenes de confianza de dichos riesgos, a fin de que éstos no pierdan su solidez, fijando barreras de contención del riesgo más determinantes y acordes a las nuevas exigencias sociales.

En la actualidad "surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual"<sup>2</sup>. El derecho penal de nuestro país se basa en la dogmática-penal creada para regular la

---

<sup>1</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Surcos 25, 2006, p. 16.

<sup>2</sup> Carbonell, Miguel, "La garantía de los derechos sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 4.

responsabilidad "individual", desde la cual resulta imposible analizar la responsabilidad de las conductas desplegadas en forma "colectiva" (y que no cumplen los requisitos de una coautoría), ya que éstas últimas no pueden valorarse a la luz de los criterios que rigen a la primera, como lo son: "sujeto", "sujeto no cualificado", "nexo de causalidad", "culpabilidad", "principio de accesoriedad", "error de prohibición", entre otros.

Esta problemática abarca y reviste diversos temas como los "delitos de peligro abstracto", "comunicabilidad objetiva", diferenciación práctica entre dolo eventual y culpa con representación, problemas de autoría y participación, "derechos difusos" o "intereses colectivos", "riesgo permitido", entre otros tantos. Mismos que en los últimos años han sido analizados en el plano de la "responsabilidad individual", principalmente dentro de las teorías del dominio del hecho y de la imputación objetiva.

Frente a la limitación que tiene la legislación mexicana de responsabilizar las conductas desplegadas dentro de un "colectivo", tenemos que es el derecho administrativo el que sanciona a la persona moral (a pesar de que, conforme a la teoría del "levantamiento del velo societario", fácilmente se sustrae de la acción de la justicia), dejando fuera de la tutela jurídica el incremento del riesgo generado por cada una de las conductas desplegadas por los integrantes de dicho colectivo.

Por lo que, la responsabilidad en la vía administrativa resulta insuficiente para salvaguardar los derechos fundamentales sociales, los cuales difícilmente se pueden demandar, en forma concreta, al Estado (en cualquiera de sus tres obligaciones generales: respetar, proteger y realizar). Cabe mencionar que tampoco se cuenta con una estructura jurídica mediante la cual la potestad punitiva del Estado regule el "factor horizontal" que genera lesiones entre los mismos ciudadanos, pues dentro de la sociedad del riesgo dichos derechos también deben ser exigibles a ciertos individuos; por lo que más allá de los cursos causales es menester regular el incremento del riesgo generado con nuestro actuar. En este contexto, la relevancia del tema se fija en la sociedad y en el marco de las conductas objetivamente típicas en la normativa penal y en aras de la creación de un riesgo no



permitido. Por ello, se debe ir más allá de la responsabilidad de la persona jurídica y ser capaces de responsabilizar a los integrantes de ésta, al colectivo.

Si bien es cierto que la sociedad asume ciertos “riesgos permitidos” para hacer factible la vida diaria y, de cierta asunción del “riesgo no permitido” por parte de la propia víctima, ello no exime de responsabilidad a quien despliega una conducta objetivamente típica. Precisamente la concatenación de conductas aparentemente “inocuas” en aras de una “dogmática individual” llegan a desencadenar resultados de lesión o peligro, ya que los aportes cuantitativos desplegados por cada individuo dentro de un colectivo son los que gestan la “responsabilidad colectiva”. Y solamente en la medida que cada individuo se haga responsable de su aporte al resultado emanado por el ente colectivo al cual pertenece, se evitará la indiferencia que se ha venido gestando en las conductas que actualmente se difuminan por la falta de una efectiva Reforma del Estado, y ante lo cual la reiteración de conductas indebidas pero permitidas, atenúa la responsabilidad de los individuos y fomenta los índices de criminalidad y la “socialización permisiva” con dicha criminalidad.

De ahí la imperiosa necesidad de generar los límites de las conductas supraindividuales y solidarizarnos con los riesgos colectivos y los derechos de las generaciones futuras, pues sólo en la medida que exista un sistema normativo que regule la *responsabilidad colectiva* es que actuaremos en completa defensa y tutela de los Derechos Fundamentales Sociales, a fin de hacerlos exigibles y salvaguardarlos, tanto para las generaciones presentes como futuras.

En este tenor, la problemática de investigación del presente trabajo nace de la identificación de un vacío legislativo en la normatividad nacional en torno a la salvaguarda de los derechos fundamentales que son violentados por los riesgos evidentes que sufre la sociedad por conductas desplegadas dentro del entramado “colectivo” (cuya responsabilidad simplemente se difumina), en este sentido, es necesario precisar y establecer un sistema normativo que regule la “responsabilidad colectiva”. De tal suerte que sean responsables todos aquellos que formando parte de una organización hayan contribuido con sus aportes cuantitativos cargados de conocimientos o con capacidad de conocer, en la creación de un resultado lesivo o

de un riesgo para la colectividad. Ya que como argumenta Díaz-Aranda, “ciertas conductas están debidamente reguladas e imponen deberes específicos a quienes las realizan, pues su inobservancia presupone la generación de riesgos que pueden desembocar en la lesión de bienes jurídicos”.<sup>3</sup>

Y nos referimos precisamente a Bienes Jurídicos supraindividuales, ya que los Derechos Fundamentales Sociales son prerrogativas mínimas a las que debe aspirar todo ciudadano y, actualmente gran cantidad de conductas realmente responsables en el plano colectivo, no encuentran solución dentro de las formas de autoría insertas en nuestra legislación penal federal. Y solamente son “reguladas” por leyes administrativas, las cuales se dirigen únicamente a la persona moral.

Por ello, en el presente trabajo se abundará sobre la problemática que revisten las conductas desplegadas dentro de un colectivo, a fin de proponer una Reforma de Estado que sea capaz de regular la "responsabilidad colectiva" en aras de una dogmática-penal que vea más allá de la responsabilidad individual y, por ende, sea capaz de salvaguardar los Derechos Fundamentales Sociales. Tema que, por su relevancia y actualidad, está siendo abordado por reconocidos estudiosos de nuestro país, así como de Argentina, Colombia, Brasil, Alemania, Estados Unidos y España, entre otros. Quedando un sin fin de tópicos por abordar, explicar y solucionar sobre esta problemática.

Para responder a esta problemática me planteo como hipótesis que la regulación de la responsabilidad colectiva llenará el vacío existente en la legislación nacional para la salvaguarda los Derechos Fundamentales Sociales. Regulación que responderá a la realidad de la *sociedad del riesgo* en que vivimos, y permitirá salvaguardar incluso, los derechos de tercera generación. Tomando como base la Teoría del Dominio del Hecho y la Teoría de la Imputación Objetiva, para gestar una propuesta de Reforma de Estado que regule la responsabilidad colectiva, a fin de salvaguardar los Derechos Fundamentales Sociales.

---

<sup>3</sup> Díaz Aranda, Enrique y Canció Meliá, Manuel, *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 84.

Teniendo como objetivo general del presente estudio analizar y explicar la regulación de la responsabilidad colectiva frente a la tutela de los Derechos Fundamentales Sociales insertos en la sociedad del riesgo, a fin de establecer una propuesta de Reforma de Estado *ad hoc* para su implementación o regulación, en el marco de la Teoría del Dominio del Hecho y la Teoría de la Imputación Objetiva. Así, la metodología utilizada en la presente investigación parte de lo propuesto por las teorías del Dominio del Hecho y de la Imputación Objetiva. Asimismo, se utilizan como herramientas de análisis fuentes de primera instancia como documentos, textos normativos nacionales e internacionales, sentencias y estudio de casos, a fin de comparar la imputación individual con la imputación colectiva en materia de Derechos Fundamentales Sociales, tomando en cuenta el marco de la sociedad del riesgo. Finalmente, el propósito es la construcción de una Reforma de Estado *ad hoc* para regular la responsabilidad colectiva que salvaguarde los Derechos Fundamentales Sociales.

#### PLANTEAMIENTOS PARA LA PROPUESTA DE REFORMA DE ESTADO.

Los límites a los riesgos no permitidos se encuentran en las normas que establece el legislativo, con base en aquellos intereses o bienes que son relevantes para la sociedad, y respecto de los cuales la sociedad demanda del Estado su salvaguarda y protección. Así, el Estado se constituye como el responsable primario de la tutela de los bienes jurídicos consagrados en las normas, siendo el responsable de garantizar los mismos. No obstante este primer nivel de compromiso, la sociedad del riesgo en que vivimos demanda una “corresponsabilidad” horizontal que deviene del actuar responsable de cada uno de los sujetos que integran la sociedad, a fin de que cada individuo garantice que con su actuar respetará los límites de contención del riesgo, y así salvaguardará y no pondrá en riesgo los bienes jurídicos que pertenecen a los demás, incluso al colectivo y a las generaciones futuras.

Esta es la plataforma que permitirá al ser humano contar con un hábitat que le permita vivir de manera libre, en paz, con oportunidad de desarrollo y seguridad. No obstante, sabemos que esta sociedad del riesgo conlleva una realidad

innegable, el actuar egoísta e indiferente del ser humano, en donde cada vez más, hay personas que, sin un ánimo directo de generar un resultado, se muestran indiferentes ante los resultados generados con el despliegue de sus conductas negligentes; indiferencia que está resultando muy costosa para la sociedad y para el hábitat del ser humano, el cual no es renovable, por lo que se constituye en el único espacio que tiene para vivir. Estamos hablando de conductas que mayoritariamente se despliegan en la compleja maquinaria y constitución de las “organizaciones”, en donde existe una estratificación de mandos, una cadena de órdenes, una división de trabajo y una fungibilidad de sujetos; en donde el actuar individual por sí mismo carece de lesividad para activar la acción de *ius puniendi* del Estado, pero que, de manera concatenada, dichos aportes individuales se conforman en una “acción colectiva” con suficiente carga comunicativa hacia el resultado de lesión o peligro que está soportando la sociedad.

Ante estas realidades vividas en la actual sociedad del riesgo, vemos cómo las formas de autoría propuestas para el artículo 13 del Código Penal Federal no resultan adecuadas para fincar la *responsabilidad penal por organización*, en donde todos los intervinientes de un colectivo (que generó un riesgo no permitido, y por ende lesionó o puso en riesgo el bien jurídico tutelado por la norma), con conocimiento o probabilidad de conocer el resultado generado por el colectivo del que forma parte, se responsabilicen del *injusto colectivo* correspondiente, y entonces se esté en posibilidad de determinar su autoría en la comisión del resultado generado en vías de *responsabilidad penal por organización*.

Lo anterior lleva a la necesidad de replantearse la dogmática penal actual en aras de instaurar una nueva estructura de análisis que permita atender la *responsabilidad penal por organización*, así como figuras de autoría y participación idóneas a estos aportes individuales que se concatenan dentro de la maquinaria de la organización, y fortalecer las acciones colectivas instauradas en el artículo 17 Constitucional. Todo ello en aras de rediseñar la forma en que hasta ahora se ha tratado el actuar individual desplegado dentro de las organizaciones, y frenar de la forma que sea necesaria, el actuar indiferente, irresponsable y mezquino de quienes

están generando daños cuantiosos e irreparables al planeta y al ser humano, incluso a las generaciones futuras.

Dicho rediseño resulta necesario incluir, en el artículo 13 del Código Penal Federal, una forma de autoría correspondiente a la responsabilidad penal por organización, así como una nueva estructura dogmática para el análisis de conductas desplegadas en aras de este tipo de responsabilidad. Lo que permitirá frenar el despliegue de conductas u omisiones de deber de cuidado que, con conocimiento del peligro generado o sin previsión de éste, se concatenen con aquellas conductas desplegadas en el entramado de una organización, generando un resultado de lesión o de peligro.

Hablamos pues, de frenar conductas indiferentes, negligentes, mezquinas, cuya falta de conciencia social está generando graven daños al entorno social y vulneraciones recurrentes a los Derechos Fundamentales Sociales.

En este tenor, en el primer capítulo se define la concepción del riesgo en el Estado de derecho postmoderno, y el papel que juega el derecho penal ante la demanda de la salvaguarda de los derechos fundamentales sociales; analizando incluso, los fines de la pena y las instancias normativas que salvaguardan los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Para delimitar el análisis de riesgos permitidos y riesgos no permitidos, se valorarán las actuales estructuras dogmáticas que valoran acciones como: caso fortuito, fuerza libre en su causa, omisión impropia, culpa con representación, error de tipo y de prohibición, falta de calidad de sujeto en los delitos cualificados propios, causas de antijuridicidad, falta de integración del injusto, desistimiento en la tentativa inacabada, excusas absolutorias, principalmente, figuras jurídicas que, mediante estrategias o artimañas judiciales generan la mutación de “riesgos no permitidos” en “riesgos permitidos”, en donde los límites de contención del riesgo se extienden poniendo en riesgo a la sociedad misma. Acciones todas ellas, en donde se deberá replantear la actual concepción del dolo, a fin de dar mayor peso al elemento cognitivo de éste, y pugnar por sujetos más responsables de sus acciones diarias.

En el segundo capítulo se valora la relevancia de los derechos fundamentales sociales, los cuales resultan indispensables para el disfrute del resto de los derechos

humanos, exigibilidad que pertenece no sólo a las generaciones presentes, sino incluso a las generaciones futuras, por lo que más allá de la responsabilidad que tiene el Estado como garante de los mismos, se analiza la responsabilidad horizontal, que conlleva el actuar diligente del individuo, evitando que sus conductas generen peligros y riesgos hacia terceros a fin de estar en posibilidad de salvaguardar incluso, bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, también conocidos como intereses difusos o derecho de tercera generación. Todo ello replanteado a la luz del derecho penal y su esfera sancionatoria.

Ya en el análisis de la dogmática penal, en el tercer capítulo se analiza la responsabilidad colectiva, a través de estudio que arrojan teorías como la del Domino del Hecho, de la Imputación Objetiva y de la Imputación Normativa, diferenciando el análisis de la conducta en su plano individual, al de éstas cuando se concatenan con otras dentro del actuar de una organización, en donde conductas ignorantes, negligentes e indiferentes sí pueden analizarse a la luz de un injusto colectivo, en donde la suma de los aportes cuantitativos, cargados de conocimiento son los que en definitiva cobran relevancia para la producción de un resultado delictivo. Conductas antes las cuales resulta inapropiado escudarse en figuras como el “actuar bajo órdenes” y la excluyente del delito consagrada en el artículo 15, fracción VI del Código Penal Federal, las cuales excluyen tanto antijuridicidad de la conducta del actor directo como la de su partícipe, atento al principio de accesoriedad, lo que convierte a la propia norma en ‘permisos legislativos’ para la delincuencia.

A su vez, se valoran los planteamientos de la Teoría de la evitabilidad individual (que no establece como indispensable el conocimiento actual de la evitación, bastando con el conocimiento hipotético, esto es, la motivación ante la posibilidad de la evitación de cierto resultado); así como el principio de precaución, que resulta idóneo para sostener la responsabilidad colectiva en defensa de derechos fundamentales sociales. Estudios que demandan que el individuo se conduzca con suficiente diligencia y previsión de riesgos al desplegar sus conductas, máxime tratándose de conductas desplegadas dentro de una

organización, en donde la división de trabajo tiene a difuminar el alcance real de las conductas individuales.

Valoraciones que llevan a decantarnos por la integración de un ´injusto colectivo´ integrado con desvalor de acción (determinado por la conducta cargada de elemento cognitivo) y desvalor de resultado (consistente en la lesión o puesta en peligro generada con el aporte individual sumado al del colectivo), a fin de superar defectos en figuras como los delitos cualificados propios, así como en autorías mediatas, coautorías y en general figuras de participación a la luz de un ´injusto individual´ que diluye la responsabilidad de aquellos aportes que realmente sí son responsables del resultado de lesión o peligro generado por el colectivo en su conjunto. Y un nexo de causalidad en la responsabilidad colectiva, integrado por la conducta de aquellos que forman parte de la responsabilidad colectiva y la su vinculación con el resultado típico, incluyendo dos apartados: a) el aporte cuantitativo individual en la cadena del hecho y b) la suma de dicho aporte individual con el resto de los aportes que, de manera conjunta hacen posible el resultado.

En el cuarto capítulo se valora el marco normativo mexicano, a fin de definir si éste permite o no materializar la responsabilidad colectiva propuesta en el presente trabajo, para la debida defensa de los derechos fundamentales sociales, como el derecho ambiental, la responsabilidad por el producto, el derecho a una vida sana, a un ambiente adecuado, el derecho del consumidor, entre otros. Identificando a su vez los contextos internacionales que dan pie a replantearse la necesidad de una Reforma de Estado eficaz y eficiente ante la salvaguarda de estos derechos, que establezca las bases para una adecuada responsabilidad colectiva, con la debida relevancia del elemento cognitivo del dolo en desmero de su elemento volitivo, fortaleciendo los vacíos o “cabos sueltos” del artículo 13 del Código Penal Federal, de las acciones pendientes a la luz de la reforma al artículo 17 Constitucional del año 2010, que establece “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas...”, así como de los cortos alcances del ´Ejercicio de la acción penal para personas jurídicas´ establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Como conclusión de la presente investigación se propone una adición al artículo 13 del Código Penal Federal, a fin de establecer la *Responsabilidad Colectiva* como una nueva forma de autoría. Así como cambios en la estructura dogmática del análisis del delito, destacando el replanteamiento del nexo causal colectivo hacia el resultado, el dolo como único elemento subjetivo del tipo (integrado sólo con el conocimiento de peligro o peligrosidad), el injusto colectivo, graduar la pena individual a nivel de culpabilidad mediante: el elemento volitivo del dolo, el nivel de conocimiento o factibilidad de conocer el peligro o peligrosidad generado con la conducta y el nexo causal individual. Todo ello en supremacía de los niveles de conocimiento y cursos causales individuales en proporción al verdadero aporte del resultado delictivo, a fin de analizar a nivel de culpabilidad todos los aportes con carga cognitiva, superando barreras como el elemento volitivo del dolo, el nexo causal individual, el injusto individual, los *numerus clausus*, la accesoriedad de la participación, principalmente, dejando a nivel de culpabilidad la graduación de la pena, individualizando la responsabilidad y la sanción, en proporción del nivel de mando, de toma de decisión, de conocimiento, de relevancia en el aporte, de la responsabilidad moral de las empresas, entre otros.

Propuesta de Reforma de regulación de la responsabilidad colectiva que llenará el vacío existente en la legislación nacional para la debida salvaguarda de los Derechos Fundamentales Sociales y que responde a la realidad de la *sociedad del riesgo* en que vivimos, permitiendo salvaguardar incluso, los derechos de tercera generación. Demandando, a su vez, mayor conciencia de parte del actuar ciudadano y mayor responsabilidad del Estado frente a su tarea de tutela de derechos indispensables para la vida en sociedad como los son los Derechos Fundamentales Sociales; propuesta que pugna por una vida digna, en donde el indolente, el negligente, el indiferente asuma el coste social de los daños y peligros generados a quienes sí quieren y tienen derecho a vivir con los estándares máximos de dignidad humana.



## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **SOCIEDAD DEL RIESGO**

#### I. CONCEPCIÓN DEL RIESGO ANTE UN ESTADO DE DERECHO POSTMODERNO

La sociedad actual se enfrenta a cambios constantes que impactan de manera directa el devenir del ser humano y las prioridades que éste va estableciendo para su diario vivir, lo cual sin duda le ha permitido evolucionar y adaptarse. No obstante esta imperiosa evolución del ser humano, él mismo se enfrenta ante una innegable realidad, el descuido e indiferencia hacia las cuestiones que siempre serán básicas para el armónico desarrollo del ser humano: los derechos fundamentales, que le permiten reconocerse como persona y actuar como tal de manera corresponsable con su entorno.

Nos encontramos en entornos aparentemente cada vez más complejos, y en los cuales resulta menos simple dotar de conceptos a las palabras, máxime cuando refieren a entornos humanos, pues en cuanto tales se apreciarán complejos, cambiantes, relativos y a la vez con una necesidad de concreción que permita partir de un punto común hacia la definición que cada individuo pretenda encontrar en las mismas. Así, tenemos la usual justificación o explicación del “no es tan malo”, ante la cual debemos cuestionarnos si por ello entendemos ¿que es “algo” bueno?, ¿“un poco” malo?, “robó, pero poquito”, “pudo ser peor”, “en la cárcel están los tontos, no los culpables”, entre un sinnúmero de apreciaciones, todas ellas tan subjetivas que multiplican el significado de las palabras y el alcance de éstas, lo que va haciendo cada vez más laxas las valoraciones de la conducta del ser humano, cuando realmente para los valores y principios con que se debe conducir el ser humano no existen puntos medios, pues una conducta se puede calificar de correcta o incorrecta, según una norma social o religiosa, y de apegada o no a la norma, si es una norma jurídica (dejando, por ahora de lado el tema de la culpabilidad y responsabilidad), de adecuada o inadecuada si son normas de conducta, entre otras. Estas valoraciones, dependiendo del entorno social y del desarrollo cultural y educativo del individuo, tendrán diversas concepciones, lo que pareciera centrar a

los individuos en distintos mundos compartiendo un mismo espacio geográfico. He ahí la complejidad de vivir en sociedad y de convivir en armonía y respeto.

De ahí que el tema que ocupa la presente tesis se inserte en el análisis de la llamada “sociedad del riesgo”, ante lo cual resulta indispensable replantearse lo que implica el concepto *riesgo*, mismo que se comenzó a acuñar a lo largo de la transición de la Edad Media hasta los inicios de la época de la Modernidad, incrementándose en su paso por la era Industrial y convirtiéndose en una realidad innegable dentro de la Postmodernidad del siglo XXI. Por ello, para entenderlo dentro del concepto que para el presente trabajo interesa, habrá que circunscribirlo dentro del marco referencial de la actividad humana actual con una acelerada proyección al futuro; actividad humana circunscrita a normas de comportamiento tales que hagan factible una vida en sociedad, misma que deviene de expectativas y compromisos, ante los cuales se hace factible la confianza con que los terceros se desenvuelven en su propio ámbito, conscientes que éste, por individual que sea, se encuentra directamente influenciado por el comportamiento de *los demás*.

Si bien conforme a la tecnología y a la evolución humana se ha dado paso a nuevas expectativas, antes inimaginables, con ello se ha abierto la puerta a nuevas inseguridades, nuevos peligros y nuevos riesgos, mismos que se deberán afrontar para hacer factible una vida en sociedad con miras hacia el futuro. Es ante dichas expectativas, riesgos y peligros que habrán de ponderarse los costes-beneficios que implica el actuar de *uno* para el resto de los individuos, de tal suerte que los límites impuestos a toda actividad humana sean tales que no rebasen a la sociedad misma, evitando que lleguen al desbordamiento generador del caos que lamentablemente en diversos sectores de la actividad humana ya se están vislumbrando e incluso viviendo.

Ante esta dinámica social, como sostiene Luhmann, “la comunicación del riesgo se vuelve reflexiva y con ello universal. Negarse a aceptar los riesgos o exigir su rechazo es en sí mismo un factor riesgoso”,<sup>4</sup> máxime cuando el ciudadano

---

<sup>4</sup> Luhmann, Niklas, *Sociología del riesgo*, 3a. ed., México, Universidad Iberoamericana, Colección Teoría Social, 2006, p. 41; agrega que “en todo caso, no puede surgir un consenso al respecto. Sólo

depende, cada vez más, de las conductas de terceros, pues a fin de hacer factible la vida en sociedad se toleran o se asumen ciertos riesgos (como manejar, consumir productos alimenticios, usar productos que dañan al medio ambiente, manejar sustancias nucleares o sustancias contaminantes, etcétera) y, a la par de ello, se crean barreras de contención para algunos riesgos “no permitidos”, cuyo grado de perjuicio resulta insoportable para dicha dinámica social; barreras que delimitan las conductas permitidas de las no admitidas. Por ello es necesario reevaluar los márgenes de confianza que hacen viable la vida en sociedad, a fin de fijar barreras de contención del riesgo más determinantes y acordes a las nuevas exigencias sociales.

Conscientes de que hay un sinnúmero de factores que no dependen de la actividad humana, se reconoce que, a la vez, hay un sinnúmero de actividades desplegadas por el ser humano que cada vez inciden más en la esfera de los demás, actividades que pueden concebirse como riesgosas, y que se deben asumir en el diario vivir. De ahí que en términos generales se conciba el concepto de *riesgo* como lo opuesto a seguridad, no obstante que la dinámica actual necesariamente conlleva asumir riesgos y no por ello se habrán de catalogar de inseguros, ya que los mismos se deberán asumir dentro del baremo de los riesgos “permitidos”, de tal manera que dicha barrera de contención del riesgo permita obtener un saldo a favor de los beneficios, más allá de los costos asumidos.

Frente a diversas concepciones del *riesgo*, cabe destacar la exposición de Luhmann, quien distingue el *riesgo* del *peligro*. Dotando de otra forma a dicho concepto, sostiene que “esta distinción supone que hay una incertidumbre con relación a daños futuros. Se presentan entonces dos posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces

---

cuando se encuentran víctimas la comunicación se moraliza. Esto ha llevado a los oponentes de tales riesgos a introducir en la discusión el tópico de las *generaciones futuras*... La ética de la preocupación por evitar las catástrofes se ha generalizado tanto, que se le puede imponer y exigir moralmente a cualquier persona. La moral se refuerza a sí misma con el argumento de que uno no piensa en función de sí mismo, sino precisamente a favor de los otros, de los que todavía no nacieron... Pero si toda la argumentación se desarrolla en el círculo moral, estas objeciones terminan en la ruptura de la disposición al acuerdo”.

hablamos de *riesgo* y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al entorno; y en este caso, hablamos de peligro”.<sup>5</sup>

Entendiendo el concepto de *riesgo* planteado por Luhmann como algo inherente a la acción humana, habrá que adentrarse en el momento de la toma de decisión que rodea dicha acción, así como en la responsabilidad de evitación que se tenga en torno al riesgo generado (tratándose de los riesgos no permitidos por determinada sociedad). Para que el individuo esté en posibilidad de hacer dicha valoración será necesario atender al conocimiento o factibilidad de conocer que tenga el sujeto sobre su actuar y sobre el riesgo generado con el mismo, así como a la calidad de riesgo permitido o no permitido. Lo anterior, cuando se trata de acciones desplegadas dentro de un colectivo, reviste una especial complejidad, tal como lo sostiene Luhmann:

“en la acumulación de efectos de decisión hay decisiones que ya no son identificables en sus efectos a largo plazo, hay condiciones —en relaciones causales hipercomplejas y cuyo rastro no puede seguirse— que son capaces de provocar daños considerables, sin que sean atribuibles a una decisión, a pesar de que resulte evidente que sin ciertas decisiones no hubiera podido llegarse a tales daños... solamente podemos hablar de una atribución a decisiones cuando es posible imaginar una elección entre alternativas y esa elección se presenta como algo razonable, independientemente de que quien tome la decisión se percate o no del riesgo y de la alternativa”.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 70; “en consecuencia, en las sociedades más antiguas, lo que se marca es más bien el peligro, mientras que en la sociedad moderna lo marcado ha sido, hasta hace poco, más bien el riesgo. Porque de lo que se trata aquí es siempre de la mejor utilización de las oportunidades”.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 72; “parte de lo riesgoso del riesgo es que la evaluación varía con el tiempo. El cálculo del riesgo es parte de una maquinaria histórica que parte de su condición, es decir, que sigue sujeta demasiado tiempo a los riesgos que fueron determinados o rechazados, que revisa *post eventum* los juicios, o también, que hace perder adicionalmente la seguridad por medio de la previsión sobre la posibilidad de que esto pudiera ocurrir”, p. 89.

Estas dinámicas humanas en tiempos modernos se vuelven cada vez más complejas y frente a ellas habrá que establecer bases normativas concretas y suficientes para abarcar los nuevos riesgos.

Por su lado, y contrario a lo sostenido por Luhmann, Giddens afirma lo siguiente:

“peligro y riesgo van estrechamente relacionados, pero no son la misma cosa. La diferencia no depende del hecho de si un individuo sopesa o no conscientemente las alternativas al contemplar o tomar un determinado curso de acción. Lo que el riesgo presupone es el peligro, no necesariamente el conocimiento del peligro mismo. Una persona que arriesga algo corteja el peligro, ahí donde el peligro se entiende como amenaza al resultado deseado. Quien adopta un ‘riesgo calculado’, es consciente de la amenaza o amenazas que entran en juego en un particular curso de acción”.<sup>7</sup>

Como se puede observar, ambas posturas se diferencian por el nivel de conciencia o conocimiento por parte del sujeto, de donde se deriva la principal complejidad del tema que se plantea en el presente trabajo. Sin embargo, baste por ahora establecer como primer parámetro que la actual concepción del *riesgo* presupone el estilo de vida de las sociedades actuales, que se debe asumir a fin de estar en aptitud de continuar con el desarrollo propio de la humanidad. Frente a ello, también habrán de asumirse nuevas responsabilidades, sobre todo nuevos compromisos de solidaridad ante las generaciones futuras, pues no basta la hipótesis del “no sabía que” o “no me imaginaba que”, ya que actualmente a todo ser humano le compete asumir, en la medida de lo cognoscible, todas las consecuencias de sus conductas, asumiendo los riesgos de una manera inteligente y autorresponsable, conductas ante las cuales habrá de actuar el derecho, a fin de proveer de confianza y protección a los bienes jurídicos que la sociedad ha considerado relevantes, y con ello sea factible que el individuo conviva en sociedad.

---

<sup>7</sup> Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, España, Alianza Editorial, 2004, p. 43.

## II. LA INSERCIÓN DEL INDIVIDUO EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Es al sociólogo Beck a quien se atribuye, principalmente, el concepto de *sociedad del riesgo*, al sostener que la sociedad industrial está siendo sustituida por otro modelo, la “sociedad del riesgo”, con lo cual deja de manifiesto que si bien se deben asumir los costes-beneficios de la evolución misma del ser humano, también es indispensable determinar los límites de dichas actividades individuales, a fin de preservar (o lograr) el sano desarrollo del individuo en sociedad. Beck ha destacado que:

“la clave parece ser la extraordinaria dificultad para prever y para controlar la magnitud del riesgo; la magnitud, en todas sus facetas, tanto cualitativas como cuantitativas: es decir, para determinar cuántos riesgos (esto es, daños probables), directos o indirectos, pueden derivarse, pero también para determinar el *quantum* de cada uno de dichos riesgos (la probabilidad de cada daño). La incertidumbre, inherente a toda acción humana, aumenta hasta niveles próximos a la ignorancia cuando la acción en cuestión tiene lugar a través de medios tecnológicos, que tienden a multiplicar de modo exponencial las consecuencias de la acción: no sólo intensificando su efecto (un producto químico es más mortal que un disparo o una cuchillada), sino diversificándolo (el producto químico, además de atacar a la vida humana, puede atacar también a su salud, al sentimiento de seguridad colectiva, al medio ambiente, a la vida de los animales, a la ordenación del territorio, etcétera). Dicha incertidumbre, dicha ignorancia, se revelan tanto en el plano cognoscitivo (previsibilidad) como en el práctico (controlabilidad)”.<sup>8</sup>

Para analizar el específico perfil del riesgo de la modernidad, Giddens plantea siete principales formas; las cuatro primeras refieren a la distribución objetiva del riesgo, y las últimas tres, a aquellas que alteran la experiencia del riesgo o la percepción de los riesgos percibidos; agrupándolas de la siguiente forma:

---

<sup>8</sup> Paredes Castañón, José Manuel, “Sobre el concepto de derecho penal de riesgo”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Colombia, núm. 4, julio-septiembre de 2003, p. 120.

- “1. *La globalización del riesgo* en el sentido de *intensidad*: por ejemplo, la guerra nuclear puede amenazar la supervivencia de la humanidad.
2. *La globalización del riesgo* en el sentido del *creciente número de sucesos contingentes* que afectan a todos, o al menos, a gran número de personas en el planeta: por ejemplo, los cambios en la división mundial del trabajo.
3. El riesgo que origina el *entorno creado*, o la *naturaleza socializada*: la incorporación de conocimiento humano al entorno material.
4. El desarrollo de *medios de riesgo institucionalizado* que afecta a las oportunidades de vida de millones de seres humanos: por ejemplo, los mercados de inversión.
5. *La consciencia del riesgo como riesgo*: las “lagunas de conocimiento” del riesgo ya no pueden ser transformados en “certidumbres” por el conocimiento religioso o mágico.
6. *La consciencia de riesgo ampliamente distribuida*: muchos de los peligros a los cuales nos enfrentamos colectivamente, son conocidos por amplios sectores del público en general.
7. *La consciencia de las limitaciones de la experiencia*: ningún sistema experto puede serlo totalmente respecto a las consecuencias de la adopción de principios expertos”.

Sea en el marco referente a la distribución objetiva del riesgo o a la alteración de la experiencia del riesgo, el *riesgo per se* presupone una probabilidad, que en cuanto tal puede ser evitada o, por el contrario, deberá ser asumida. Frente a ello, los riesgos globalizados presuponen mayor incertidumbre, ya que salen de la esfera individual y repercuten directamente en la esfera de terceros, incluso de las generaciones futuras. De ahí que “el centro de la conciencia del riesgo no reside en el presente, sino *en el futuro*. En la sociedad del riesgo, el pasado pierde la fuerza de determinación para el presente”,<sup>9</sup> por lo que, regular la conducta del individuo

---

<sup>9</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad... Op. Cit.*, p. 49; agregando en “Las dialécticas de la modernidad: cómo las crisis de la modernidad surgen de las conquistas de la modernidad”, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, abril 2007, p. 17, “A diferencia de los teóricos de la sociedad, desde Comte, Marx, Durkheim, y Weber, pasando por Horkheimer, Adorno, Parsons y Gehlen hasta Foucault y Luhmann, insistimos en que el sistema aparentemente independiente y autónomo del industrialismo ha hecho saltar en pedazos su lógica y sus fronteras, por lo que ha entrado en un proceso de autodisolución... De esta manera, el proceso de la modernización reflexiva conduce de la sociedad industrial nacional a la sociedad global del riesgo”, visible en

desplegada en el presente, pero cuyos efectos de peligro repercutirán en el futuro (por muy cercano o lejano que éste sea), implica una complejidad real para la dogmática penal actual, misma que se circunscribe en torno a conductas individuales con relaciones causales bajo el análisis del “hecho” y principalmente en torno a los resultados generados por dicho “hecho”, sea de lesión o bien de peligro concreto (para la mayoría de la doctrina) principalmente, dado el arduo debate en torno a los delitos de peligro abstracto, característicos de la sociedad del riesgo.

Una sociedad del riesgo que no reconoce clases, en la que no hay ricos ni pobres, en la que todos estamos directamente vinculados a los riesgos desplegados dentro de la sociedad misma, y frente a la cual, sin duda, el sujeto que hoy por hoy no cuenta con los canales de exigibilidad de la norma que salvaguarda sus derechos fundamentales, resulta más desprotegido por contar con menos elementos de persuasión ante las inminentes consecuencias de los riesgos que años atrás eran futuros y al día de hoy han alcanzado la realidad del presente, tales como la escasez de agua, la contaminación del aire, ríos, mares y subsuelo, los cambios ambientales que repercuten directamente en la agricultura, los alimentos con alto contenido de plomo u otras sustancias dañinas para el organismo, la manipulación genética, las deformidades al nacer por causa de contaminación en el ambiente, el manejo indiscriminado de elementos tóxicos, sólo por citar algunas. Todas estas realidades que repercuten en el diario vivir de todo individuo, frente a las cuales nunca se tomó opinión o se preguntó a cada individuo si quería formar parte de dicho tipo de sociedad, ¿y cómo hacerlo, si todo individuo es responsable de los nuevos riesgos?, más allá de dichos cuestionamientos está la principal reflexión: ¿hacia dónde va el ser humano dentro de esta sociedad del riesgo?, ¿qué papel juega el ‘yo’ en todo esto?, ¿qué responsabilidad le corresponde asumir a cada persona por sus conductas?, ¿qué compromisos se deben asumir ante las generaciones futuras? Si



no se está en capacidad de responder estas preguntas, la ceguera,<sup>10</sup> más que impedirnos ver, nos habrá paralizado el organismo entero.

Frente al actuar contradictorio del ser humano, en esta sociedad postindustrial se encuentra, por un lado, a individuos que cada vez soportan riesgos mayores, con el perjuicio que conlleva, mientras que otros tantos se “benefician” de dichos riesgos, pues hay que reconocer que en el proceso de modernización que se vive, es cada vez mayor la existencia de polaridades que rayan en lo injusto e intolerable. Lo delicado se encuentra en la forma en que se asumen los riesgos de la modernidad, la forma en cómo, a pesar de los daños generados hacia terceros, se sigue apostando indiscriminadamente a una supuesta evolución, que más que repercutir en el bienestar colectivo, repercute en el bienestar de unos cuantos empresarios y de la corrupción que rodea a los mismos. Ejemplos los tenemos en las fábricas que emiten productos contaminantes sin que exista una regulación sanitaria adecuada (claro ejemplo de ello son las acciones desplegadas por la Minera Grupo México, por las cuales resultó altamente contaminado el río Sonora), comercialización de productos de consumo con alto riesgo para la salud (como dulces con alto contenido de plomo; la Coca-Cola, que resulta altamente perjudicial para la salud, compuesta incluso por componentes prohibidos como el “aspartamo”, prohibido en 1969 por la Administración de Alimentos y Medicamentos de EE.UU.); circulación de vehículos de transporte con altas emisiones de gases contaminantes, los cuales circulan por las calles con la más cínica “anuencia” de los oficiales de tránsito; comercialización de juguetes elaborados con material tóxico, y otros tantos casos. Pese a lo que ello signifique, hay quienes se están enriqueciendo con la asunción indiscriminada, negligente y corrupta de los riesgos de la modernidad.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 59; al respecto dice que “a escala internacional vale con especial énfasis que la miseria material y la ceguera ante el riesgo coinciden. Sobre el trato despreocupado con los pesticidas en Sri Lanka informa un experto alemán en ayuda al desarrollo: ‘Allí se esparce el DDT con las manos, la gente tiene la piel blanca’. En la isla Trinidad (1,2 millones de habitantes) se registraron en 1983 un total de 120 muertes por pesticida”. “Si no te sientes mal después de haber esparcido el *spray*, es que no has esparcido bastante”, dijo un granjero”, *Der Spiegel*, núm. 50, 1984, p. 119.

### III. EL PAPEL DEL DERECHO PENAL DENTRO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Entre las tantas acepciones que se le adjudican al derecho penal, es innegable que se circunscribe dentro del derecho público como un conjunto de normas que determina los bienes jurídicos relevantes para la sociedad, cuya vulneración presupone la comisión de delitos ante los cuales se imponen penas y medidas de seguridad, es decir, se crea un presupuesto de derecho y una consecuencia jurídica.

Hasta hoy, las conductas que más aquejan a la sociedad son aquellas denominadas *individuales*, existiendo un *nexo de causalidad* que permite ligar dicha conducta con el resultado emanado de la misma. Proceso mental que principalmente se ha llevado a cabo mediante la *conditio sine qua non* (asumido en la etapa del causalismo del derecho penal), pese a lo limitado de dicho análisis simplista.<sup>11</sup> Por su lado, Beck comenta:

“la insistencia sobre la demostración causal es una parte nuclear de la racionalidad de las ciencias naturales. Uno de los valores centrales del *ethos* científico-natural corresponde, aquí, al ser exacto y ‘no concederse’ nada a sí mismo ni a los demás. Pero este principio se deriva simultáneamente de otros problemas dependientes e incluso quizás de una manera de pensar de otra época. En cualquier caso, para los riesgos de la modernización es *básicamente inadecuado*. Allí donde los gravámenes de la contaminación sólo pueden ser comprendidos y medidos en el intercambio internacional y en los balances correspondientes, es claramente imposible traer a productores individuales de sustancias individuales a una conexión causal directa con

---

<sup>11</sup> Luhmann, N., *Sociología...*, p. 171. Al respecto sostiene que “cuanto más complejo sea el intento de una instancia de decisión por calcular su contexto causal, mayor importancia adquieren las consecuencias no deseadas en comparación con las consecuencias deseadas y mayor importancia tienen las limitaciones frente a los fines. Los esfuerzos en pos de la racionalidad desplazan el punto central a lo no disponible, provocando con ello su propio fracaso. Frente a tales limitaciones inmanentes del control social de causalidad, el proceso de atribución posee un cierto carácter dinámico. Así, por ejemplo, el *principio de causación* en el derecho de responsabilidades se maneja de una manera oportunista. Se hace responsable a aquél de quien se cree que puede obtenerse algo (por ejemplo, a la industria y no a los consumidores, cuya demanda da pie a la producción). O bien se impone una *responsabilidad de amenaza* a quien se supone que dispone del mejor control sobre las alternativas.

enfermedades determinadas, muchas veces también favorecidas y causadas por otros factores”.<sup>12</sup>

Ante la necesidad de analizar conductas cada vez más complejas surgen diversas teorías, cada una de ellas tratando de solventar diversos problemas o realidades que ha afrontado el ser humano al curso de los tiempos; así tenemos principalmente tres etapas históricas del derecho penal: causalismo, finalismo y funcionalismo.

Cada una de estas corrientes del pensamiento filosófico han ubicado y entendido en forma distinta el actuar humano, así como la necesidad o merecimiento de la pena y la forma en cómo se debe fijar el *quantum* de la misma. Todo esto lleva a conceptualizar de distinta forma al *delito*, así como su estudio y concreción, por lo que resulta trascendente recordar el contenido sustancial de cada una de estas etapas históricas.

1) *Causalismo*. Esta corriente se ubica en la etapa del pensamiento llamado naturalismo, y se sustenta en dar crédito solamente a aquello que era captado por los sentidos. En esa época la conducta era considerada bajo una concepción puramente objetiva, tal como lo sostenía Franz von Liszt, quien definía la *acción* como una mera “inervación muscular voluntaria que produce un resultado”, y al *acto* como “la voluntad objetivada”, agregando que “no existe, por consiguiente, acto, cuando alguno causa daño en cosas de otro durante un ataque de epilepsia; cuando se halla imposibilitado, por un desvanecimiento, de cumplir un deber; o cuando obra violentado por fuerza irresistible”,<sup>13</sup> y que entre dicha inervación muscular y el resultado producido por ésta, debería existir un nexo causal, es decir, una relación

---

<sup>12</sup> Beck, U., *La sociedad...*, *cit.*, p. 89. Afirma que “en Japón, los jueces han decidido dejar de interpretar la imposibilidad de una demostración científica causal rigurosa que iba en perjuicio de los afectados por el riesgo y con ello, en definitiva, en perjuicio de todos. Ellos ya reconocen una conexión causal cuando se puede demostrar una *correlación estadística* entre niveles de contaminación y determinados padecimientos”, pp. 90 y 91.

<sup>13</sup> Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, t. II, p. 285.

directa entre el resultado y la causa de éste. De ahí le deviene el término “causalismo”.

La doctrina penal causalista, preocupada por constituir una teoría jurídica del delito con base en la categoría de la acción, ubicó a la conducta en el *centro del sistema*, pero al darle valor preponderante a la causalidad sobre la voluntariedad de la acción, relegó al *dolo* hasta un tercer nivel del sistema: la culpabilidad; de esta forma, fue el *desvalor de resultado* el que vino a ocupar el centro (punto de equilibrio) del sistema penal causalista.<sup>14</sup> Por ello, atendiendo al *concepto monista objetivo del injusto*, éste vino a conformarse solamente por elementos objetivos, y toda vez que esta corriente se basa en la observación, se entendía que el derecho penal reaccionaba solamente ante la creación de *resultados*, por lo que el *desvalor de resultado* era el elemento configurador del injusto.

Con base en las aportaciones propias del causalismo, y a las grandes aportaciones de Von Liszt, se logra evolucionar hasta llegar a 1906, época en que Beling aporta a la teoría del delito la creación del *tipo*; y que además sostenía que el *tipo* “es objetivo y libre de valorar (no valorativo)... El *tipo* es un puro objeto de valoración, mientras que la valoración de ese objeto se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad... para poder afirmar que existe una acción basta saber que el sujeto volitivamente ha actuado o ha permanecido inactivo; el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para el problema de la culpabilidad”.<sup>15</sup> Así, se conserva una postura puramente objetiva.

Después de esta etapa del causalismo natural de Von Liszt y Beling, surge el causalismo valorativo, influenciado por los neokantianos, impregnando al derecho penal de influencias axiológicas con carga valorativa. Sostiene que el *dolo* no está necesariamente en la culpabilidad, generando una carga subjetiva a nivel de antijuridicidad. Aun cuando seguía considerando un *tipo penal* como puramente objetivo, ya se empiezan a considerar los elementos normativos y los elementos

---

<sup>14</sup> Schünemann, Bernd, citado por Quintino Zepeda, Rubén, *Perspectivas penales*, México, ActO-concretO, 2000, p. 11.

<sup>15</sup> Beling, Ernest von, citado por Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 8 y 9.

subjetivos distintos al dolo, y se sitúa al dolo y a la “imprudencia” en la culpabilidad como elementos subjetivos del *tipo*. El causalismo valorativo se encontraba notablemente influenciado con la aportación de los elementos subjetivos distintos al dolo (ánimos, intenciones, etcétera); factores que solamente servían para graduar la culpabilidad, llegando al análisis del *dolo* con la sola integración de un tipo avalorado.

2) *Finalismo*. Ya para 1930, como respuesta a las contravenciones que para el derecho implicó la escuela de Kiel en Alemania, y en busca de reivindicar la dignidad del ser humano, surge la corriente finalista, cuyo principal precursor fue Hans Welzel, quien sostenía que:

“la acción humana es ejercicio de actividad final... La ‘finalidad’, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines”.<sup>16</sup> “La finalidad no debe ser confundida, por ello, con la mera ‘voluntariedad’. La ‘voluntariedad’ significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor... A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas”.<sup>17</sup>

Sin duda, estos postulados dieron un gran vuelco a la manera de analizar el resultado generado por el ser humano, y por consecuencia, influenciaron notablemente las concepciones y estructuras jurídico-penales; de tal suerte que surge un gran cambio en la ubicación sistemática de los elementos subjetivos (dolo, culpa y elementos subjetivos distintos al dolo), los cuales, en corrientes anteriores, eran estudiados en la culpabilidad, y a partir del finalismo su valoración se sitúa en el *tipo penal*, teniendo por consecuencia un juicio con contenido final de acción y una voluntad “vidente”, con sentido (dejando atrás la voluntad “ciega” de los

---

<sup>16</sup> Welzel, Hans, citado por *ibidem*, p. 45.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 49.

causalistas). Así, la culpabilidad viene a integrarse con elementos meramente normativos.<sup>18</sup> Con ello no solamente se llega al traslado del dolo y la culpa (antes situados en la culpabilidad) al *tipo penal*, sino que, además, se supera la anterior idea de que lo subjetivo pertenecía a la culpabilidad y que en el *tipo penal* no existía nada que no fuera objetivo.<sup>19</sup>

Debido a estos cambios en la estructura del delito es que la dogmática finalista concibe que “el *centro* del sistema final se corresponde con el *desvalor de la acción*”,<sup>20</sup> por lo que es “el *dolo* quien ocupa el punto central del sistema”.<sup>21</sup> Así, le dejan de interesar al derecho penal las acciones por sí mismas, para atender las acciones con un sentido humano y social.

3) *Funcionalismo*. Aún no superado el finalismo, a partir de 1970 surgen autores como Claus Roxin y Günther Jakobs, quienes tienden las líneas para el nacimiento de la corriente funcionalista. Roxin aporta un funcionalismo estructural (más ecléctico o moderado), y bajo la concepción de un sistema abierto logra vincular al derecho penal con la política criminal, sosteniendo que “El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el sistema del Derecho penal”,<sup>22</sup> y enfoca sus estudios principalmente en torno a la teoría del dominio del hecho. Por su parte Jakobs aporta un funcionalismo sistémico (normativizado y un tanto “radical”), y señala que la

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 53; “la teoría dominante está obligada, por necesidad lógica, a reconocer al dolo como elemento subjetivo de lo injusto de todos los tipos dolosos... [pues]... toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere —el momento intelectual— y por la decisión al respecto de querer realizarlo —el momento volitivo—; ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo... empero, se debe precisar que... el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo... de ahí que éste se conciba como la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”.

<sup>19</sup> Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Barcelona, España, Marcial Pons, 2003, p. 67.

<sup>20</sup> Quintino Zepeda, R., *Perspectivas...*, *cit.*, p. 14.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, España, Bosch, 1972, p. 33. “La vinculación al Derecho y la utilidad político criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, una unidad dialéctica: un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, pero que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal”.

“*prevención general positiva* únicamente tiene por objeto mostrar que lo correcto es *confiar en la vigencia de la norma*; entendiéndose por vigencia de la norma, la estabilidad sobrevinida por la pena frente a la defraudación de una expectativa normativa de carácter penal”.<sup>23</sup> De ahí que Jakobs sostenga que la misión del derecho penal es la estabilidad y restablecimiento de la norma.

En esta corriente se sigue manteniendo el dolo y la culpa (como elementos subjetivos) dentro del *tipo penal*; sin embargo, se analiza el actuar humano bajo el lente de la teoría de la imputación objetiva.<sup>24</sup> Esta teoría atiende al concepto normativo de la conducta, misma que presupone un conocimiento *ex ante* sobre los elementos objetivos del *tipo penal*, pero que debe ser analizada bajo los principios de *riesgo permitido*, *principio de confianza*, *prohibición de regreso* y *competencia de la víctima*. Se entiende, entre otras cosas, que cada individuo desempeña un *rol* en la sociedad, y será en base a dicho *rol* que habrá de responsabilizarse dentro de la sociedad. Esta teoría se analizará en capítulos subsecuentes, por ser, en la dogmática actual, “punta de lanza” para la interpretación de las estructuras jurídico-penales de nuestra época.

Ante estas nuevas teorías, como la teoría del dominio del hecho y la teoría de la imputación objetiva, los estudiosos del derecho se replantean, sin llegar a concepciones monistas, el papel trascendente que juega el conocimiento y la factibilidad de conocer en la parte subjetiva del tipo. Por ello, más allá del elemento volitivo del dolo, la responsabilidad de todo individuo estriba en la conciencia puesta en su actuar y en las repercusiones del mismo, pues ante la “falta de acreditación”

---

<sup>23</sup> Jakobs, Günther, citado por Quintino Zepeda, *Perspectivas...*, *cit.*, p. 309.

<sup>24</sup> Cfr. Morales Cauti, Julio César, “El dolo como conocimiento. Estado actual del tipo subjetivo”, *XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional del Derecho Penal y Criminología*, Lima, Perú, 2004. “Las limitaciones ontológicas del finalismo fueron duramente criticadas por Claus Roxin, cuyo pensamiento significó un avance cualitativo en cuanto a la sistematización de la teoría del delito y cuyo máximo aporte es según muchos, la sistematización de la teoría de la imputación objetiva, y la relación que establece entre ésta y el tipo subjetivo, pues Roxin determina que la imputación objetiva es el mismo tanto para los delitos imprudentes como para los dolosos, pero entiende a éstos últimos desde una perspectiva voluntarista, que en sus términos no serían sino, ‘el saber y querer la realización de los elementos del tipo objetivo’, y que en la problemática del dolo eventual y la culpa consciente, utiliza un criterio psicológico como es la ‘realización del plan’; ésta perspectiva de análisis del tipo subjetivo, ha sido duramente criticada, especialmente luego de la publicación de la obra de Wolfgang Frisch”.

del elemento volitivo del dolo, se cometen un sinnúmero de delitos que sólo logran acreditarse como “culposos”, los cuales pueden ser merecedores de una punición atenuada, o bien, una excluyente de sanción al estar insertos en el *numerus clausus* (artículo 60 del Código Penal Federal), o simplemente no existe para ellos punibilidad alguna; de tal manera que actuar con total indiferencia ante aquello cognoscible, genera la “benevolencia” del legislador cuando nos encontramos frente a la “falta de acreditación del dolo” y, en su caso, sólo frente a la posibilidad de acreditar un dolo eventual. Ante estos nuevos planteamientos, surgen posturas como las de Canció Meliá, quien opina:

“Luego de haber argumentado la evolución del elemento subjetivo del delito, nos hemos percatado que estamos ante una normativización de todas las categorías del delito, y no es ajena a ella el tipo penal, donde precisamente se encuentra el *dolo*; cuya problemática actual está determinada por la relación normativa con la imputación objetiva y la búsqueda de la *relevancia del elemento cognitivo en desmero del volitivo*, cada una de estas ya no en un sentido psicológico, sino netamente normativo”.<sup>25</sup>

Ante la imperiosa necesidad de adecuar la dogmática penal a las nuevas realidades sociales, los conceptos básicos de la estructura del delito también deben ser replanteados, máxime si se habla del elemento subjetivo del tipo, y por la trascendencia que revestirán para el análisis del presente trabajo, por lo que habrá que ser capaces de replantearnos los hasta ahora conocidos conceptos del dolo, para valorar lo que en otros estudios he sostenido:

“el dolo, situado en la parte subjetiva del tipo, se conforma por un elemento cognitivo (conocer los elementos objetivos del tipo o prever la existencia de los mismos) y un elemento volitivo (querer el resultado perseguido o conformarse con un resultado accesorio). Esta situación, en la dinámica de la vida actual, circunscrita especialmente en conductas supraindividuales, requiere una revaloración del elemento volitivo, toda

---

<sup>25</sup> *Idem.*



vez que más allá de la mera psique del individuo es menester valorar los conocimientos y la capacidad de conocer, ya que atento a ello será capaz de motivarse por la norma. Así, en una sociedad del riesgo, en donde los aportes individuales repercuten en un colectivo, más allá de los aportes cualitativos, repercuten los aportes cuantitativos, siendo suficiente para responsabilizar penalmente a un sujeto el que su actuar tenga carga cognitiva, toda vez que el riesgo o lesión lo generó la parte objetiva de su aporte, no así la voluntad final”.<sup>26</sup>

Como se ha analizado, y circunscribiendo cada corriente a los albores de su época, se puede comprender la necesidad de un derecho cambiante, un derecho capaz de evolucionar, toda vez que las realidades y necesidades del ser humano también van cambiando; actualmente, más que nunca, nos encontramos ante una sociedad compleja, lo que implica voltear hacia la historia, pero con los ojos de un presente proyectándose hacia el futuro, ya que sólo así se entenderán las nuevas realidades humanas. Éstas ya no dependen de su propia individualidad, sino que se corresponden a relaciones supraindividuales, y concatenadas con los factores de riesgo que cada una de las conductas del ser humano pueda detonar en beneficio o perjuicio para la colectividad.

En este tipo de sociedad del riesgo surge la *teoría del riesgo*, desarrollada por Frish, quien sustenta que “Quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta que convierte su conducta en prohibida y típica normalmente puede cumplir el mandato de la norma de no originar a sus semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprendido aún esa peligrosidad amenazante”.<sup>27</sup> Frente a estas realidades de la sociedad del

---

<sup>26</sup> Burgueño Duarte, Luz Berthila, “Derecho penal a juicio”, en *Diccionario crítico*, México, PGR-INACIPE, 2007, p. 221.

<sup>27</sup> Frisch, Wolfgang, citado por Domínguez López, Martha del Carmen, “El contenido del dolo. Problemática actual”, *XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, Perú, 22 al 25 de septiembre de 2004. Respecto a las organizaciones, Luhmann, N., *Sociología...*, *cit.*, p. 155, sostiene que “los riesgos constituyen aspectos de la observación de las decisiones, incluyendo la observación que hace quien decide (autoobservación)... Si se parte de las organizaciones, su número sigue siendo considerable, y las decisiones con efectos al exterior de las mismas (decisiones atribuidas a la organización) son a su vez producto de múltiples decisiones internas”.

riesgo, es preciso desarrollar una conciencia de *solidaridad* hacia las generaciones futuras, por lo que sólo esa ampliación de la responsabilidad puede venir a modificar la indiferencia moral hacia las mismas.

El estudioso del derecho Alcácer Guirao, citando a varios autores como Winter, Prittwitz, Jonas, Beck, Mendoza Buergo, W. Lübbe y Silva Sánchez, principalmente, sostiene que:

“la sociedad del riesgo ha generado un fundamental cambio de la representación social sobre el progreso tecnológico: mientras que en sus comienzos la tecnología iba dirigida a disminuir, evitar o reparar riesgos emanados de la naturaleza, en la actualidad se ha convertido en la mayor fuente de riesgos, riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaz de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras. El obrar humano adquiere con ello un alcance causal sin precedentes, orientado a un futuro todavía incierto, pero de tintes catastróficos. Ello lleva a otro aspecto central de la sociedad del riesgo: la tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad. En la sociedad del riesgo el reino del azar o el infortunio cede espacios a la culpabilidad, como una necesidad para la estabilidad social: a mayor sensación de inseguridad, mayor exigencia de individualizar responsables, para con ello encontrar una explicación al daño y una satisfacción al reproche.

Ello, en consecuencia, llevará al establecimiento de una nueva orientación en las estructuras de atribución de la responsabilidad, desde la que se otorgará prioridad al poder causal de destrucción sobre la capacidad de previsión del agente en su obrar, tal y como de forma paradigmática se muestra en la ‘ética orientada al futuro’ propuesto por Hans Jonas en su obra *El principio de la responsabilidad*.

El carácter global de esos nuevos intereses de protección, así como la perspectiva colectiva o sistémica desde la que se enfoca el poder de destrucción de la acción humana, nos enfrenta, además, a un nuevo actor protagonista: no es tanto el agente individual quien tiene ese potencial destructor, sino antes el ‘actor colectivo’, configurándose como tal incluso la sociedad en su conjunto. Ello conlleva la asunción de una responsabilidad colectiva o vicaria, desde la cual la imputación de responsabilidad por esos grandes riesgos globales habrá de reconducirse a acciones mínimas, dado que esos riesgos se originan a partir de una acumulación de actos

individuales que, siendo en sí inocuos, podrían llevar, si todos los hiciéramos, a la destrucción futura del planeta o, por poner un ejemplo menos drástico, y más factible a corto plazo, a la destrucción irreparable de los bosques húmedos del trópico”.<sup>28</sup>

Así, a juicio de este autor, es preciso desarrollar una conciencia de solidaridad hacia las generaciones futuras, ya que sólo esa ampliación de la responsabilidad puede venir a modificar la indiferencia moral hacia las mismas.

De análisis como éstos, planteados frente a las nuevas realidades, es que surge la inminente necesidad de modernización del derecho penal, en el cual deberán tener cabida y solución las consecuencias derivadas de la sociedad postindustrial, de tal suerte que todos los esfuerzos jurídicos, normativos, políticos, sociales, económicos, etcétera, estén encaminados a reforzar la tutela penal de los intereses colectivos, a fin que se logre dotar de un libre desarrollo al individuo inserto en dicha sociedad.

Por ello, el derecho penal mexicano debe analizar tanto los preceptos legales como la dogmática que se ha venido utilizando para analizar conductas individuales, y adecuar su sistema jurídico-dogmático a la actual realidad: las necesidades de la sociedad del riesgo. Así, cabe referir lo sostenido por Luhmann:

“el derecho no puede garantizar la seguridad, si la sociedad misma entiende su futuro como un riesgo que depende de decisiones. Lo único que los riesgos adquieren en el sistema jurídico es una forma jurídica específica. En una perspectiva de referencia heterológica, es decir, en una perspectiva referida a los intereses, el riesgo inmanente a la conducta decisional y el peligro que de ello se origina para los otros se convierte en el problema jurídico por antonomasia. En una perspectiva autorreferencial (es

---

<sup>28</sup> Alcácer Guirao, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. LVI, enero-diciembre de 2001, pp. 150 y 151. Cfr. Gidens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, España, Alianza Editorial, 2004, p. 77, “La industria moderna está intrínsecamente fundamentada en la división del trabajo, no sólo en el plano referente a tareas laborales, sino también en el de la especialización regional en términos de tipos de industria, en las técnicas, y en la producción de materias primas. Qué duda cabe que desde la Segunda Guerra Mundial se ha dado una enorme expansión de la interdependencia mundial en la división del trabajo [...] Es cierto también que ello ha servido para reducir la hegemonía interna de muchos estados, particularmente aquellos con un alto nivel de industrialización”.

decir, referida a conceptos), el derecho está obligado a reflexionar sobre su propio riesgo. Pero esto no significa aceptar simple y sencillamente como un hecho su propia falta de confiabilidad. Más bien, de lo que se trata es de hallar reformas jurídicas que resulten compatibles, desde el punto de vista del riesgo y el peligro, con la autopoiesis del sistema jurídico, con su función específica y con la peculiaridad de su código”.<sup>29</sup>

Sin duda, el derecho penal no enfrenta una tarea sencilla, sino al contrario, precisa valorar el espíritu real del denominado *derecho penal mínimo* en torno a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, frente a los cuales existe también la innegable realidad de los nuevos riesgos que enfrenta nuestra sociedad, y para los cuales no existen barrotes dogmático-penales adecuados para determinar, principalmente, las responsabilidades de los individuos que despliegan su conducta dentro de un colectivo, cuyo entramado organizacional hace que se diluyan de conductas delictivas al enfrentarse a análisis dogmáticos de causalidad, de error de tipo y de prohibición, de falta de elemento cognitivo del dolo, de falta de aceptación y reconocimiento de los delitos de peligro abstracto, de sujetos fungibles, de delitos cualificados propios, de dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder, de “coautorías” con falta de acuerdo común, de inducciones por sujetos no cualificados, y finalmente, de una estructura del delito acorde al análisis de delitos individuales, que queda rebasada frente a los delitos cometidos por entes colectivos. Estos temas se irán abordando en el curso del presente trabajo con la intención de aportar un punto de vista que permita mayor acercamiento a la continua evolución de nuestro derecho penal.

### *1. Protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales*

En la *sociedad del riesgo* en que se vive, con mayor frecuencia se depende de conductas de terceros que ponen en peligro e incertidumbre el actuar cotidiano de

---

<sup>29</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, Colección Teoría Social, 2002, p. 638. Además, dice que “En el modelo de la teoría de sistemas, la fórmula riesgo toma el lugar de la fórmula de adaptación, y esto tanto en el plano del sistema de la sociedad en su totalidad, como en el de sus sistemas funcionales”, p. 637.

todos los ciudadanos, ya no sólo de manera individual, sino de manera colectiva, a éstos les llamamos bienes jurídicos colectivos, de los cuales nadie puede ser excluido de su uso o disfrute, e. g. la contaminación, el cambio climático, la responsabilidad por el producto, entre otros; estos bienes jurídicos son indivisibles por lo que de manera real y jurídica atañen, en su contexto total, a cada uno de los individuos que conforman el colectivo, por lo que se deben generar márgenes de confianza más sólidos, y a la vez más determinantes y acordes a las nuevas exigencias sociales, a fin de forjar una responsabilidad colectiva.<sup>30</sup>

De ahí la imperiosa necesidad de generar mayores límites a las conductas supraindividuales y solidarizarnos con los riesgos<sup>31</sup> colectivos y los derechos de las generaciones futuras, pues sólo en la medida que exista un sistema normativo que regule la *responsabilidad colectiva* se fortalecerá la prevención de crímenes con impacto hacia el futuro.

---

<sup>30</sup> Shünemann, Bernd, “¡El derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho”, Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos, núm. 38, julio de 2007. En contrario, sostiene que “la salud humana tanto del individuo como de la población no significa otra cosa que el bien jurídico individual de cada ciudadano, entonces de ninguna manera representa un bien jurídico colectivo, por sí solo digno de proteger. Porque no tiene sentido volver un objeto aparte la suma de los bienes jurídicos individuales en un bien jurídico colectivo”, p. 34. Señala que un tal “bien jurídico colectivo aparente es la salud pública que en verdad está compuesta de la suma de la salud de cada ciudadano individual. Por lo tanto, no pasa de ser un bien jurídico individual según una perspectiva de lógica de clases. Esta aglomeración errónea de bienes jurídicos individuales en uno colectivo sirve a la jurisprudencia de argumento para ignorar sencillamente los principios de exclusión de la protección penal en caso de consentimiento del titular del bien jurídico”, p. 60.

<sup>31</sup> El riesgo, en una sociedad como en la que vivimos, hay que entenderla como *el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, y las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada*; cfr. Beck, Ulrich, *Sociedad del riesgo global*, 2a. ed., Madrid, España, Siglo XXI, 2006, p. 5, “En este tenor, la criminalidad debe abordarse desde la responsabilidad colectiva, toda vez que la regulación individual queda rebasada por la actuación de un grupo de individuos que con su conducta generan un riesgo para la colectividad, aun cuando no exista una relación causa-efecto, directamente, vinculada o subordinada al resultado”. Cfr. Luhmann, N., *Sociología...*, cit., pp. 153 y 154, “La sociedad de riesgo no conoce ni héroes, ni amos. Representa al mismo tiempo una interrupción de las formas tradicionales de la reciprocidad. Reemplaza también el mecanismo ayuda-gradecimiento-ayuda de parte de las organizaciones del Estado previsor, dando lugar con ello a un clima de exigencias en el que la ayuda es mucho mayor que en cualquier otro tiempo y en el que simultáneamente las desilusiones aumentan. La forma jurídica para ellos es la del *derecho subjetivo*, que abstrae de cualquier clase de correspondencia entre derechos y obligaciones, y se conforma con la simple complementariedad”.

En este sentido, del nuevo derecho penal habrá que valorar las conductas desplegadas por los individuos dentro de un colectivo desde dos planos: el objetivo (nivel de conocimiento del autor), para valorar la conducta antijurídica, y el subjetivo, de la voluntad hasta el momento de individualizar la pena o sanción, a fin de respetar los principios básicos del derecho, pero con la mirada fija en la salvaguarda de derechos supraindividuales, y en defensa de la sociedad en la cual se desea vivir.

Para ello, se deben analizar los instrumentos normativos con que cuenta México en materia de regulación de la responsabilidad individual, ya que, si bien hay conductas que por sí mismas resultan inocuas para lesionar bienes jurídicos, siendo desplegadas en un colectivo presenta una variante significativa, ya que dicha conducta concatenada a la de terceros recobra un contenido comunicativamente relevante para los *costes* que soporta la sociedad, a pesar de lo cual, actualmente se “resuelven” mediante el derecho administrativo, teniendo como respuesta sanciones a la persona moral sin sancionar la responsabilidad de los individuos que con su conducta generan un riesgo o lesión jurídico-penalmente desaprobado con impacto supraindividual.

Las sanciones administrativas no resuelven el fondo del problema, tal como lo sostiene la *teoría del levantamiento del velo societario*, la cual demuestra cómo las empresas se ocultan ante uno u otro nombre o razón social para evadir cualquier tipo de sanción, o bien, crean una nueva persona moral que viene a actuar con la misma indiferencia ante los riesgos generados a bienes jurídicos colectivos; riesgos que por su impacto son más peligrosos que aquellos derivados de responsabilidades individuales.

Actualmente los riesgos generados por el “actuar” de las organizaciones son cada vez mayores y de más amplio alcance perjudicial, frente a la ironía de que estas organizaciones “no tienen voluntad”, y por ende no pueden ser sancionadas penalmente. Así, tenemos una innegable realidad: el hecho de que se difuminan las responsabilidades dentro de su enramado organizacional.

Reflexionando sobre la falta de normatividad adecuada para regular la *responsabilidad colectiva* en México, se plantea la imperiosa necesidad de salvaguardar a la sociedad misma del resultado lesivo y riesgoso emanado de las

conductas desplegadas dentro de un colectivo, toda vez que actualmente no existe responsabilidad alguna que limite a aquellas personas indiferentes hacia los riesgos latentes a los que la sociedad se enfrenta día a día, ya que son inconscientes de la forma en cómo todas las conductas están interrelacionadas con las conductas y necesidades de terceros, llámese vestir, asearse, consumir alimentos, salvaguardar nuestra salud, vivir en un medio ambiente adecuado, comercializar productos, manejar productos peligrosos, etcétera.<sup>32</sup>

Esta indiferencia impide la prevención del crimen e incrementa los riesgos asumidos por la sociedad actual. De ahí que se precise establecer una figura de autoría en la que sean responsables todos aquellos que formando parte de una organización hayan contribuido con sus aportes *cuantitativos* cargados de conocimientos o con capacidad de conocer en la creación de un resultado lesivo o de un riesgo para la colectividad, pues si bien la calidad de *garante* que se asume dentro de dicho colectivo lo hace responsable en la medida de su injusto personal, también lo es que, como sostiene Feijóo, “desde el punto de vista del fundamento de los deberes infringidos, la tipicidad de la conducta en estos supuestos en los que están en peligro bienes jurídicos muy importantes, no estaría más bien en lo que el sujeto emprende, sino en no tener un grado mínimo de solidaridad para modificar

---

<sup>32</sup> Díez Ripollés, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, España, 2005, pp. 3 y 4, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>, el autor sostiene que “el debate original sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo parte de la constatación de un conjunto de *realidades sociales* que se podrían, quizás, sintetizar en tres grandes bloques: Por un lado, la generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas. Por otro lado, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas... el control del riesgo no sólo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está; se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad. Finalmente, en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva, visible en [criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf).

una actuación en beneficio de la víctima”,<sup>33</sup> situación frente a la cual la sociedad espera y confía en una variación de su conducta; se espera que el individuo despliegue conductas apegadas a la norma y a la salvaguarda de los bienes jurídicos relevantes para la sociedad.

Cada persona es sujeto de derecho, y debe entender que sólo en la medida que se responsabilice por sus conductas y el impacto que ellas generan, es que se podrá frenar la criminalidad que violenta incluso los bienes jurídicos de generaciones futuras. Para ello se requiere de un entorno normativo y dogmático acorde a las nuevas necesidades sociales.

## *2. Fin de la pena ante la sociedad del riesgo. Toma de postura*

Sin entrar a un análisis exhaustivo de la evolución histórica de la pena, resulta relevante detener un poco el análisis en este punto, a fin de contextualizar los planteamientos del presente trabajo circunscritos en esta “sociedad del riesgo” en que se van conociendo y reconociendo conductas del ser humano cada vez más complejas, y en muchas ocasiones frente a un sinsentido de la responsabilidad de sus actores ante las fatídicas consecuencias de sus resultados. Frente a esto, cabe centrar el análisis, principalmente, en las teorías retribucionistas, para pasar a reconocer las bondades de la teoría de la prevención general (positiva) y establecer por qué se asume la postura del contexto planteado en el sistema funcionalista teórico-sistémico (de Jakobs).

Así, se reconoce cómo la historia ha demostrado que la prevención general positiva y la “utópica” idea de la resocialización no han sido efectivas para alcanzar los objetivos que persigue la norma penal, por lo que autores como Ernst-Amadeus Wolff, Michael Köhler y, sin duda, Günther Jakobs, con el fin de buscar una mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de la determinación de la pena, han replanteado la concepción final de ésta, dando origen a lo que algunos llaman neo-

---

<sup>33</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *Comportamiento de terceros en derecho penal*, México, Ángel Editor, 2002, p. 75.



retribucionismo. Además, destaca la relevante postura de la prevención general, defendida, entre otros, por Claus Roxin, basada en los principios rectores de la política criminal.

En este contexto vale la pena revisar someramente el contenido esencial de las teorías retributivas —que, en su conjunto, responden acerca del contenido, de los fines y de la justificación de la pena—, cuyos planteamientos centrales emanan de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea: Kant<sup>34</sup> y Hegel, de quienes, de alguna manera, dice Migliardi que:

“Para el pensamiento retribucionista, en todas sus versiones, el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena. De ahí que su postulado esencial sea que la pena es retribución del mal causado. Por lo que la justificación de la sanción penal, en estas teorías, es solo y únicamente la realización de la justicia como valor ideal.

La pena, por ello, tiene aquí un carácter absoluto, no sirve para nada más, pues constituye un fin en sí misma. La pena tiene que ser porque debe imperar la justicia. Por esta razón, además, se explica que la teoría de la retribución tenga directa relación con el principio de proporcionalidad, dado que la culpabilidad aquí no solo es

---

<sup>34</sup> Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, [www.filosoficas.unam.mx/~gmom/clasicos/kant-fundamentacion.htm](http://www.filosoficas.unam.mx/~gmom/clasicos/kant-fundamentacion.htm); para Kant "la ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra". Contrario a estas posturas kantianas de retribucionismo, entre otros, cfr. Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general. I. El hecho punible*, España, Civitas, 1982, p. 13, quien sostiene que "la pena es esencialmente coacción, y la coacción no se justifica mediante el sentido que quien la sufre pueda quizás deducir de ella. Por otra parte, la pena sería totalmente inadecuada, aunque realmente se tratara de posibilitar al delincuente expiar su culpabilidad: la forma en que el proceso penal lo pone en la picota pública, así como la descalificación del sujeto que está vinculado a la pena privativa de libertad no dejan al condenado otro camino que negar su culpabilidad, o la huida en técnicas de disculpa y de autojustificación. Finalmente no es posible hablar de la pena como una sanción jurídica que procura la perfección moral del delincuente como tal, sino que solo se trata de la solución de los conflictos sociales surgidos del hecho punible, de tal manera que el cumplimiento de la pena debería tener por consecuencia también la real justificación. Sin embargo, como es sabido, lo que ocurre es precisamente lo contrario: la pena no borra el pecado del condenado ante los ojos de la sociedad, sino que lo marca a fuego".

el fundamento de la pena sino también su medida. De forma tal que el castigo penal no puede, por principio, exceder la intensidad del reproche”.<sup>35</sup>

Debemos tener en cuenta que el pensamiento kantiano a la vez descansa en el postulado del “libre albedrío”, entendido como la voluntad del sujeto de conducirse o no conforme a la norma, esto es, de hacer buen o mal uso de su libertad; de ahí que este filósofo centre su postura en el principio de la culpabilidad, lo que lo lleva a destacar la dignidad humana y la libertad del delincuente, y funda la pena en la retribución de la culpabilidad del delincuente, en donde la pena se instaura como una reacción del Estado frente al mal uso de la libertad del individuo, quien determinó su libre albedrío en contra de la norma, afectando el bien jurídico consagrado en ésta.

Así, Kant destaca la dignidad y la libertad del hombre sosteniendo que el único fundamento de la pena es la retribución a la culpabilidad del sujeto, y que la aplicación de la pena es una necesidad ética, una exigencia de la justicia o un imperativo categórico, y que la pena no se concibe como un instrumento para la consecución de otros fines distintos que no sean la justicia o el mantenimiento del derecho. Además, hace una reinterpretación de las fórmulas de Ulpiano, donde expresa todo el contenido de su filosofía penal, citada por Migliardi en los siguientes términos:

“La primera fórmula establece, sé un hombre honesto (*honeste vive*). La honestidad jurídica (*honestas iuridica*) consiste en afirmar el propio valor como hombre en la relación con otro, deber que se expresa en la proposición: no te conviertas en un simple medio para los demás, sino sé para ellos a la vez un fin. Este deber se esclarecerá en lo que sigue como obligación surgida del derecho de la humanidad en nuestra propia persona (*Lex iusti*).

---

<sup>35</sup> Migliardi, Mario Durán, “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual”, *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2001, [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext).

La segunda fórmula señala no dañes a nadie (*neminem laede*), aunque para ello debieras desprenderte de toda relación con otro y evitar toda sociedad (*Lex iuridica*).

Por último, la tercera fórmula indica, entra (si no puedes evitar lo último) en una sociedad con otros, en la que a cada uno se le pueda mantener lo suyo (*suum cuique tribue*). Si esta última fórmula se tradujera —explica Kant— como: ‘da a cada uno lo suyo’, formularía un despropósito; porque no puede darse a nadie lo que ya tiene. Por consiguiente, si ha de tener sentido, tendría que decir así: ‘entra en un estado en el que pueda asegurarse a cada uno lo suyo frente a los demás’ (*Lex iustitiae*).

Llevadas estas fórmulas al derecho penal, han servido para establecer las bases sobre las cuales Kant ha expresado, respecto de la pena, que la pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenada a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo.

Así, la dignidad del hombre impide, precisamente, que éste sea utilizado como un medio, sea respecto de fines que le sean propios o ajenos, o como una cosa, sobre la cual se puedan ejercer acciones o pretender derechos.

Por ello, el hecho de que el hombre sea considerado por esta teoría un fin en sí mismo y, por tanto, no se pueda instrumentalizar en beneficio de la sociedad o de él mismo, tiene como directa consecuencia que no sea considerado éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social y que, por tanto, solo sea admisible basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia: la ley penal se presenta como un imperativo categórico, es decir, como una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras”.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> *Idem*.

Sostiene Jescheck que la idea de la retribución descansa sobre tres presupuestos inseparables: el primero consiste en que la facultad del Estado para, mediante la pena, dar al culpable su merecido, sólo se justifica plenamente si se reconoce la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente. El segundo, en la existencia de una culpabilidad que puede ser medida según su gravedad, y el tercero, en que la retribución presupone que en el terreno de los principios se puede armonizar de tal manera el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena que la sentencia puede ser considerada justa por el autor y por la colectividad.<sup>37</sup>

Sí, las teorías retributivas de la pena enmarcan su concepción en la justicia, y por ende en la pena justa, lo que se asocia al principio de culpabilidad, en virtud del cual sólo se responde por el hecho y en cuanto el sujeto sea culpable, con un sentido garantista alejado de la utilización del hombre como instrumento, dejando claro que a éste se le ve como un “fin”, un *fin* que, dentro de la sociedad del riesgo en que se vive, debe ir más allá de lo individual, para centrarse en un “fin social”, un “fin colectivo”, un *fin* en donde el hombre en sí mismo se corresponsabilice con el *fin* del “otro” hombre y la sociedad misma.

Por su lado, Roxin ha rescatado como positivo, respecto de las teorías de la retribución, el hecho incuestionable de que “la idea de la compensación retributiva, al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena, tiene una fuerza triunfalmente sublime, a la que es difícil sustraerse”.<sup>38</sup> Agrega este autor, en recientes obras, que “el Derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad..., entonces, las teorías de la pena determinan las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo: influyendo en los propios delincuentes (prevención especial) o en todos los miembros de la sociedad (prevención general), o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De esto resulta una teoría penal de la prevención”.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4a. ed., España, Bosch, 1993, p. 58.

<sup>38</sup> Citado por Migliardi, Mario, *op. cit.*

<sup>39</sup> Claus Roxin, en Díaz-Aranda, Enrique *et al.*, *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio*, México, STRAF, 2014, p. 538, sostiene que su punto de partida es “construir la teoría del delito desde la perspectiva de la política criminal” siendo coincidente con SILVA SÁNCHEZ.

La teoría de la prevención pretende, precisamente, que la pena cumpla con un factor de “necesidad”, y no un mero ejercicio razonado de la punibilidad que pueda corresponder al bien jurídico tutelado. Cada sociedad habrá de determinar la punibilidad en proporción del “valor” o relevancia de dicho bien jurídico, frente a lo cual el ejercicio de la punición e imposición de la pena debe corresponder al análisis, precisamente, del hecho y de la conducta desplegada por el sujeto. Al respecto, Roxin sostiene que:

“la cuestión de la necesidad preventiva de punición también debe plantearse siempre en las causas de exculpación (de manera más exacta: en las causas de exclusión de la responsabilidad penal) junto con la cuestión de la culpabilidad. Cuando no exista una necesidad de pena, sea bajo puntos de vista de prevención especial sea bajo puntos de vista de prevención general, la pena carecerá de una justificación penal. En tal caso, no tendría una legitimación social y no deberá ser impuesta”.<sup>40</sup>

Cabe aquí cuestionar el efecto realmente preventivo de la teoría de la prevención cuando se analiza la imposición o no de una pena, esto es, cuando la prevención ha fallado, pues el sujeto no se disuadió de actuar contrario a la norma, sino que, a pesar de ello, se determinó de manera libre y voluntaria hacia tal o cual conducta, con la consecuente generación del resultado de daño o de lesión. Así las cosas, la prevención no funcionó, y en un segundo momento, de manera “preventiva”, se busca analizar la “necesidad” o no de la imposición de la pena cuando, fuera de cualquier postura teórica, en ningún momento la imposición de la pena se ha instaurado como un “disfrute” del Estado, de la víctima o del ofendido,

---

Sosteniendo que los objetivos finales que guíen al sistema en su totalidad y a la elaboración de cada una de las instituciones jurídicas deben ser, entonces, de tipo político-criminal. En esto entiendo yo bajo política criminal, a diferencia de p. ej. LISZT, no solamente la elección de las sanciones preventivo-especiales (o también, en otras concepciones básicas, preventivo-generales) que sean más efectivas para prevenir el delito, sino la totalidad de los aspectos valorativos, según nuestra Constitución y legislación penal, que sean determinantes en la fijación y configuración tanto de los presupuestos de la punibilidad como también de las sanciones. Luego, también los elementos limitadores de la pena de nuestro ordenamiento penal, como frase del *nullum crimen* o el principio de culpabilidad, son, para mí, componentes de la política-criminal de un Estado de Derecho”.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 339.

sino por el contrario, se ha establecido como una “necesidad”, y las distintas teorías simplemente han venido “justificando” el “porqué es necesaria su imposición”, lo que conocemos como “fines de la pena”.

Esto es lo que se cuestiona en el presente trabajo, precisamente ¿por qué resulta relevante analizar bajo una nueva óptica las conductas desplegadas dentro de un colectivo cuando éstas lesionan o ponen en peligro derechos fundamentales? Derechos ante los cuales, sostiene Roxin, hay que establecer límites a sus efectos de irradiación, como lo son: “el estado de necesidad exculpante extralegal, la inexigibilidad como (así llamada) causa de exclusión de la culpabilidad en la imprudencia; y también para hechos no necesitados de pena debido a conflictos de conciencia y la desobediencia civil”.<sup>41</sup>

Estas valoraciones de la conducta, coincidiendo con este autor, se deben entender a través de la teoría de los fines de la pena; no obstante, habrá que reconocer que cuando se trata de lesiones a derechos fundamentales, constituidos mayoritariamente en bienes jurídicos de tercera generación, muchas de las “reflexiones” del sujeto *ex post* a su conducta delictiva no pueden ser toleradas en una sociedad del riesgo, en donde ya existen barreras de contención del riesgo que permiten actuar bajo ciertos riesgos permitidos, pero sin generar lesiones a estos derechos fundamentales y respecto de los cuales en muchos de los casos es imposible alcanzar la reparación del daño. Ante esta realidad, ¿hay un fin de la pena? En el presente trabajo se sostiene que sí, pero es un fin lo suficientemente objetivo como para no caer en falsas expectativas de resocialización, sino en el reconocimiento y aceptación de lo factible.

Por su lado, Jescheck apunta una relevante observación positiva respecto de las teorías absolutas de la pena, al señalar que en ellas “se desconoce que el

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 340. Agrega: “Igualmente, la liberación de pena en el desistimiento voluntario solamente puede ser explicada a través de la teoría de los fines de la pena, es decir, por el hecho de que al legislador no le ha parecido necesaria la pena ‘para evitar que el autor cometa delitos en el futuro, para intimidar a otros y a el ordenamiento jurídico lesionado’. Una dogmática orientada en la política criminal... no debe olvidar, sin embargo, la situación concreta y la individual del autor... las situaciones personales especiales... Y también en los delitos culposos, cuando estos se encuentren en el límite de la necesidad de pena”, p. 341.

hombre sea un ser débil, precisado de ayuda y frecuentemente maltratado; se le trata justamente, pero con extrema frialdad. La verdad permanente de las teorías absolutas —concluye— consiste en que la protección de la sociedad a través de la pena, en tanto ésta devenga necesaria, ha de procurarse siempre de una manera justa”.<sup>42</sup>

Así, la prevención general se instaure como la prevención de futuros delitos, lo cual deviene de la *retribución* en su doble efecto: efecto negativo de intimidación y efecto positivo de consolidación de sentimiento colectivo de justicia. La teoría de la prevención, como ya se mencionó, toma sus bases de la política criminal, en la cual hay componentes limitadores a la reacción del Estado y a la imposición de la pena, y respecto de lo cual el propio Roxin sostiene:

“Según la situación actual del Derecho y de la Constitución, la Política criminal no busca combatir la criminalidad a cualquier precio, sino combatirla con medios de un Estado de Derecho. Como ya se ha acentuado al principio, también forman parte de la Política criminal componentes limitadores de la intervención, y estos tienen que ser hechos dogmáticamente fructíferos de igual manera que sus objetivos preventivos. En el marco de la concepción que yo defiendo esto ocurre de cinco maneras, tal como se puede esbozar aquí de manera aproximada:

En primer lugar, para la categoría del tipo el principio *nullum crimen sine lege* constituye un punto de vista rector de la interpretación y sistematización que tiene considerables consecuencias no solamente en la indiferenciación entre delitos de acción y delitos de infracción del deber, así como también en las teorías de la omisión, la autoría, la participación delictiva y el dolo...

En segundo lugar, la teoría de la imputación objetiva constituye un medio apropiado, por Política criminal, para delimitar el tipo, sobre todo en los delitos puros de resultado (homicidio, lesiones), cuyo tenor típico, no estructurado por otros elementos, recién puede encontrar la restricción adecuada a través de la teoría de la imputación. Según ello, una acción de homicidio no es simplemente la producción causal o final de un resultado de muerte, sino la creación y realización de un riesgo

---

<sup>42</sup> Citado por Migliardi, Mario, *op. cit.*

no permitido para la vida dentro del ámbito del tipo... Al mismo tiempo se estructura con ello el tipo, a partir de la tarea del Derecho penal, para preservar al individuo y a la sociedad de riesgos insoportables por política social.

En tercer lugar, para mí, en las causas de justificación, se trata de elaborar principios ordenadores sociales con cuya ayuda puedan solucionarse, de la manera más ventajosa posible para los individuos participantes y el bienestar general, las colisiones de intereses constitutivas de toda causa de justificación. Si bien esto constituye una tarea de política social por que las causas de justificación rigen más allá del Derecho penal, no obstante también tiene un carácter político-criminal en tanto se trate con ello de la impunidad o punibilidad de conductas típicas. Luego, en dicha medida la tarea de las causas de justificación es la de limitar objetivamente la punibilidad de las realizaciones del tipo.

En cuarto lugar, en el nivel delictivo de la responsabilidad, el principio de culpabilidad constituye el instrumento político-criminal que actúa simultáneamente fundamentando la pena puesto que nunca puede imponerse una pena si ella no estuviera presente así como tampoco la pena puede ir más allá de su medida. Pero la tarea de la pena es igualmente preventiva pues ella no debe retribuir sino impedir la comisión de futuros delitos. En cambio, la culpabilidad, por política criminal, solamente tiene la función de limitar, en aras de la libertad de los individuos, la magnitud en la cual puedan perseguirse objetivos preventivos. De esto resulta, por política criminal, aquel principio de la doble limitación que caracteriza mi sistematización de la categoría de la responsabilidad: la pena no debe ser impuesta nunca sin una legitimación preventiva, pero tampoco puede haber pena sin culpabilidad o más allá de la medida de ésta. La pena de culpabilidad es limitada a través de lo preventivamente indispensable; la prevención es limitada a través del principio de culpabilidad.

Por último, en quinto lugar, también los derechos fundamentales pueden influir en la necesidad de pena y, en el marco de lo preventivamente tolerable, excluir la punibilidad. Ellos, en este caso, surten el efecto de causas de responsabilidad excluida... La integración de los derechos fundamentales en el sistema penal, que se



quiere demostrar aquí, constituye una de las tareas de política criminal más descuidadas hasta ahora por la ciencia penal”.<sup>43</sup>

Estos componentes limitadores a la intervención de un Estado de derecho, que refiere el ilustre Claus Roxin, como el principio *nullum crimen sine lege*, la teoría de la imputación objetiva, la valoración de las causas de justificación y el principio de culpabilidad, resultan valoraciones sumamente relevantes para el análisis de las conductas individuales, ante las cuales mayoritariamente se ha venido centrando la dogmática penal, pero caben las siguientes interrogantes: ¿qué otros componentes dogmáticos se deben considerar cuando se precisa valorar conductas colectivas, conductas que van más allá del aporte individual, conductas que, concatenadas con otras conductas individuales, generan lesiones y daños a bienes jurídicos, incluso de tercera generación? Este cuestionamiento guarda consistencia con el quinto componente limitador que expone este jurista, que es el relativo a los derechos fundamentales, reconociendo él mismo que “La integración de los derechos fundamentales en el sistema penal... constituye una de las tareas de política criminal más descuidadas hasta ahora por la ciencia penal”.

Así, frente a la relevancia y el impacto colectivo que implica la lesión o daño a los derechos fundamentales sociales, cabe retomar el ya cuestionado efecto de la “prevención especial”, la cual supone un efecto disuasorio ante quien pretende cometer una conducta contraria a la norma (léase un delito). Efecto disuasorio que la historia y el día a día han demostrado que no existe, no funciona; el “delincuente” no se intimida por la existencia de una punibilidad inserta en un código penal y la posible imposición de una pena. El sujeto que se determina a actuar de manera contraria a la norma lo hace con la esperanza de que no será descubierto, con la idea de que vulnerará la norma sin consecuencia o responsabilidad alguna para sí mismo, con la convicción o esperanza de que es capaz de “burlar” la ley; esto, claro está, tratándose de conductas dolosas. Pero también incide en las conductas culposas o indiferentes desplegadas dentro de un colectivo, y que, de manera

---

<sup>43</sup> Claus Roxin, en Díaz-Aranda, E. *et al.*, *Lineamientos prácticos...*, *cit.*, pp. 344-346.

indolente, el sujeto despliega, sin dolo, pero con total desacato al rol que se le ha asignado dentro del colectivo en que se encuentra, y precisamente en aras de contener los riesgos permitidos de una sociedad del riesgo. Estas conductas están cargadas de conocimiento o capacidad de conocer (“en la cual el hombre aparece situado ante un amplísimo horizonte de posibilidades de actuación con la consiguiente perplejidad y dificultad para elegir, lo cual supone contingencia y riesgo”<sup>44</sup>), y ante ellas no ha sido efectivo el efecto de prevención especial que pugna esta teoría, pues más allá de no sentirse “intimidados” por la imposición de una pena, se saben “arropados” por el colectivo del que forman parte, llámese empresa (entendida como persona moral), o bien, como un conglomerado que difumina las acciones individuales en una sola acción colectiva.

Lo anterior, aunado a la falta de confianza y credibilidad de nuestras autoridades, hace que el principio de prevención especial haya quedado realmente desfasado. Posiblemente quede la eficacia de la prevención general (negativa), que con efecto igualmente intimidatorio implica una real amenaza ante el despliegue de ciertas conductas, esto es, tipificaciones de conductas que consagran bienes jurídicos relevantes para la sociedad. Efecto intimidatorio del que se ha querido desasociar, dando pauta a la prevención general-positiva, entendida como la certeza jurídica puesta en el “buen” ciudadano de que existe un orden bajo el cual sus bienes jurídicos valiosos están protegidos, y que existen los canales para responsabilizar a quien los violente. Visto de esta manera, la pena tiene un fin de protección al “buen ciudadano”, un fin de confianza de la persona respetuosa de la norma bajo la “promesa” del Estado de que sus bienes jurídicos relevantes guardan un estado de contención del riesgo, delimitado precisamente por los límites de la responsabilidad penal.

Esta idea utópica de la prevención general-positiva tampoco es salvable del todo; ante ello, cabe pensar, en un primer momento, en un Estado de derecho en

---

<sup>44</sup> Montoro Ballesteros, Alberto, “El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”, *Anuario de Derechos Humanos*, España, Universidad Complutense de Madrid, nueva época, vol. 8, 2007, p. 366, [revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0707110365A/20789](http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0707110365A/20789).

donde éste hace lo que le corresponde, a saber, “garantizar el orden social”, que en ese contexto se podría confiar en un sistema que a la persona respetuosa de la ley le brinde confianza y tranquilidad de que los baremos de protección de los bienes jurídicos relevantes están establecidos y garantizados, de tal manera que, frente a un quebrantamiento de los mismos, el Estado de derecho actuará a fin de restablecer el orden social.

Pero esta no es la realidad que se vive. Se trata, más bien, de un Estado en donde lo que menos hay son garantías de derecho, un Estado finamente mezclado con la delincuencia, un Estado corrupto, un Estado deshonesto, un Estado que no merece serlo. Las estructuras de gobierno han sido alcanzadas por la delincuencia, llámese crimen organizado, narcotráfico, tráfico de menores, corrupción, negligencia, indiferencia, ignorancia, por citar las más relevantes; *statu quo* al que la sociedad misma se ha ido acostumbrando tras haberlas ido tolerando día con día (y formando parte de ellas en muchos de los casos).

Ante esta innegable realidad cabe preguntarse, ¿a la persona respetuosa de la norma le da certeza jurídica la existencia de un código penal que “salvaguarda” los bienes jurídicos ahí catalogados como tipos penales?, ¿se tiene la tranquilidad de que el Estado velará por su cumplimiento?, ¿acaso es con base en ese “catálogo” de delitos y penas que el Estado restablecerá el orden social?, definitivamente NO. Esta prevención general-positiva ha sido rebasada, aun con todas sus bondades, producto del lamentable Estado de corrupción y deplorable “Estado de derecho”. Se trata de un Estado en donde el que viola la norma parece ser el “más astuto” (porque “sabe” cómo burlar la norma), mientras que la persona que se conduce conforme a la norma pareciera ser el “más tonto”, y al que en definitiva se le violentan sus bienes jurídicos; un Estado en donde las deplorables realidades inhabilitan todas las estructuras y las vuelven utopías.

Ante realidades como la expuesta, en los últimos tiempos se ha dado paso a posturas funcionalistas, desarrollándose en un inicio un funcionalismo moderado, impulsado principalmente por Roxin e influido por el funcionalismo de Parsons, para dar paso a un funcionalismo radical (influido por Luhmann), cuyo principal precursor es Jakobs, con planteamientos más allá de la fundamentación ontológica. El

llamado funcionalismo-sistémico “acentúa unilateralmente el interés social estabilizador, de tal manera que los derechos de libertad que se vuelvan contra el “poder” tengan que ser vistos realmente como factores perturbadores”.<sup>45</sup>

Frente a este planteamiento de la teoría de los sistemas se instaura el funcionalismo sistémico, defendido por Jakobs, al cual Roxin, en una de sus más recientes publicaciones, señala varias críticas, algunas de ellas a fin de analizar la gran similitud entre la postura que ambos defienden. Así, sostiene Roxin que Jakobs explica el estado de necesidad exculpante y el exceso de legítima defensa casi de la misma manera y con los mismos resultados que él, sosteniendo que “también para JAKOBS desaparece la necesidad de una punición cuando sea posible otra forma de procesar la defraudación de expectativas; y esto ocurre en los estados de necesidad dentro del marco de la exculpación concedida por la ley”.<sup>46</sup> Señalando:

“Por ello la teoría de JAKOBS también carece del elemento político-criminal reformador; su lugar es ocupado por la descripción sistematizadora de cada uno de los contextos. Con frecuencia se critica esto apasionadamente, y JAKOBS mismo dice: ‘Probablemente esta descripción despiadada, esta exclusión de una utopía, sea prácticamente lo más escandaloso de toda la teoría funcional’”.<sup>47</sup>

...yo no puedo seguir al funcionalismo, en la medida en que éste, más allá de un pensamiento político-criminal, final-racional, basado en un Estado social de Derecho, se presente como una pura teoría sistémica que haga abstracción de todo contenido”.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Claus Roxin, en Díaz-Aranda, E. *et al.*, *Lineamientos prácticos...*, *cit.*, p. 347, sostiene que el “planteamiento sistémico-funcionalista, ha encontrado en JAKOBS, su más influyente manifestación (también empleado por SILVA SÁNCHEZ), ante lo cual JAKOBS defiende una ‘teoría de la prevención general positiva’, según la cual la tarea esencial de la pena y del Derecho penal consistiría en la estabilización social que conserve el sistema a través de la ‘práctica de fidelidad jurídica’... JAKOBS ha declarado que eso no es así, sino que la pena porta consigo su propia finalidad independientemente de cualquier efecto empírico: ‘El rendimiento del Derecho penal consiste en contradecir, por su parte, la contradicción que se haga a las normas determinantes de la identidad social’. La pena ‘no solamente (sería) un medio para preservar la identidad social, sino constituye ya esta preservación misma’”, p. 342.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 343.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 344.

CRÍTICA DE ROXIN A JAKOBS: “JAKOBS quiere explicar el Derecho de nuestra sociedad liberal, y allí también juega un papel el sujeto libre en la medida en que la ‘autodescripción de la sociedad lo determine’. Luego, también JAKOBS renuncia a la imputación cuando el sistema lo quiere (en caso de un ‘ajuste social de la comunicación a ciudadanos libres’) y las condiciones existenciales de la sociedad lo permitan. De esa manera JAKOBS llega, no pocas veces, a soluciones que coinciden ampliamente con mis propuestas, p. ej., cuando JAKOBS disculpa el hecho de consciencia en tanto el ‘déficit de socialización’ que, según la perspectiva teórico-sistémica se presentaría en el autor, ‘pueda ser explicada, dejando de lado al autor, sin perjuicios para el ordenamiento jurídico’. También en la imputación objetiva, la búsqueda de otras posibilidades explicativas y las ‘competencias’ demuestran ser un enfoque fructífero para la exclusión de la imputación”.<sup>49</sup>

“...tomando el postulado de JAKOBS que hace que el principio de culpabilidad sea absorbido por la prevención general: ‘La autonomía es atribuida como capacidad, en cuanto esto sea útil, y solamente puede faltar cuando exista la posibilidad de procesar los conflictos de otra manera’. ‘No se trata de aquello que el delincuente, según la opinión generalizada, haya «merecido», sino de lo necesario para mantener la confianza’ –lo que, no obstante, puede ser definido, según las circunstancias, de manera arbitraria por las instancias políticas dominantes. Yo he objetado a JAKOBS, a la manera de la vieja Europa, invocando a KANT que tal instrumentalización del individuo, su empleo solamente como instrumento de intereses sociales de estabilización, atentaría contra la dignidad humana y, por ello, también se vería expuesto a reservas de Derecho constitucional. A esto JAKOBS replica que la observación de la instrumentalización desconocería que ‘solamente se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; la descripción no funcionaliza, sino devela instrumentalizaciones existentes desde hace mucho’. Esto es consecuente, pero nuevamente muestra el punto que separa una dogmática orientada a pautas valorativas y un funcionalismo teórico-sistémico. Cuando la práctica, en efecto, impute, sin considerar el hecho real culpabilidad, por doquier allí donde crea ver una necesidad social de pena, la dogmática tiene que persistir en que la culpabilidad (en el sentido de un actuar injusto pese a una asequibilidad normativa),

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 347.

en aras de preservar la libertad, coloca un límite a todos los objetivos preventivos, que esto lo exigen tanto la ley como la Constitución, y que tiene que ser corregida toda práctica que se aparte de esto en vez de ser meramente descrita —y ello además, con un estilo afirmativo—. <sup>50</sup>

Agrega Roxin un punto relevante para el análisis que se hace en el presente trabajo, y que da la pauta para adentrarse a la valoración de la verdadera función de la pena frente a la salvaguarda de derechos fundamentales lesionados por acciones colectivas; sostiene este respetable autor lo siguiente: “Y es que, quien se oriente en los presupuestos político-jurídicos de la Constitución (derechos fundamentales y humanos), Estado de derecho y principio de culpabilidad, tendrá que defender estos principios contra la tendencia dominante en el momento dado, en vez de adaptarse a cualquier corriente política predominante del momento”. <sup>51</sup> Enfatiza este autor un punto relevante respecto de los delitos de peligro, y de manera puntual en relación con los delitos de peligro abstracto, que resultan de principal atención en el presente trabajo, y respecto de los cuales la accesoriedad administrativa resulta insuficiente, máxime cuando las actuales teorías de la finalidad de la pena no se cumplen ante expectativas de acciones colectivas y la expectativa del cumplimiento de la norma; por lo que resulta valiosa la lectura integran de su planteamiento, a saber:

“...también la dogmática de los delitos de peligro abstracto y muchas de las nuevas áreas jurídicas dominadas por ellos (como en el Derecho penal del medioambiente) ha permanecido sin desarrollar durante tanto tiempo que ni el legislador ni el juez han

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 348 y 349.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 348. Agrega que “En un sistema penal concebido político-criminalmente, el concepto de riesgo permitido constituye un concepto central de la teoría del injusto. Y es que el injusto no es otra cosa que la realización de un riesgo no permitido en el marco del alcance del tipo. Pero solamente recurriendo a todos los conocimientos empíricos —y precisamente a los más recientes y pertinentes— sobre la peligrosidad de determinadas conductas, y ponderando con el mayor cuidado entre los efectos socialmente útiles y los dañinos, puede decirse lo que es un riesgo no permitido. Esto rige también, p. ej., para el moderno derecho penal ambiental, en donde el principio jurídico-formal de la accesoriedad administrativa resulta ser inadecuado para definir los riesgos socialmente intolerables y tiene que ser reemplazado por otros criterios más cercanos a la realidad”, p. 355.

sido capaces de proveer las herramientas para preservar los estándares clásicos del Estado de Derecho. Así, a menudo el bien jurídico protegido, que es el que recién hace posible una interpretación precisa, se ha desvanecido, bajo la pluma de un legislador desorientado, en conceptos generales vagos; y no pocas veces también la jurisprudencia, en un sobrecebo desenfrenado de Estado de Derecho —p. ej. en el Derecho penal del tráfico de drogas— ha allanado las diferenciaciones dogmáticas existentes entre los actos preparatorios, la tentativa y la consumación, o entre la autoría y la participación.

Pero no se deben afrontar tales defectos haciendo que el Derecho penal se retire de estos ámbitos, sino, por el contrario, con su ‘puesta en cultivo’ de manera dogmática. Los contrarios a la Escuela de Francfort tampoco niegan esta necesidad, mientras que ésta cae en una resignación apresurada cuando considera que sería imposible hacer frente a los peligros de una ‘sociedad de riesgos’ con un Derecho penal que vincule las criminalizaciones necesarias a limitaciones punitivas propias de un Estado de Derecho.

Así, todavía en los primeros años de la Posguerra, los delitos imprudentes — debido a la escasa importancia que tenían entonces— todavía constituían un hijastro descuidado de la dogmática penal; pese a lo cual hoy en día su elaboración dogmática, sobre todo a través de la teoría de la imputación objetiva, ha ya alcanzado el nivel que tienen desde hace mucho los delitos de comisión dolosa. Así, entretanto también los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto son objeto de amplias y profundas investigaciones”.<sup>52</sup>

Así, constituidos en una sociedad del riesgo y frente a la necesidad de proteger derechos fundamentales, cabe preguntarse sobre el fin de la pena ante acciones colectivas desplegadas por un grupo de individuos que, con conocimiento o capacidad de conocer, despliegan su actuar que, concatenado con el del resto del grupo, generará un resultado (de lesión o de peligro) que daña incluso derechos de tercera generación. Ante ello cabe preguntarse, ¿cuál es el fin de ir más allá de la responsabilidad administrativa de la organización?, ¿basta con una sanción

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 356 y 357.

económica para reparar el daño de un delito al medio ambiente?, los individuos que conforman estas organizaciones o empresas, y que finalmente son quienes, con su actuar concatenado produjeron el resultado típico, ¿no tienen ninguna responsabilidad?, ¿cuál sería el fin de establecer la responsabilidad penal a cada uno de los individuos que desplegó su conducta, si bien inocua en lo individual, de gran daño al desplegarse dentro del entramado colectivo, aun sin tener la “intensión” puesta en el resultado?, ¿cuál es el fin de establecer bienes jurídicos fundamentales (y por ende de interés a toda la colectividad) que no logran ser defendidos de la colectividad misma?, ¿cómo lograr que aquellos que conformen un colectivo se responsabilicen de su actuar individual?, ¿cómo lograr que las conductas individuales no se difuminen en un colectivo que ha violentado la norma y vulnerado derechos fundamentales?, ¿cómo frenar tanto actuar indiferente y “arropado” en el “colectivo”?

A raíz de los análisis antes expuestos, es de decantarnos por la necesidad de posturas “radicales” pero necesarias, de un fin de la pena centrado en la garantía de un Estado de derecho, en la garantía del respeto a la norma y de su restablecimiento ante su vulneración. Urge la certeza de que los bienes jurídicos que ha establecido la sociedad misma como relevantes, y que están o pretenden estar salvaguardados en la norma, sean realmente salvaguardados y, en su caso, restaurados. Así, la pena tendrá como finalidad, por un lado, garantizar la exigibilidad de los derechos salvaguardados en la norma, y por otro, la certeza de la activación del *ius puniendi* del Estado.

Esto es, un fin dual para el “individuo” y para la “persona” (como refiere Jakobs, tanto para quien no respeta la norma como para quien sí la respeta, respectivamente), en donde la imposición de la pena le dé a la “persona” la garantía de que el “individuo” no será un “obstáculo” para hacer exigibles los derechos salvaguardados en la norma. Por otro lado, el “individuo”, aun cuando no se persuada *ex ante* de la comisión del delito, la imposición de la pena a éste retribuirá en la “persona” la confianza en la existencia de los canales para la debida exigibilidad de sus derechos.



El planteamiento anterior lleva a decantarse por la postura de Jakobs, en tanto que reconoce en la pena el fin de restablecimiento de la norma, que es en definitiva la que proporciona a la sociedad la certeza de protección de sus bienes jurídicos y los medios para su exigibilidad. De ahí que no baste con que los bienes jurídicos estén enunciados, se precisa contar con los canales para su exigibilidad; así, si la comisión de un delito rompe esos canales de exigibilidad, porque definitivamente la comisión del delito ha socavado un bien jurídico, entonces el responsable de dicho resultado será quien deberá restablecer dichos canales de exigibilidad. Ello mediante la imposición de la pena como una medida que permite separar al individuo de la sociedad a la cual ha defraudado, para en su momento regresar a éste con la recuperación de los niveles de confianza que se le han conferido como integrante de dicha sociedad.

Frente a esta medida, sin duda, está la relevancia de un adecuado sistema penitenciario, en el entendido que es la prisión la que se instaura como la principal imposición de las penas en el ámbito del derecho penal. Este sistema penitenciario en México está totalmente devaluado, y a todas luces incumple su fin de resocialización del individuo; presenta problemas de corrupción —que no se analizarán en el presente trabajo—, por lo que frente a la innegable realidad que circunda la problemática penitenciaria en México, es de afirmarse que cualquier fin de la pena deja de tener sentido frente a un sistema penitenciario tan corrupto como el mexicano. Lamentablemente.

Retos de cambio hacia una mejor sociedad que debe asumir el sistema de justicia mexicano, en donde los encargados de impartir justicia deberán fortalecer sus conocimientos, capacidades, honestidad y compromiso hacia la salvaguarda de los derechos fundamentales. Esto es, innegablemente deberán fortalecerse los procesos de investigación y acreditación de los hechos, para estar en capacidad de afrontar cambios de estructura dogmática que cada vez se vuelven más complejos, como la sociedad misma.

#### IV. DELIMITACIÓN ENTRE RIESGOS SOCIALMENTE PERMITIDOS Y NO PERMITIDOS

En su actividad diaria, el ser humano realiza un sinnúmero de conductas, cuyos efectos generan mayor o menor grado de riesgo para la salvaguarda de bienes jurídicos propios y de terceros. Es con base en lo que resulta relevante para la sociedad que se determinan las conductas que conllevan un riesgo lo suficientemente elevado como para afectar bienes jurídicos irrenunciables. Frente a esta necesidad de salvaguarda a los bienes jurídicos relevantes para la sociedad, el derecho, a través de las normas, genera una barrera de contención a dichos riesgos, a fin de que todos aquellos riesgos que se encuentran dentro de lo “tolerable” no generen responsabilidad alguna para el sujeto, mientras que aquellos riesgos que se encuentren fuera de lo permitido serán riesgos “no tolerados”, y por consecuencia su quebrantamiento acarreará su propia responsabilidad, dependiendo el ámbito material de la norma quebrantada.

El *riesgo permitido*, en aras del derecho penal, si bien se refiere a actividades arriesgadas, éstas no están abarcadas por las normas penales por no ser típicamente relevantes para dicha sociedad. De ahí que Canció Meliá considere que el riesgo permitido pueda entenderse como aquella “institución dogmática que determina el ‘estado de interacción normal’ (Jakobs) en el trato de determinados riesgos —en el sentido de que se trata de una determinación general para determinados tipos de actividad, no vinculada (a diferencia del ámbito de la justificación) al contexto particular—, y, en ese sentido, implica la legitimación de espacios generales de libertad de actuar, en cuanto elemento del tipo objetivo”.<sup>53</sup>

Ante los nuevos riesgos el derecho penal entra en una etapa de “modernización”, que no es otra cosa que *evolucionar conforme lo hace el ser humano*, de tal suerte que se deba adecuar el mismo, tomando como referencia las bases históricas, pero abordando un presente con miras al futuro, pues si no se atienden y prevén las consecuencias futuras se estaría hablando solamente de un derecho del presente, el cual tendría que ser reformado cada día, por la propia

---

<sup>53</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *La imputación normativa...*, Op. Cit, p. 23.

evolución del ser humano y de su actuar en sociedad. Con base en ello, hay que tener en cuenta que “el adjetivo ‘moderno’ surge, justamente, cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy”, de modo que “el que sea necesario subrayar el presente con un vocablo nuevo supone que se lo percibe como algo radicalmente distinto de lo anterior, que toma con ello el cariz de lo ya superado”, por lo que “la aparición de este neologismo implica la conciencia de una ruptura en la continuidad histórica; lo que fue ya no es; se viven ‘tiempos nuevos’”.<sup>54</sup> En su momento, toda evolución histórica así como la evolución de las etapas del pensamiento filosófico dentro del derecho penal han sido consideradas como modernas, sólo en tanto que se han creado nuevos esquemas para solventar nuevas realidades; así se evolucionó de la etapa causalista a la finalista y, posteriormente, a la funcionalista, como se ha señalado con antelación.

En franca oposición a la adecuación del derecho penal a la actual sociedad del riesgo, se encuentra la escuela de Frankfurt, de la cual uno de sus principales expositores es Hassemer, quien sostiene que:

“resultan inaceptables las transformaciones que el abordaje de la problemática de la sociedad del riesgo parece exigir al derecho penal clásico, el cual se vería privado de sus señas de identidad. Para evitar la desnaturalización de ese derecho penal clásico y atender al mismo tiempo las demandas de control social ligadas a los problemas sociales originados en la sociedad del riesgo, propone crear un nuevo *derecho de intervención*, que se encontraría a medio camino entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, entre el derecho civil y el derecho público. Este derecho de intervención sería el encargado de ocuparse de esa nueva criminalidad, la cual sería admisible que abordara con unas reglas de imputación y unas garantías penales

---

<sup>54</sup> Ignacio Sotelo, citado por García Martín, Luis, “¿Qué es la modernización del derecho penal?”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Colombia, núm. 12, julio-septiembre de 2005, pp. 124 y 125. Cfr. Beck, U., *La sociedad...*, cit., p. 104, quien comenta que “en la disputa sobre los riesgos de la modernización ya no se trata del valor epistemológico de lo que nos aparece en la percepción. Más bien se vuelve controvertido en su contenido de realidad lo que la conciencia cotidiana no ve, lo que *no puede percibir*: la radiactividad, las sustancias nocivas, las amenazas del futuro”.

y procesales menos estrictas, lo cual debería acompañarse con la previsión de unas sanciones de menor gravedad que las penales”.<sup>55</sup>

Esta postura coincide con la de diversos autores españoles; así, en 1997, Mata y Martín publican una monografía en la cual lanzan una crítica sobre los bienes jurídicos intermedios; en 1999, en una monografía, Ma. Isabel Sánchez critica lo que ella considera como “anticipación de la tutela penal en el derecho penal moderno”; como publicación especialmente relevante, el breve ensayo general de Silva Sánchez, en el que hace una seria crítica a la expansión del moderno derecho penal, y, finalmente, en 2001, Silva publica una segunda y ampliada edición de este ensayo, y aparece también la amplia monografía crítica de todo el derecho penal moderno de Blanca Mendoza.<sup>56</sup>

Por su lado, Silva destaca, ante todo, que lo deseable sería reconducir al derecho administrativo sancionador la mayoría de los nuevos objetivos de control social que dimanen de la sociedad del riesgo. El primero sería el derecho penal clásico, que permanecería anclado en la protección del catálogo de bienes jurídicos tradicionales y en donde seguirían rigiendo los habituales y rigurosos criterios de imputación y garantías del presunto delincuente. Junto a él surgiría un nuevo derecho penal, un *derecho penal de segunda velocidad*, que se ocuparía específicamente de esas perturbaciones sociales modernas que está sacando a la luz la sociedad del riesgo.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 6. *Cfr.*, en el mismo sentido, a García Martín, *op. cit.*, p. 117, quien sostiene que “la modernización del derecho penal conlleva una nueva forma de ver la teoría de los bienes jurídicos tutelados, es decir, con los fundamentos del derecho penal actual, para desarrollar la expansión del derecho penal y la modernización, como forma de combatir las nuevas formas de criminalidad y velar por la protección del futuro. Esta respuesta rompe con esquemas del derecho penal y reconduce la forma de concebirlas”.

<sup>56</sup> García Martín, *op. cit.*, p. 121. *Cfr.* Beck, U., *Sociedad del...*, *cit.*, pp. 12 y 17, al manifestar que “no estamos viviendo en este momento una decadencia, sino un cambio de valores, que está acorde con las exigencias de una Segunda Modernidad. Es precisamente el desmoronamiento de la reflexividad en el seno de la modernidad el que deja libres los potenciales autodestructivos de la modernidad”.

<sup>57</sup> Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

En el mismo sentido, Gimbernat, en franca oposición a las “modernas tendencias” del derecho penal, sostiene:

“no se puede hablar, en absoluto, de que los conceptos fundamentales de esta teoría —la del delito elaborada por la dogmática jurídico-penal en los últimos 100 años— tengan que ser abandonados a la vista de nuevos fenómenos penales como la responsabilidad por el producto, los delitos medioambientales o el derecho penal de empresa [sino que], por el contrario: hay que mantener que los conceptos fundamentales tradicionales —que permanentemente se están desarrollando y perfeccionando ulteriormente—, como, por ejemplo, el de la causalidad, el de los delitos impropios de omisión, el de la autoría y participación o el de la imprudencia, están plenamente en situación de asimilar esos nuevos fenómenos y de dar a los problemas que generan soluciones conformes con la justicia y con la seguridad jurídica”.<sup>58</sup>

Pese a las posturas y críticas antes señaladas, en el transcurso del presente trabajo se expondrán diversas realidades que nos lleven a reflexionar sobre la necesidad de crear nuevas estructuras dentro de la dogmática penal, que nos provean las herramientas idóneas para responsabilizar a todo aquel que dentro de un colectivo haya desplegado una conducta cargada de conocimiento o factibilidad de conocer (por inocua que ésta pudiera ser en aras de una imputación individual), misma que concatenada con las diversas conductas del entramado organizacional produce un resultado de lesión o de peligro para algún bien jurídico relevante para la sociedad. De ahí la trascendencia de tener claro cuáles son los nuevos riesgos que nuestra sociedad no está dispuesta a “tolerar” y por tanto considera como no permitidos; éstos deberán ser pensados no solamente en aras del diario vivir, sino en aras del futuro hacia el cual nos dirigimos como sociedad, de tal manera que dichos bienes jurídicos sean la base sobre la cual se legitime la intervención del derecho penal.

---

<sup>58</sup> García Martín, Luis, *op. cit.*, p. 177.

Por ello, será más acertado actuar con miras hacia la prevención de daños a futuro, que estar corrigiendo errores, muchos de ellos ya insalvables, pues hay que tomar en cuenta que la actuación del derecho penal basa el *quantum* de la culpabilidad en juicios de desvalor de la conducta, mediante los cuales logra acreditar (o no) la existencia de un injusto penal. Por ello, como sostiene Hefendehl, autor del más importante estudio sobre la estructura de bienes jurídicos en Alemania, “nuestra tarea debe ser la de ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquéllas que contengan una mayor negatividad en el juicio de desvalor frente a los bienes jurídicos protegidos”.<sup>59</sup> Hay que tener en cuenta que actualmente los riesgos no permitidos deben ser capaces de abarcar la protección incluso de los bienes jurídicos de las generaciones futuras, pues la complejidad de las conductas que actualmente despliega el ser humano no se detienen en sus consecuencias mediáticas, sino que tienen el efecto de repercutir en el futuro. Así lo sostiene Beck, al establecer:

“no son decisivas (o no sólo) las consecuencias para la salud, para la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos, sino *los efectos secundarios sociales, económicos y políticos de estos efectos secundarios*: hundimiento de mercados, desvalorización del capital, expropiación furtiva, nuevas responsabilidades, desplazamiento de mercados, obligaciones políticas, controles de las decisiones empresariales, reconocimiento de pretensiones de indemnización, costes gigantescos, procesos judiciales”.<sup>60</sup>

Sin duda, “a la postre, es el propio desarrollo de la modernidad lo que concede poder a los enemigos de la modernidad. Se trata de un viejo juego dialéctico”.<sup>61</sup> En concordancia a ello, Baumann (citado por García Martín) sostiene que “no será una tarea fácil la de penalizar finalmente en el ámbito del derecho penal conductas

---

<sup>59</sup> Hefendehl, Roland, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, 2002, p. 5, [criminet.ugr.es/recepc/recepc\\_04-14.dpf](http://criminet.ugr.es/recepc/recepc_04-14.dpf).

<sup>60</sup> Beck, U., *La sociedad...*, cit., p. 109.

<sup>61</sup> Beck, U., *Sociedad del...*, cit., p. 18.

socialmente dañosas que perturban a la comunidad de un modo más intenso que el pequeño hurto del ladronzuelo. Sin embargo —concluía— no hay que postergar esta tarea [pues] el Código Penal ya no puede ser más uno para los pobres y para los estúpidos, a quienes no viene a la cabeza nada mejor que hacer que meter las manos de un modo necio en el bolsillo del prójimo”.<sup>62</sup> Es ante dicha realidad, la de la sociedad del riesgo, que el derecho penal habrá de actuar y dar respuestas, incluso a las generaciones futuras, pues desde hoy estamos poniendo en riesgo sus bienes jurídicos relevantes, sus derechos fundamentales.

### *1. La mutación del riesgo no permitido en riesgo “permitido”, como consecuencia de diversas figuras dogmáticas dentro de la estructura del delito*

En párrafos anteriores se dejó asentado que para ser capaces de convivir en sociedad se deben asumir ciertos riesgos que rodean el diario vivir del ser humano, de los cuales habrá algunos riesgos que sí se puedan tolerar en atención a los beneficios que de los mismos se derivan, pero habrá otros que la sociedad no podrá tolerar, dado que los costes generados por éstos son mayores que los beneficios; de ahí que en uno u otro caso no se elimine propiamente el riesgo, sino que habrá

---

<sup>62</sup> Citado por García Martín, *op. cit.*, p. 181. Cfr. Beck, U., *La sociedad...*, *cit.*, pp. 95 y 102, quien sostiene que “la amenaza *global* que sufren con las tablas de valores límite de tolerancia de sustancias individuales supone una burla colectiva con consecuencias que ya no son sólo mortalmente tóxicas de forma latente. Esto significa que se podría cometer ese error en tiempos de una fe generalizada en el progreso. Pero, para perseverar hoy en ese error, a la vista de protestas, estadísticas de enfermedades y muertes —precisamente bajo el dominio de la protección legitimadora de la ‘racionalidad científica de los valores límite de tolerancia’—, se excede ampliamente las dimensiones de una crisis de fe y es motivo suficiente como para reclamar la intervención del fiscal general. Si de todas maneras es imposible determinar las relaciones causales de forma definitiva y terminante, si la ciencia sólo es un error disimulado a la espera de nuevos datos, si cualquier cosa puede suceder, ¿de dónde procede entonces el derecho a ‘creer’ en unos determinados riesgos y no en otros? Ya que, precisamente, la crisis de la autoridad científica puede favorecer una *ofuscación general de los riesgos*. La crítica de la ciencia también es, por tanto, *contraproducente* para el reconocimiento de los riesgos... para conocer los riesgos como riesgos en general y para configurarlos como punto de referencia del propio pensamiento y acción, es necesario *creer*, por principio, en las relaciones espaciales, muy divergentes en la mayoría de casos, así como más o menos en las proyecciones especulativas, que tienen que estar directamente *inmunizadas* contra las siempre posibles contra argumentaciones”.

algunos riesgos que se toleren (o se asuman dentro de la convivencia que la misma sociedad demanda) y otros no, pero el riesgo *per se* subsiste.

En tanto que el derecho penal valora conductas humanas, el mismo recobra una gran complejidad y necesidad de adentrarse al conocimiento del individuo y a las circunstancias que rodean al hecho y la conducta a valorar. De ahí que la dogmática penal entienda que existen diversas “figuras” que nos ayudan a comprender que, a pesar de existir una conducta típica, habrá diversas causas que evitan su antijuridicidad o bien su culpabilidad, de tal manera que no se elimina el actuar peligroso o lesivo del sujeto, sino que se “tolera” y se le exime del *quantum* de la pena que a nivel de culpabilidad le correspondería si no existiera a su favor una valoración tal que elimine alguno de los elementos del delito (llámese conducta, tipo, antijuridicidad o culpabilidad).

Así, factores como el *caso fortuito*, *fuerza libere in causa*, *omisión impropia*, *culpa con representación*, el *error* (sea de tipo o de prohibición), *delitos cualificados propios*, *causas de antijuridicidad*, falta de concreción del *injusto*, causas de *imputabilidad e inexigibilidad de otra conducta*, *tentativa inacabada*, el *arrepentimiento*, *excusa absolutoria*, principalmente, generan por parte del juzgador y de la sociedad misma una “tolerancia” frente a los riesgos generados con conductas amparadas bajo cualquiera de estos supuestos, por lo que el *riesgo no permitido* pareciera tornarse en *permitido*; sin embargo, habrá que tener claro que si bien el *riesgo* sigue conservando su carácter de *no permitido*, en tanto que lesiona o pone en riesgo a la colectividad, lo que se está tolerando será la conducta debidamente justificada, motivo por el cual la conducta misma será valorada con la disminución o ausencia de punición. De ello se desprenden las siguientes reflexiones:

#### A. Riesgo “*permitido*” a consecuencia de casos *fortuitos*

Se parte de la base de que los casos *fortuitos*, conocidos como aquellos derivados de la naturaleza, no son imputables al ser humano, tales como transitar por un bosque o en la pendiente de un gran risco; estas conductas si bien implican un



riesgo *per se*, frente al cual puede haber eventos de la naturaleza o peligros no cognoscibles *ex ante* que puedan generar la caída de un árbol o el deslave del risco, los resultados derivados de dichos eventos de la naturaleza no son imputables a la conducta humana. Por ejemplo, si el sujeto “A” realizó una excursión invitando a sus compañeros de trabajo a cualquiera de dichos sitios, y sin tener capacidad de conocer *ex ante* cualquiera de los riesgos antes mencionados se suscita alguno de ellos y uno de los compañeros fallece, el resultado será imputable al *evento fortuito*, no así a la falta de negligencia de “A” o de cualquiera de los excursionistas.

De ello se concluye que los casos fortuitos no presuponen riesgos imputables al ser humano, por lo que aun cuando los resultados generados por dichos eventos fortuitos o eventos de la naturaleza se cataloguen como *riesgos no permitidos*, serán *riesgos* que la sociedad asuma dentro de los costes-beneficios que implican el diario vivir.

#### B. Riesgo “*permitido*” a consecuencia de una fuerza libre en su causa

Uno de los primeros elementos que se estudian dentro del elemento del delito es la conducta del sujeto, partiendo de la determinación en su forma de acción o de omisión (simple o comisión por omisión). Sin embargo, previo a ello, será necesario saber si la conducta se desplegó acompañada de la determinación psicológica del sujeto, pues de lo contrario, de no existir tal, estaremos frente a una fuerza física irresistible (sea externa o interna), frente a la cual al sujeto le fue inevitable o imposible resistir el despliegue de su conducta, independientemente que su psique no hubiera determinado dicho actuar.

Sirvan como ejemplos el caso de un sujeto epiléptico, quien con la debida diligencia atiende el tratamiento adecuado y a pesar de ello sufre un ataque, durante el cual, por el propio movimiento involuntario de su organismo, genera daños materiales o bien lesiona a alguna persona, o más aún, dicho ataque sucede al momento de conducir un vehículo automotor, lo que propicia una colisión con ciertas consecuencias (de lesión o de peligro); ante dicha conducta, sin duda riesgosa, el derecho penal no podrá imputarle los resultados al sujeto, en tanto que su actuar se

desplegó bajo el amparo de una fuerza *libere en su causa*, misma que estaba fuera de su alcance evitar.

Lo mismo sucede cuando, debido a una gran multitud, el sujeto “B” es arrollado y éste a su vez lesiona a “C”, por lo que los resultados emanados de la conducta de “B” no le serán imputables a éste, aun cuando su conducta generó un riesgo que terminó en lesión para “C” y quizá en un peligro para “D” y “F”, puesto que resulta evidente que era imposible para “B” resistir la fuerza de la multitud sobre sí, y por tanto le resultó imposible la evitación del resultado de lesión sobre “C”.

Otro caso: el sujeto “S” que sostiene en sus manos una pieza de arte de gran valor, a fin de trasladarla de una vitrina a otra dentro de un museo de arte, traslado que se realiza con las normas impuestas por el museo; pero intempestivamente experimenta una serie de fuertes estornudos que de manera inevitable producen movimientos bruscos en su organismo, desencadenando que la pieza de arte caiga de sus manos rompiéndose al contacto con el suelo; este resultado si bien emana de una conducta riesgosa, por lo que presupone el traslado mismo de la pieza de arte, habrá que tener en cuenta que el despliegue de la conducta que generó que la pieza de arte cayera de las manos del sujeto “S” emanó de una fuerza física irresistible, que desencadenó un resultado inevitable por parte de “S”, por lo que operará en su favor el análisis de la conducta *libere in causa*.

Los ejemplos antes narrados nos llevan a concluir que las tres conductas, tanto la del epiléptico, la del que fue sometido a la fuerza de la multitud y la del sujeto que experimentó la serie de fuertes estornudos, generaron riesgos no permitidos para la sociedad, toda vez que produjeron lesiones y daños materiales; sin embargo, al estar amparados por la conducta *libere in causa*, sus conductas se tornan en “toleradas” por la norma jurídico penal.

### C. Riesgo “permitido” a consecuencia de la omisión impropia

Teniendo en cuenta que la llamada *omisión impropia* o *comisión por omisión* parte de la premisa de que el sujeto activo hubiere dejado de hacer aquello que tenía obligación de hacer, dicha conducta necesariamente requiere la concreción de un

resultado material para que sea penalmente relevante. De ahí que los elementos que analiza la dogmática sean la voluntad, la inactividad, el deber de obrar o de abstenerse y el resultado típico material. Ante lo cual cabe preguntarse, ¿qué pasaría si en lugar de voluntad, el sujeto actúa con la representación plena del conocimiento o factibilidad de conocer?, ¿sería suficiente para acreditar una omisión impropia? Sin duda estos cuestionamientos con base en la relevancia del conocimiento se desarrollarán en el presente trabajo, a fin de replantear el peso real que debe ser asignado al elemento *volitivo* y *cognitivo* como integrantes de la parte subjetiva del tipo.

Dejando para más adelante esa inquietud, y valorando por ahora los cuatro elementos de la omisión impropia, se podrá plantear, como uno de los supuestos, el que se materialicen los tres primeros elementos y no así el cuarto, el del resultado (entendiendo como tal, un resultado de lesión o de peligro), en donde a pesar de haberse generado en sí una conducta prohibida por la norma penal, ésta no será sancionada por el derecho penal.

Más preocupante aun resultará la dificultad de demostrar (dogmáticamente hablando) la existencia de un delito de peligro abstracto derivado de una omisión impropia que satisface los tres primeros elementos, resultando “casi imposible” constreñir dicho peligro al “resultado” protegido por la norma, precisamente porque no se está frente a un resultado material respecto del cual se permita hacer el análisis o estudio del “hecho”, cuando en realidad dicho peligro abstracto sí ha generado un daño para la sociedad. De ahí que la mayoría de los peligros que lesionan bienes jurídicos supraindividuales, a pesar de que la conducta valorada derive de una falta de *deber de cuidado* de parte del sujeto activo, así como de la falta de sujeción a la norma, su actuar no pueda ser sujeto de responsabilidad jurídico-penal por los riesgos que generó con su conducta, pues los resultados parecen difuminarse ante la imposibilidad de medir el daño causado.

Problemáticas como éstas llevan a la necesidad de atender la relevancia de la protección a los bienes jurídicos colectivos, así como el análisis de los delitos de peligro abstracto, ante los cuales deberá ser suficiente la concreción de un riesgo

no permitido que *per se* vulnera un bien jurídico supraindividual, para que reaccione el derecho penal.

#### D. Riesgo “permitido” a consecuencia de la culpa con representación

Uno de los temas a discutir en el presente trabajo lo constituye la delgadísima línea que permite diferenciar al *dolo eventual* de la *culpa con representación*, diferencia que se analiza en el elemento *volitivo* del dolo; de tal suerte que en el *dolo eventual* el sujeto se “conforma” con el resultado que deriva de su conducta, aun cuando éste no sea cierto ni constituya su voluntad primaria, mientras que en la *culpa con representación* el sujeto “confía” en que su conducta no desencadene el resultado que él mismo ha identificado como probable.

En donde “conformarse” y “confiar” realmente emanan de la misma conducta indiferente del sujeto, y por tanto riesgosa para la sociedad. Sin embargo, a nivel de consecuencia jurídica tienen una gran diferencia, toda vez que el *dolo eventual* tendrá la sanción que le corresponda a su propia responsabilidad, mientras que la *culpa con representación* podrá quedar exenta de sanción, en tanto que el delito de que se trate no esté inserto en el *numerus clausus*. En consecuencia, si esa “indiferencia”, “negligencia”, “apatía”, “descuido”, etcétera, se llega a *demonstrar* como un “confiar en que no se produzca” cualquiera de los delitos de bioseguridad, gestión ambiental y delitos contra el ambiente consagrados en los capítulos segundo (excepto los artículos 420, fracciones I, II, III y V, y 420 bis, fracciones I, II y IV), tercero, cuarto y quinto del título vigésimo quinto del Código Penal Federal, al no estar insertos en el artículo 60 del citado ordenamiento (el cual consagra los delitos culposos que serán sujetos de sanción), simplemente no les corresponderá sanción alguna, a pesar de estar frente a una conducta típica y antijurídica, y respecto de la cual sí hay un real efecto para todo un colectivo, tal como sucede principalmente en los delitos supraindividuales, cuyos efectos no necesariamente deben verse en el presente, sino ante los cuales enfrentamos daños cumulativos.

De ahí que no pueda ser el elemento *volitivo* del dolo el que marque la pauta de la consecuencia jurídica de todas aquellas conductas que día a día se despliegan

en un colectivo y que, sin duda, generan resultados de riesgo para la sociedad, máxime cuando, como se ha dicho, se refieren a conductas que generan riesgos no tolerables o no permitidos por la sociedad, y que, sin embargo, dadas las estructuras dogmáticas con que analizamos hoy en día estas conductas y los “hechos” derivados de éstas, que se amparan bajo la *culpa con representación*, puedan parecer “sí permitidas” por la sociedad, cuando no es así; por ello se requieren nuevas pautas de análisis dogmático que no dejen fuera de responsabilidad jurídico-penal a aquellas conductas que generan riesgos no tolerables para la sociedad actual, e incluso para las generaciones futuras.

#### E. Riesgo “permitido” a consecuencia de error de tipo (*vencible e invencible*)

Sin ser el momento para analizar de lleno un tema tan apasionante como el del *error*, sí se esbozarán algunas realidades que si bien son bastante entendibles en tanto la comprensión del actuar humano, también traen a colación el análisis que ocupa al presente trabajo, como lo es la aparente “aceptación” de riesgos no permitidos en riesgos sí permitidos o tolerados por la sociedad.

Sabemos que el error de tipo se analiza sólo en los elementos objetivos del mismo, ya que sería ocioso abocarse a valorar y *acreditar* un error en la parte subjetiva del tipo. De ahí que el error de tipo, en sus dos acepciones (*vencible e invencible*), implique una “tolerancia” ante la conducta del sujeto, aun cuando ésta *per se* implique un riesgo para la colectividad.

El error de tipo *invencible* evita la concreción del tipo penal, por lo que no existe responsabilidad jurídico-penal que atribuir al sujeto, mientras que para el error de tipo *vencible*, atendiendo a su falta de previsibilidad, se le responsabilizará jurídico-penalmente en su forma *culposa*, siempre que dicho tipo penal se encuentre inserto en el *numerus clausus*.

Esta situación, de nueva cuenta, lleva a valorar ciertas conductas como *aparentemente permitidas*, cuando realmente siguen estando fuera de la barrera de contención de los riesgos permitidos; sin embargo, aun cuando, sin duda, generaron un riesgo para la sociedad, y la conducta misma es riesgosa, podrá estar exenta de

la imposición de la consecuencia jurídica que dicho riesgo presupone. Ello aunado a las dificultades que para el tema de autoría y participación implica la *teoría de la accesoriedad limitada*, para la cual los partícipes solamente responderán en torno a la conducta desplegada por un autor que hubiere desplegado una conducta típicamente antijurídica, aun cuando cada uno de ellos (autor y partícipes) responde por su propio injusto.

#### F. Riesgo “permitido” a consecuencia de error de prohibición (*vencible e invencible*)

Continuando con el tema del *error*, pero ahora valorado respecto de la parte *objetiva de la antijuridicidad*, también llamada *conciencia de la antijuridicidad*, se presenta la figura del *error de prohibición*, igualmente en sus dos acepciones, *vencible e invencible*, cuyo momento de valoración será a nivel de culpabilidad, es decir, una vez que se ha acreditado que la conducta del autor es típica y antijurídica, de tal suerte que sea factible valorar incluso la conducta desplegada por los partícipes; este error es valorado dentro de la falsa concepción de estar actuando bajo el amparo de alguna de las causas de justificación, tales como legítima defensa, estado de necesidad justificante (en donde el bien jurídico salvaguardado es mayor a aquel que se lesionó), cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, y de ninguna manera se puede dar en la parte subjetiva de la antijuridicidad.

Partiendo del entendimiento que el derecho penal tiene sobre sí el actuar humano y el hecho desencadenado por éste, la dogmática penal ha determinado que ante un *error de prohibición invencible*, al sujeto se le eximirá de responsabilidad jurídico-penal, y por tanto de imposición de sanción. Por el contrario, de estar frente a un error *vencible*, a nivel de culpabilidad se le aplicará la sanción correspondiente a los delitos culposos, de nueva cuenta, siempre que dicho tipo penal esté inserto en el *numerus clausus*.

Así, pareciera que las conductas que en realidad se desplegaron fuera de los riesgos permitidos por la sociedad estuvieran permitidas solamente porque no se les impone una sanción. Sin embargo, dichas conductas, así como los riesgos y

lesiones generados como resultado de éstas, siguen siendo conductas riesgosas y por tanto *no toleradas* por la sociedad.

#### G. Riesgo “permitido” a consecuencia de falta de calidad de sujeto en los delitos cualificados propios

El principal problema que revisten los *delitos cualificados propios* es, por un lado, la calidad o cantidad específica de sujetos, de tal suerte que no es la conducta de “cualquier” persona la que puede encuadrar en dichos *tipos*, y por otro lado, la conducta podrá ser *atípica* en el supuesto que no exista otro *tipo penal* al cual se pueda trasladar la conducta realizada por el sujeto que no tiene dicha *calidad específica*, simplemente por no cumplir con uno de los elementos objetivos del tipo, situación que inevitablemente hace imposible establecer una responsabilidad jurídico-penal a dicha conducta, a pesar de que ésta sea realmente riesgosa para la sociedad, y mediante la cual se concretaron los demás elementos del *tipo*, llegando incluso a ser una conducta contraria a derecho.

Como ejemplo tenemos el tipo penal consagrado en los artículos 226 y 227 del Código Penal Federal, relativos al “ejercicio indebido del propio derecho”, en donde el sujeto activo será aquel sujeto que tenga la capacidad de ejercer un derecho o un pretendido derecho (en específico los funcionarios o empleados de la administración pública), por lo que quien no tenga dicha capacidad no podrá ser un sujeto *calificado* para dicho delito, calidad de sujeto que, en el caso de funcionario o empleado de la administración pública, dependerá del trámite administrativo bajo el cual se encuentre laborando; esto es, si su calidad de trabajador no se califica como funcionario o empleado de la administración pública, no tendrá la calidad de sujeto activo, en los ejemplos citados.

Esta problemática se traslada al campo de la autoría y participación, en cuanto la necesidad de que el autor mediato tenga la calidad específica de sujeto que requieran los delitos *cualificados propios*, debate que aún está presente en el campo de la doctrina. Además están los problemas aledaños a la falta de *calidad específica* del autor mediato, como resultaría en el *tipo* de “peligro de contagio”

consagrado en el artículo 199-bis del Código Penal Federal, el cual requiere que el sujeto sea un *enfermo de mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante*, de tal suerte que el contacto sexual que mantenga una persona sana con un tercero nunca podrá considerarse como típica de peligro de contagio.

Bajo esta premisa, cabe plantearse el siguiente supuesto: un médico, conociendo el contagio de VIH de su paciente “B”, le oculta los resultados de los análisis y, más aún, le engaña diciéndole que los resultados salieron perfectos y que no tiene contagio alguno; mentira que lleva a cabo el médico por su intransigente homofobia, de tal suerte que sabiendo que su paciente tiene una pareja homosexual, lo instrumentaliza para que, a través del error en que éste se halla, contagie sexualmente a su pareja. En este caso, “B” actúa bajo un error en los elementos del *tipo*, toda vez que el *tipo* penal de contagio requiere, de parte del sujeto activo, el conocimiento de dicho contagio, y en el ejemplo en comento podría hablarse de un error invencible, toda vez que el paciente “B”, después de haberse realizado los exámenes médicos correspondiente, fue informado por el especialista en la materia de un estado de salud considerado como “sano” o “sin contagio”, por lo que dicha conducta será “tolerada” por la sociedad, a pesar de ser, sin duda, un riesgo para la misma. Sin embargo, ¿qué situación guardará la conducta *dolosa* del médico?, ¿se puede valorar su conducta bajo los elementos de la autoría mediata a través del uso de un instrumento que actúa bajo error?, si fuera el caso, ¿efectivamente tiene la *calidad* de autor que requiere el tipo penal en comento?, ¿hay algún otro tipo penal dentro del cual se pueda encuadrar la conducta del médico?, o por no existir otro tipo penal que sancione la conducta del médico, ¿se va a “tolerar” como si fuera un riesgo permitido? ¿Se podrá hablar de una mala *práxis* médica?

Esta problemática no sólo se presenta en la imputación individual, sino que es una realidad latente en la responsabilidad colectiva y más acentuada aún, cuando hablamos de bienes jurídicos supraindividuales, frente a los cuales se debe atender a los aportes cuantitativos cargados de conocimiento, más allá de los cualitativos que se limitan a calidades que constriñen la verdadera salvaguarda de



estos bienes jurídicos. Claro está, sin atentar contra los principios de legalidad y legitimidad que sustentan la aplicación de cualquier norma jurídica.

#### H. Riesgo “permitido” a consecuencia de causas de antijuridicidad

Teniendo en cuenta que a nivel de antijuridicidad y a fin de estar en capacidad de determinar si una conducta es antijurídica, habrá que valorar si la misma (la conducta) no se llevó a cabo al amparo legítimo de alguna de las causas de justificación, sea legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, ya que demostrándose que el sujeto actuó bajo alguno de dichos “permisos” que otorga el legislador, entenderemos que dicha conducta será “tolerada” por la sociedad, toda vez que el derecho penal no exige que seamos héroes; por lo que, a pesar de haberse desplegado una conducta riesgosa para la propia sociedad, pareciera valorarse como un riesgo “permitido”, pero ello sólo por la causa de justificación que ampara la conducta misma.

#### I. Riesgo “permitido” a consecuencia de falta de integración del injusto (personal y colectivo)

Partiendo de la concepción propia del *injusto* como un nivel de valoración distinto al de la antijuridicidad de la conducta, se retoma el concepto de Stratenberg, quien sostiene que *injusto* “es todo ese ámbito en el que una persona con sus acciones, con su actuar, con su conducta, contraviene el orden normativo. En donde para considerar el *injusto* habremos de contar previamente con una conducta típica y antijurídica, es decir, una conducta contraria a la norma”.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Molina Fernández, Fernando, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 22, núm. 2, mayo-agosto de 1995, pp. 266 y 267, quien analizando la postura de Merkel sostiene que “En cuanto a la evolución del injusto comenta que la tesis de que la norma para poder cumplir su finalidad de modificar el comportamiento humano exige un destinatario apto fue desarrollada inicialmente por MERKEL en 1867. El punto de partida de MERKEL para analizar qué es el injusto, que hasta nuestros días se ha mantenido de forma prácticamente unánime, es el de vincular lo ilícito a lo contrario a la *norma*. Naturalmente que la vinculación entre injusto y derecho no es una creación de MERKEL. De alguna manera el propio término *Unrecht* surgió precisamente para expresar lo contrario a derecho. Lo que sí destaca MERKEL es la concepción del

A fin de estar en capacidad de graduar el reproche de la conducta típica y antijurídica, mediante la valoración del *injusto*, han surgido teorías monistas y dualistas. Las posturas monistas, a su vez, se subdividen en *monistas objetivas*, en donde el *desvalor de resultado* es el contenido del *injusto* (entendiendo como *desvalor de resultado* lo que el autor *hizo* o bien *el peligro* que generó), y *monistas subjetivas*, siendo el *desvalor de acción* lo que fundamenta el *injusto* (entendido como *desvalor de intención*, lo que el autor *quiso* o cuál fue el *descuido*). Por su lado, la postura dualista se subdivide en dos posiciones: la primera, conocida como *dualista mayoritaria*, configura el *injusto* con la concreción tanto del *desvalor de acción* como con el *desvalor de resultado*, de tal suerte que bastará con la inexistencia de uno de ellos para que no se configure el *injusto*, y la segunda, denominada *dualismo moderado* (que es la que se comparte en el presente trabajo), considera el *desvalor de acción* como fundador del *injusto*, pero no se agota ahí, sino que el *desvalor de resultado* es el que va dando la gravedad del *injusto*, de tal manera que la gravedad se presenta en la *medida* que se objetivice en mayor o menor medida la intención del sujeto. Con ello, el *desvalor de acción* y el *desvalor de resultado* serán *cofundadores* del *injusto*.<sup>64</sup>

---

derecho como conjunto de mandatos y prohibiciones —como conjunto de normas en una palabra— Con ello se abandonan las teorías que vinculaban el injusto a la lesión no del derecho objetivo —de las normas—, sino de los derechos subjetivos de los particulares, concepción que facilitaba —al menos aparentemente— un enfoque objetivo del injusto. No es extraño que, pese al abandono definitivo de dicha tesis, quienes posteriormente concibieron el injusto de forma exclusiva o predominantemente objetiva, se apoyaran en una concepción de la norma como norma de valoración, centrada en el resultado lesivo de la acción más que en ésta, que en buena medida es un encubierto regreso al punto de vista del perjudicado y por ello a las teorías del injusto como lesión de derechos subjetivos, aunque se haya trocado esta expresión por la de lesión de bienes jurídicos. Por otro lado, la traducción al castellano del término alemán '*Unrecht*' por 'injusto' no hace tan obvia en nuestro idioma la contraposición de injusto y derecho, a diferencia de lo que sucede en el idioma alemán (*Unrecht* – *Recht*). Sin embargo, sí expresa perfectamente esta conexión el término 'antijurídico' e incluso en alguna medida el término 'ilícito'.

<sup>64</sup> Cfr. Cerezo Mir, José, "La regulación del *Iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español", *Revista Iter Criminis*, México, INACIPE, 1999, p. 86, autor que comenta que "el desvalor de la acción, en los delitos dolosos, no estará sólo fundamentado por el dolo, los restantes elementos subjetivos de lo injusto y el modo, forma o grado de realización de la acción, sino también por su peligrosidad. El dolo seguirá siendo, sin embargo, un elemento fundamentador, ahora co-fundamentador, de lo injusto y no un elemento que sirva únicamente para la graduación del mismo". Cfr. Gallas, citado por Tala Japaz, Alberto, "La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 14, núms. 2 y 3, mayo-diciembre de 1987, pp. 331-333, quien refiere que "el desvalor de acto, esto es, 'la inobservancia de los valores

Con estos parámetros se estará en capacidad de valorar si una conducta típica y antijurídica tiene potencialidad de peligro para un bien jurídico determinado, por lo que la *peligrosidad* se enjuiciará en el *desvalor de acción*, en un momento *ex ante* de la realización de la conducta, a fin de valorar la previsibilidad del sujeto y si éste fue motivado por la norma antes de llevar a cabo su conducta; en tanto que el *peligro* se enjuiciará en el *desvalor de resultado*, en un momento *ex post* a la realización de la conducta; entonces se estará en capacidad de realizar el juicio de peligro. En términos mayoritarios, el concepto de *injusto* se concibe dentro de la concepción de *injusto personal*, en tanto que cada sujeto responderá de su propio *injusto*, aun dentro de la autoría mediata, coautoría o cualquiera de las figuras de participación. Por su lado, para Jakobs, el injusto personal es:

“la expectativa no se refiere al comportamiento del ser humano como existe *de facto*, sino al ser humano como debe ser, esto es, estando motivado de manera dominante hacia el cumplimiento de la norma... Si, partiendo de esta constatación, volvemos a dirigir nuestra atención ahora a la evitabilidad individual como parte del injusto, obtenemos el siguiente resultado: *en su punto de partida, la evitabilidad no es individual, sino objetiva*. No hay nada que sea evitable porque en el autor se presenten cualesquier fenómenos psíquicos, sino porque, si nos lo imaginamos con la motivación de un ciudadano perfecto, el autor la evitaría. Cuando la motivación (que debe imaginarse como perfecta) conduce a un ejercicio de la dirección del aparato psicofísico real que conllevaría que no se ejecutase el comportamiento, entonces ese comportamiento es evitable. En esta situación, dolo e imprudencia individual son las formas en las que se manifiesta un déficit de motivación dominante hacia el cumplimiento de la norma; son, por lo tanto, el déficit *objetivo* de motivación para el cumplimiento de la norma, prolongando hasta penetrar en la realidad de lo individual y determinado en función del criterio del buen ciudadano. O formulándolo de nuevo: *dolo e imprudencia no fundamentan el injusto en su condición de hechos*

---

fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente’, incluye, en cierto modo, al disvalor de resultado... Los términos disvalor de acto y de resultado pueden ser enfocados, respectivamente, desde una perspectiva material o formal. El deber no hacer y el deber no ser, si bien se localizan como deberes jurídicos, en su alcance sólo pueden ser delimitados por la valoración material que les sirve de base”.

*psíquicos individuales, sino como expresión de un defecto, determinado según criterios objetivos, que se manifiesta en el individuo.* Lo subjetivo-individual, esto es, el dolo como hecho psíquico, por tanto no *fundamenta* el injusto, sino que sólo es un *indicio* de la existencia de una falta (determinada objetivamente) de motivación para cumplir la norma. Si, como hoy es habitual, al hablar de ‘persona’ se hace referencia a la individualidad autónoma, ‘injusto personal’ es una denominación errónea para lo anterior. Sólo utilizando la antigua concepción de persona, como máscara o rol, podría hablarse del injusto personal; ya que, como se ha expuesto, se trata de la expresión individual de un déficit determinado objetivamente; *este déficit es el soporte del injusto*. Toda la dirección de la acción únicamente tiene un significado indiciario; indica que falta lo único que se garantiza por medio del Derecho penal: disposición para cumplir la norma. Por consiguiente, no es cierto que la dirección del comportamiento no tenga función alguna en el ámbito de lo injusto: se la aprehende por medio de indicios”.<sup>65</sup>

De lo anterior se aprecia cómo Jakobs, si bien atiende al déficit objetivo como soporte del *injusto*, dicho déficit no va dirigido a la “persona”, sino al sujeto respetuoso de la norma (atendiendo al rol del individuo); es de considerarse que, en caso de actuación por organización, el déficit va dirigido a la organización misma, es decir, al colectivo, pues todos participan de un “fin común” (entendido dentro del ámbito de la organización como la producción de un medicamento, un textil, un vehículo, una prestación de servicios, entre otros), por lo que todos los participantes

---

<sup>65</sup> Jakobs, Günther, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, Porrúa, 2002, pp. 70 y 71. Cfr. Mir Piug, Santiago, “Sociedad, norma y persona en Jakobs”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Colombia, núm. 2, enero-marzo de 2003, pp. 138 y 139, quien sostiene que “Para Jakobs, la afirmación de las categorías del delito anteriores a la final de culpabilidad, como la de injusto, no sólo tiene sentido por razones didácticas, porque ninguna de ellas puede decidir definitivamente la única cuestión *específicamente penal*, la de si el hecho es expresión de sentido o simple naturaleza. La afirmación del injusto sólo puede pretender la presunción de que existe una expresión de sentido, puesto que esto sólo será así si luego se comprueba la concurrencia de culpabilidad. Por ello, sería hasta cierto punto indiferente si se tienen en cuenta o no determinados defectos físicos o síquicos del autor en la imputación objetiva o en la culpabilidad. Pero... no resulta convincente mantener un concepto de injusto que sólo sirve como presunción de que el hecho es culpable, esto es, para algo ajeno a lo que es específico de aquel concepto. Pero menos convincente resulta todavía renunciar al progreso que supuso la distinción de injusto y culpabilidad que introdujo VON LISZT y caracteriza al concepto moderno de delito, para regresar al *totum revolutum* del concepto anterior de delito”.

de la organización configurarán un sólo *injusto* en el caso que su actuar común constituya una lesión o un peligro a bienes jurídicos importantes en el campo del derecho penal, no así “varios” *injustos*; sin embargo, está claro que su aporte individual será graduable a nivel de culpabilidad. Es decir, toda vez que la concreción de los diversos aportes es lo que generó el resultado por organización, un solo aporte, analizado en su pura individualidad, difícilmente será valorado como *injusto*, por ser en forma aislada inocuo para el resultado, y por tanto carente de producción de peligro alguno. Sin embargo, ese aporte individual es trascendente en su concatenación con los otros aportes, por lo que se debe valorar dicho aporte individual en su contexto colectivo, pues es ahí, en la colectividad, donde reviste un verdadero incremento del riesgo. Claro está, valga la aclaración, que el individuo participará en dicha “colectividad” una vez que su acción individual se ha concretado como típica (sea dolosa o culposa) y antijurídica.<sup>66</sup>

Teniendo en cuenta la propia complejidad de imputar una responsabilidad colectiva, pero consciente de la necesidad de concreción de nuevos mecanismos, Hassemer sostiene:

“naturalmente, esto da lugar a la cuestión de si una forma así de proceder puede servir de base a una ‘imputación’ en sentido penal. Sobre esta cuestión se discute actualmente en la doctrina penal. La respuesta más aceptable para esta cuestión depende de la forma en que se establezca la relación entre el derecho penal y la persona. En cualquier caso, en tanto el derecho penal dirija su ataque a la persona de forma individualizada, no se debería extender el concepto de imputación a los casos de responsabilidad colectiva. Un ataque a la persona física, tal y como lo concebimos en derecho penal y en derecho procesal, supone indefectiblemente un ataque a su cuerpo, bien en forma de pena privativa de libertad, bien en forma de prisión preventiva. Además este ataque lo consideramos correcto. Una imputación que pretende justificarse como justa y adecuada, referida a un grupo de personas, pero en la que no se diferencia entre los individuos que componen el grupo, constituye

---

<sup>66</sup> Burgueño Duarte, Luz Berthila, *Injusto colectivo. Con especial referencia a la responsabilidad penal por organización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 88 y 89.

una justificación demasiado débil de las consecuencias penales que afectan a la persona en particular. Para poder tratar estas nuevas formas de delitos se debería construir un sistema jurídico en el que, desde luego, se contengan elementos punitivos diseñados de forma estrictamente preventiva y que, en cualquier caso, renunciara a un reproche personal y a la pena privativa de libertad. Una forma así de derecho de intervención podría integrar tipos de imputación colectiva”.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría a la imputación en derecho penal*, España, Tirant lo Blanch, pp. 180-182. Cfr. Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 171 y 172, establece que “en cuanto a entender una *imputación* plurisubjetiva, sería en referencia al círculo de imputados y a los presupuestos de la imputación a una pluralidad de personas. Tema en el cual resultan claras las dificultades específicas que supone en la imputación penal: la unanimidad con que estas decisiones se adoptan puede favorecer al individuo concreto que permanece oculto tras los otros responsables, eximiéndose así de su parte de responsabilidad; pero esta unanimidad puede también repercutirle de modo desfavorable cuando no haya prosperado su *propuesta* individual orientada a evitar futuras lesiones durante la toma de decisión común. La imputación penal debe tener en cuenta, con toda precisión, estas diferencias. Si no lo hace, estará agravando o atenuando una conducta de forma desigual y, por consiguiente, injusta... El principio básico que informa la responsabilidad del partícipe en nuestra cultura penal es la imputación individual. En consonancia con los principios constitucionales de proporcionalidad y *nulla poena sine culpa*, un sujeto sólo responde de lo que haya realizado, aunque se den situaciones complejas de participación. Una ‘responsabilidad de la empresa’, en el sentido de que la responsabilidad sea primero medida de forma global y luego ‘dividida’ de forma general es desconocida en nuestro Derecho penal. En páginas posteriores añaden que El problema de la distribución de la responsabilidad penal entre una pluralidad de intervinientes en los hechos que suelen actuar a través del complejo mundo de las sociedades mercantiles, cuya estructura y configuración jurídicas dificulta la individualización de la misma. Salvo que algún día se llegue a admitir una responsabilidad colectiva o una responsabilidad puramente objetiva por hechos ajenos, la responsabilidad penal es, hoy por hoy, tanto en el Derecho penal español, como alemán, individual, personal e intransferible y sólo a partir de la determinación del grado de participación subjetiva de cada uno de los distintos intervinientes en las diferentes fases de fabricación, elaboración, distribución y venta del producto pueden establecerse las correspondientes cuotas de responsabilidad penal. Pero ¿cómo orientarse en la boscosa selva de los distintos niveles de decisión de una empresa en forma de sociedad mercantil, desde los más bajos peldaños de actuación hasta los más altos cargos directivos para decidir a quién o a quienes y en qué grado corresponde atribuirle la responsabilidad penal por los daños producidos? ¿Deben seguir manteniéndose las mismas categorías y principios de distinción entre autoría y participación, entre acción y omisión, entre causalidad e imputación objetiva, entre dolo e imprudencia?

Este ‘moderno’ Derecho penal se caracteriza por:

- una tendencia a la protección de bienes jurídicos de carácter social o institucional antes que individual,
- una anticipación del momento de intervención del Derecho penal, castigando ya la mera puesta en peligro,
- un debilitamiento de los presupuestos de la punibilidad, tanto en la constatación de los diferentes grados de imputación objetiva, como subjetiva (tendencia a prescindir en el dolo del elemento volitivo referido al resultado),
- una reducción de las garantías procesales,
- el recurso a leyes sectoriales muy técnicas o a normas penales en blanco, dejando, en todo caso, un amplio margen a la discrecionalidad o arbitrio judicial”.

Una postura contraria a la del *injusto colectivo* es la que sostiene Kai Ambos, quien señala:

“Un principio estricto de responsabilidad ha de fracasar en el contexto del *injusto colectivo*, porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autoresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual. Desde un punto de vista general, es necesario reflexionar y cuestionar las reglas tradicionales del Derecho Penal individual en los supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad. La circunstancia de que el hombre de atrás —a diferencia de los casos ‘normales’ de autoría mediata— no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como ‘autor de escritorio’, emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.) dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un *injusto por organización en lugar de injusto individual*. Por consiguiente, para la imputación es decisivo que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina sólo en aquel punto en el que ‘faltan los presupuestos precisamente de ese dominio por organización’”.<sup>68</sup>

Aun cuando no es en este apartado en el cual se desarrollará la postura asumida en torno al *injusto colectivo*, cabe definir la postura que se defiende en el presente trabajo, de manera tal que, a fin de estar en capacidad de imputar una

---

<sup>68</sup> Ambos, Kai, “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, *Revista de Ciencias Penales*, Costa Rica, año 12, núm. 17, marzo de 2000, p. 37; afirma que “el *dominio* de organización siempre tiene como presupuesto el dominio sobre una organización, es decir, sobre un colectivo de ejecutores *sustituibles*, y, con ello, también la concurrencia de un dominio mediante esta organización. Este dominio se acumula y se hace más denso en la medida en que se incrementa el poder de decisión y la disponibilidad de recursos personales... Puesto que sólo la teoría del dominio por organización —a pesar de la necesidad de someterla a una ulterior concreción— aprehende el específico injusto de organización de modo adecuado y satisfactorio, resulta preferible frente a los equivalentes antes mencionados. Al no aportar éstos un beneficio real en determinación, corresponde aún en la actualidad a *Roxin* el mérito de haber desarrollado la única propuesta de solución viable. Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción como punto de partida. La cuestión directriz en este contexto es cuál ha de ser la *estructura y las características de organización* de los colectivos de injusto para poder fundamentar un dominio por organización del hombre de atrás”.

responsabilidad colectiva, los elementos dogmáticos a valorar dentro del injusto se circunscriban, como lo he sostenido en anterior publicación,

“que, una vez que se concreta la conducta típica y antijurídica de un colectivo, en la que existen varios aportes individuales igualmente típicos y antijurídicos, el siguiente paso será el análisis del *injusto colectivo*, para el cual, dentro de una concepción dualista moderada, para la integración del *desvalor de acción* bastará con el conocimiento (o viabilidad de conocer) que respecto de su aporte individual tenga el sujeto para determinar en éste, el ‘*que quiso*’ así como el ‘*que lo llevó a determinarse por su conducta lesiva*’; y para el *desvalor de resultado*, bastará la peligrosidad o el peligro generado con dicho actuar individual, determinándose así el: ‘*que hizo*’”.<sup>69</sup>

De tal manera que a nivel de culpabilidad se esté en capacidad de graduar el merecimiento de la pena que de forma individual corresponda a cada sujeto, pues de lo contrario, es decir, sin la capacidad de integrar el *injusto* de cada una de las conductas desplegadas dentro de un colectivo, a nivel de culpabilidad no habrá sanción que imponer y, a pesar de los riesgos que conllevan dichas conductas, se estarán convirtiendo los riesgos *no* permitidos en una especie de riesgos “permitidos” o “tolerados” por la sociedad.

#### *J. Riesgo “permitido” a consecuencia de causas de inimputabilidad e inexigibilidad de otra conducta*

Sabemos que a nivel de culpabilidad se valora la inimputabilidad del sujeto por la falta de capacidad por parte de éste para conducirse conforme a la norma, así como por la inexigibilidad de otra conducta; con estas valoraciones, si bien se está frente a una conducta típica y antijurídica, con la debida concreción del *injusto*, el juzgador excluirá la responsabilidad y por tanto la imposición de la sanción, por lo que el riesgo generado con dicha conducta se “tolera” por la sociedad.

---

<sup>69</sup> Burgueño Duarte, L., “Injusto Colectivo...”, *op. cit.*, p. 120.



En este mismo nivel de valoración del delito se entenderá el estado de necesidad exculpante, en donde tanto el bien jurídico que se salvaguarda como el que se lesiona tienen igual valor, por lo que, a pesar que el balance coste-beneficio no se incline hacia este último (en tanto la pérdida de un bien jurídico de igual valor al salvaguardado), dicha valoración estriba en la no exigibilidad de que el sujeto activo renuncie a la salvaguarda o tutela de su propio bien jurídico. Frente a ello, la sociedad “tolerará” dicha conducta, aun cuando la misma siga conservando los niveles de riesgo no permitido.

#### *K. Riesgo “permitido” a consecuencia del desistimiento en la tentativa inacabada*

Un caso particular se presenta en la *tentativa inacabada*, entendida como la resolución de cometer un delito, habiendo exteriorizado en parte los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo; conducta en la cual, si bien se dio inicio a la fase externa del *iter criminis*, no se llegan a consumir todos los aportes necesarios para la consumación del delito; sin embargo, dependiendo que tan cerca se encuentra la misma del desencadenamiento del resultado, es que se estará hablando de un mayor o menor riesgo de dicha conducta, y por tanto una mayor o menor graduación del *injusto*.

De ahí que a nivel de *tentativa inacabada* es posible valorar la figura del *desistimiento* (como cambio de dirección en la voluntad del sujeto), en la que se valorará el *motivo* que lo llevó a cambiar dicha dirección (que deberá de ser espontáneo y voluntario, pues de llevarse a cabo por razones externas no será un desistimiento efectivo). Conducta que, siempre que conserve los límites que dentro del *iter criminis* se otorga al desistimiento efectivo, hasta cierto punto, si bien no deja de ser riesgosa, ha sido beneficiada con cierta “tolerancia” de parte de la sociedad, toda vez que el legislador impondrá una sanción menor que aquella que correspondería si el delito se hubiera consumado.

#### L. Riesgo “permitido” a consecuencia del arrepentimiento eficaz

Una vez que se está frente a la tentativa *acabada*, es decir, que se han llevado a cabo todas las fases del *iter criminis*, se puede presentar la figura del *arrepentimiento*, el cual deberá ser eficaz, esto es, se requiere que el sujeto *retrotraiga* los efectos generados hasta ese momento con su conducta, a fin de evitar la concreción del resultado o bien la consumación del mismo (para el caso de aquellos delitos en los que la conducta típica se encuentra separada espacio-temporalmente del resultado, p. ej. los delitos de mera actividad o de peligro). De ahí que los delitos instantáneos no presenten esta fase de *arrepentimiento*, toda vez que la consumación de los mismos se da en el mismo acto de la ejecución de la conducta.

Tal como el desistimiento, el *arrepentimiento* deberá darse de manera espontánea y partir de la voluntad del sujeto activo, de tal manera que ante dicho actuar, el riesgo generado con su conducta igualmente tendrá una *cierta* “tolerancia” de parte de la sociedad, toda vez que el nivel de reproche de su conducta se verá atenuado, reflejándose por tanto en una sanción menos grave que aquella que se le hubiera impuesto de haberse consumado el delito.

#### M. Riesgo “permitido” a consecuencia de la excusa absolutoria

Entendida la *excusa absolutoria* como una “anuencia” que concede el legislador al sujeto que en específico se encuentra en algunas hipótesis, por ejemplo, del robo de *famélico*, el robo de cantidades menores a cien veces el salario mínimo (conforme lo dispuesto en el artículo 370 del Código Penal Federal), delitos que por considerarse de *bagatela* no son *injustos* suficientes para que reaccione el derecho penal, debido a los ínfimos daños o riesgos generados con dichas conductas en contraposición de lo que implica poner a andar toda la maquinaria de la impartición de justicia. Otro caso es el homicidio culposo de un familiar en línea consanguínea directa, en el cual el sujeto activo lleva en sí mismo un gran sufrimiento por dicha

pérdida, por lo que la sociedad misma no considera necesario imponer una pena adicional a dicho dolor.

Por lo anterior, este tipo de conductas, a pesar de ser típicas, antijurídicas y culpables, son “toleradas” por la sociedad, y por tanto, a juicio del juzgador, exentas de imposición de sanción, sin que ello implique que dichos riesgos sean socialmente permitidos.

## V. DELITOS DE PELIGRO, UNA REALIDAD INNEGABLE

A diferencia de los delitos de resultado, los delitos de peligro no requieren de un resultado material, más sí de un resultado formal, que estriba en la posibilidad objetiva de que la conducta se concrete en un resultado lesivo, la que en el estadio de la culpabilidad será imputada al sujeto activo con base en el nivel de previsibilidad que se tenga sobre el riesgo creado.

Por ello, en donde el peligro aparece como una cualidad inherente a la acción, se trata de una acción peligrosa. Esto coincide con el punto de vista de Cerezo Mir, quien sostiene:

“para que pueda hablarse de un *resultado* de peligro es preciso que un bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión aparezca en ese momento como no absolutamente improbable. El resultado de peligro ha de aparecer como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto y ha de estar, además, comprendido por el fin de protección de la norma, es decir, el resultado de peligro ha de aparecer como realización de la conducta prohibida por la norma. El concepto de peligro es siempre un concepto normativo. Lo es en la medida en que se tienen en cuenta en el juicio de peligro las circunstancias del caso concreto *cognoscibles* por una persona inteligente (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales”.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Cerezo Mir, José, “Los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal 2001-2*, Argentina, Rubinzal Colzoni, 2001, pp. 721-725. Además, la determinación del grado de posibilidad, desde el punto de vista *ex ante*, de la producción del resultado delictivo, necesaria para la apreciación de la peligrosidad de la acción, o de la producción de un resultado de peligro, sólo puede realizarse

En la doctrina mayoritaria se discute sobre la autonomía plena de los delitos de peligro en relación con los delitos de lesión, bajo la tesis de que ambos lesionan el mismo bien jurídico, pero en los delitos de peligro solamente se pone en riesgo el bien jurídico y en los delitos de lesión sí se lesiona el mismo. Por ello, diversos autores conciben a los delitos de peligro como un mero adelantamiento a las barreras de protección del derecho penal, adelantamiento del cual incluso cuestionan su legitimidad.

Dichas posturas se incrementan frente al planteamiento de los delitos de peligro *abstracto*, en tanto que éstos no requieren de una víctima en concreto, sino de víctimas *difuminadas*, pero al fin de cuentas la víctima siempre será un individuo o varios individuos, los cuales en definitiva *soportarán* dichos riesgos.

Para Rodríguez Montañez, en estos delitos se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto” en su peligrosidad típica, sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido.<sup>71</sup> Similar postura sostiene Cerezo Mir, para quien “en estos delitos nos detenemos en la mera *peligrosidad*, debiendo tener en cuenta que el peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido. De tal suerte que se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico”.<sup>72</sup> Se desprende de ambos criterios que es el *desvalor de acción* lo verdaderamente relevante para la configuración del *injusto* de los delitos de *peligro abstracto*. Con base en ello, bastará que el autor se determine por un aporte objetivo, es decir, cargado de conocimiento o factibilidad de conocer, para que sea suficientemente *disvalioso*, sin dejar de considerar el *desvalor de resultado*, pero tal como lo sostiene la postura dualista moderada, sólo para considerar si se agrava o no el injusto.

---

mediante un juicio de valor, en estrecha relación con la concepción de lo injusto que inspire el Código y consideraciones político-criminales.

<sup>71</sup> Rodríguez Montañez, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Gráficas Arias Montano, Centro de Estudios Judiciales, 1994, p. 14.

<sup>72</sup> Cerezo Mir, J., *Los delitos...*, *cit.*, p. 719.

Por su parte, Feijóo considera que “en los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido”.<sup>73</sup>

Ciertos bienes jurídicos colectivos no suelen ser lesionados con una acción aislada, sino con la sola reiteración de un tipo de conductas (conducta acumulativa), por lo que para Feijóo, “el injusto no puede ser materialmente definido como de lesión o de peligro concreto sino sólo de peligro abstracto o estadístico. Lo decisivo no es el carácter potencialmente lesivo de la conducta individual, sino que el bien jurídico sólo se ve afectado si existe una reiteración de conductas similares por parte del mismo o, principalmente, por parte de otras personas”.<sup>74</sup>

Conscientes de las posturas divergentes, en el presente trabajo se argumentará sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, en los cuales se circunscribe en la mayoría de los riesgos que diariamente enfrenta el ser humano dentro de la *sociedad del riesgo* en que actualmente vive. De ahí que se considere que el juicio de peligro se deba hacer en dos momentos:

- a) Momento de *prognosis* o *pronóstico*: que se lleva a cabo mediante la valoración de la conducta *ex ante* a la realización del resultado, pero situándose en el momento justo en que el sujeto desplegó su conducta; momento en el cual se valorará la probabilidad de la lesión.
- b) Momento de *diagnosis* o *diagnóstico*: momento de valoración que se realiza *ex post* a la conducta, permitiéndonos establecer el grado de peligro generado por la conducta, valorando el grado de *conocimiento* o de *cognoscibilidad* de las circunstancias por parte del autor.

---

<sup>73</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, *Revista de Ajuris*, Brasil, Ajuris, 2000, p. 300.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 303 y 304.

Para ello se debe partir del hecho que los conocimientos a valorar serán con base en la referencia de la actuación de un hombre medio, es decir, sin que deban tenerse conocimientos especiales en torno a la conducta (aun cuando en el caso de existir, se valorarán atento al aumento de previsibilidad que pudo tener el sujeto sobre su conducta y sobre el posible resultado), por lo que del sujeto activo se analizarán sus conocimientos *nomológicos*, entendidos como los conocimientos de las leyes de la naturaleza, y los conocimientos *ontológicos*, aquellos que atienden a los conocimientos de los “hechos”, es decir, al ¿qué fue lo que sucedió?

### 1. *Delitos de peligro frente a bienes jurídicos supraindividuales*

En los delitos en los que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, como serían todos los delitos de peligro abstracto, el objeto del delito no es el substrato material del bien jurídico, pero ello no cambia en nada el concepto de lesividad respecto de los delitos contra bienes jurídicos individuales, que se fundamenta en la lesión del bien jurídico.<sup>75</sup> Los delitos de peligro abstracto tienen su propio injusto, cuyo resultado de peligro, en el nivel de estudio que nos ocupa, repercute en todo un colectivo, de ahí la trascendencia de su valoración, máxime cuando existen ciertos niveles de conocimiento o factibilidad de conocer que deberían aumentar el nivel de previsibilidad.

Por tratarse de uno de los puntos torales del desarrollo de esta investigación, se abundará sobre la trascendencia del elemento cognitivo en este tipo de delitos. Por el momento, coincidimos con el planteamiento de Corcoy, quien sostiene:

“al analizar el contenido y objeto del dolo, en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, advertíamos que muchos de ellos están descritos a través de elementos normativos típicos de contenido jurídico, lo que suscitaba problemas sobre cuál debía de ser el nivel de conocimiento que se requería sobre estos elementos normativos, con las consecuencias de que la falta de conocimientos derivan. En

---

<sup>75</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penal supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 223.

general, se entiende que el error sobre estos elementos no excluye el dolo y el tratamiento del error sobre el concreto significado jurídico de los elementos normativos se reconduce, normalmente, al error de prohibición, en cuyo caso la vencibilidad o invencibilidad del error, determinada de acuerdo con el criterio de exigibilidad, llevará a la atenuación de la pena o a la impunidad, respectivamente”.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> *Idem.*

## CAPÍTULO SEGUNDO DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

### I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el capítulo anterior se esbozaron los antiguos paradigmas y la forma en cómo la responsabilidad individual planteaba un derecho penal que sólo valora conductas en su individualidad, por lo que no es capaz de responder a las realidades que enfrenta la actual sociedad del riesgo. Resulta innegable que, ante la ruptura de paradigmas infructuosos, se precisa restablecer ciertas estructuras, principalmente aquellas que han de salvaguardar los intereses básicos para que el individuo sea capaz de desarrollarse en sociedad, esto es, los derechos fundamentales sociales, cuya tutela permite el disfrute del resto de los derechos que posee el individuo, lo cual no requiere de mucha explicación, pues es innegable que si no se salvaguarda el derecho a la vida, la salud, el medio ambiente, entre otros, el ser humano, como especie, no será capaz de garantizar el uso y disfrute de otros tantos derechos, como el de propiedad, de familia, políticos, etcétera.

A fin de dotar de un contexto legítimo, en el cual podamos hablar de *responsabilidad colectiva*, en el presente capítulo se abordará la relevancia de los derechos fundamentales sociales, frente a los cuales, todos los individuos, por el simple hecho de serlo, tienen tanto derechos como obligaciones, es decir, frente a una autoipoiesis de los derechos fundamentales que competen a cada individuo se presenta una obligación de salvaguarda y respeto de los mismos, tanto frente a sí mismo como frente a terceros.

De ahí que se coincida con lo sostenido por Carbonell, para quien, tradicionalmente, la responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual, es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo: se trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para avanzar hacia una “socialización del riesgo”, es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran



capaces de responder frente a los riesgos sociales.<sup>77</sup>

Ante los nuevos riesgos surge la necesidad de adecuar la responsabilidad penal hacia una responsabilidad de carácter colectivo, frente a la cual el Estado asuma su nuevo compromiso, no sólo como promotor del bienestar de los individuos, sino que atenúe y evite en su mayoría posible los daños asumidos por los individuos, quienes cada vez se encuentran más vulnerables ante los riesgos que se afrontan en el diario vivir. Máxime cuando se habla de derechos que corresponden a toda persona, es decir, de derechos fundamentales, ya que no es un solo individuo actuando de manera aislada quien genera los nuevos riesgos y daños, sino un conjunto de individuos, cuyas conductas y consecuencias van concatenadas hacia la producción de un resultado que pone en riesgo exponencial los derechos que corresponden a todos, y que el Estado debe salvaguardar, igual que al individuo.

De ahí que, aun sin pretender abundar en las interrogantes filosóficas que circundan la existencia y viabilidad o no de los derechos fundamentales, se definirán las principales posturas que se presentan respecto de los mismos, así como el sustento teórico que respalda el que, en el presente trabajo, se hable de la posibilidad y necesidad de su salvaguarda. Hay que tener en cuenta, principalmente, que nuestro texto constitucional ha reconocido aquellos derechos que corresponden universalmente a todas las personas, estando algunos de ellos precisados y clasificados en algunos artículos constitucionales específicos; sin embargo, ello no implica que dentro de todo el texto constitucional se encuentre difuminada la existencia de diversos derechos que corresponden a todos, independientemente de situaciones particulares y derechos individuales.

### *1. Postura de Luigi Ferrajoli*

En consistencia con la postura defendida en el presente trabajo, cabe analizar los planteamientos de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales, quien,

---

<sup>77</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2006, p. 804.

tomando bases del principio kantiano en torno a la dignidad de la persona y del valor de la misma como fin y no como medio, destaca la valía de los derechos fundamentales como colaboradores de la paz, la igualdad, el aseguramiento de la democracia y, sobre todo, la protección del más débil, tutela que compete a todas las personas en tanto integrantes de un conglomerado social, y respecto de los cuales también todos tienen derechos.

Con base en dicho parteaguas, Ferrajoli propone una definición teórica, puramente formal o estructural, de los *derechos fundamentales*:

“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.<sup>78</sup>

En este concepto es dable reconocer que desde el derecho romano han existido derechos fundamentales, ello en mayor o menor medida, dependiendo del tipo de sociedad de la que se hable (mientras que dentro de un ordenamiento jurídico totalitario se carece del reconocimiento de los derechos fundamentales), los cuales se han venido conquistando a través de diversas luchas y movimientos sociales, por lo que las necesidades reales de la sociedad son las que han gestado la materialización de las mismas en el reconocimiento de dichos derechos y por ende en la demanda de su salvaguarda.

---

<sup>78</sup> Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 19, *cfr.* Carbonell, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, pp. 5 y 6, al sostener que “Cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales”.

Sin embargo, las necesidades de la sociedad han ido cambiando; lo que años atrás era de vital importancia para la sociedad, actualmente ya no lo es, y por el contrario, lo que anteriormente no era necesario salvaguardar, ni proveer de tutela jurídica, ahora sí lo es. De ahí que tratando de encontrar una raíz que dote de homogeneidad a los derechos fundamentales de ayer y de hoy, la doctrina sigue preguntándose ¿qué son los derechos fundamentales?, y más aún, ¿cómo establecer la responsabilidad que como individuos tenemos frente a ellos, a fin de generar los instrumentos legales idóneos para su salvaguarda?

Por su lado, Ferrajoli sostiene que a dicha pregunta se le pueden dar dos respuestas distintas, ambas sustanciales, según se la interprete en el sentido de “cuáles son” o en el sentido de “cuáles deben ser” esos derechos. La primera respuesta, que podemos llamar “iuspositivista”, es aquella según la cual “son” derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad personal, la libertad de expresión, de reunión y de asociación, los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social. La segunda respuesta, de tipo “axiológico” o, si se prefiere, “iusnaturalista”, es que se deben considerar fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad de conciencia, las otras libertades civiles, los derechos a la subsistencia y otros similares, gracias a los cuales se aseguran la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos que se decida, precisamente, asumir como “fundamentales”.<sup>79</sup>

En la definición de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli, en tanto

---

<sup>79</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 289; señala que “Las tres cuestiones a) cuáles son, b) cuáles deben ser y c) qué son los derechos fundamentales, pertenecen, por otra parte, al igual que las respectivas respuestas, a tres tipos distintos de discurso que —para evitar equívocos y falsas divergencias— deben distinguirse rigurosamente. Estos tres tipos de discurso corresponden a otras tantas disciplinas: α) la *ciencia jurídica positiva*, entendida como análisis empírico de las normas de derecho positivo de un determinado ordenamiento, sea estatal o internacional; β) la *filosofía política* o de la justicia, entendida como doctrina normativa en torno a valores ético-políticos que merecen o requieren ser tutelados como derechos fundamentales; γ) la *teoría del derecho*, entendida como sistema de conceptos y afirmaciones idóneos para denotar y explicar las formas y estructuras del derecho positivo. Hay, finalmente, un cuarto sentido de nuestra pregunta, así como una cuarta posible aproximación al tema de los derechos fundamentales, que se refiere a su concreta fenomenología empírica: δ) “¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados como fundamentales?”. Esta pregunta pertenece al ámbito δ) de la *sociología del derecho* y, por otro lado, de la *historiografía jurídica*”, pp. 290 y 291.

derechos subjetivos atribuidos por la norma a todos los individuos, se dota al concepto *todos* con un contenido que incluye tanto a la *persona* como al *ciudadano* y/o a las personas *capaces de obrar*. Además, identifica tres rasgos estructurales básicos que permiten distinguir estos derechos del resto, a saber: a) la forma universal de su imputación, entendido “universal” en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares; b) su estatuto de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que he llamado “normas téticas”, en oposición a las “normas hipotéticas” que, en cambio, predisponen como efectos hipotéticos las situaciones singulares dispuestas por los actos negociables, por ejemplo, que prevén en hipótesis; c) su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás.<sup>80</sup> De ahí que la universalidad, su carácter general y abstracto, así como la indisponibilidad de parte de sus titulares, hace de los derechos fundamentales, derechos diferenciados del resto de los derechos de

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 291 y 292; sostiene que “Las clases de sujetos que nuestra definición ha identificado como posibles titulares de los derechos fundamentales, más allá de las distintas y cada vez mayores extensiones que históricamente han ido asumiendo, son tres: personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar, cada una definida por otros tantos *status*, el primero de los cuales —el de la persona— incluye a los otros dos. Si se distinguen las cuatro combinaciones generadas por la relevancia o irrelevancia del *status* de ciudadano y/o de capaz de obrar como presupuestos de los derechos fundamentales, obtendremos cuatro clases de estos derechos: a) los *derechos humanos*, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar; b) los *derechos civiles*, que pertenecen a las personas en cuanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía; c) los *derechos públicos*, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; d) los *derechos políticos*, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar. Finalmente, una última precisión. También estas distinciones, al igual que la definición de ‘derechos fundamentales’, son distinciones analíticas, verdaderas por definición. No nos dicen *qué* derechos —o sea, con referencia a qué contenidos— son de la persona o del ciudadano, de libertad o sociales, sino *qué son* estos distintos tipos de derechos. Se trata, por tanto, de categorías analíticas, como, por otra parte, lo son todos los conceptos teóricos, que concurren como figuras atómicas en la composición de esas figuras moleculares que, en concreto, son las situaciones jurídicas. Así, llamamos, por ejemplo, ‘*sociales*’ a los derechos a la salud o a la educación, y ‘de libertad’ a la libertad de prensa o reunión, en tanto que son expectativas positivas lo que prometen los primeros y negativas los segundos. Pero ello no quita para que en el derecho a la salud se incluyan inmunidades (por ejemplo, frente a la contaminación) o para que en la libertad de reunión se incluyan también expectativas positivas (por ejemplo, al disfrute de un lugar público)”, pp. 293-300.

carácter individual, es decir, se constituyen como derechos que pertenecen a la sociedad misma en cuanto colectivo.

Como ha quedado señalado, cada sociedad ha de establecer qué derechos considera como fundamentales para la obtención de su libre desarrollo y para la factibilidad del resto de sus derechos, de ahí que dentro de las diversas posturas que se defienden en torno a los derechos fundamentales, el fundamento axiológico, en tanto carácter valorativo, es el que genera mayores divergencias. Ante ello, cabe destacar la pregunta planteada por Ferrajoli, “¿qué derechos *deben ser* (o es justo o está justificado que sean) tutelados como fundamentales?”, ofreciendo una respuesta normativa que permite identificar cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al concepto kantiano de la persona humana asumida como fin y nunca como medio.

El primer criterio es el nexo entre derechos fundamentales de *igualdad*, entendida ésta a la titularidad de los sujetos a los que les son atribuidos. El segundo, en conexión con el primero, es el nexo entre derechos fundamentales y *democracia*. El tercero es el nexo entre derechos fundamentales y *paz*, establecido en el marco de la Declaración Universal de 1948, en el sentido que deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica. El cuarto criterio refiere a los derechos fundamentales como *leyes del más débil*.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 371 y 372; agregando que “los cuatro criterios —igualdad, democracia, paz y tutela del más débil— propuestos para identificar en el plano axiológico los derechos fundamentales merecedores de tutela son convergentes y complementarios entre sí. La paz no sólo se funda, como dice el preámbulo de la Declaración Universal de 1948, en el máximo grado de efectividad de la igualdad en los derechos fundamentales y, por tanto, de la democracia, sino que se ve amenazada por el crecimiento de las asimetrías, origen de otras tantas desigualdades, entre sujetos fuertes y sujetos débiles. En sentido jurídico y descriptivo, podemos afirmar que los fines y razón de cada estado constitucional de derecho consisten en la garantía de los derechos y demás principios, cualesquiera que sean y aun aquellos considerados injustos o deplorables, estipulados en su carta constitucional. En este sentido, podemos identificar en cada constitución la carta de identidad del respectivo ordenamiento jurídico y político, del mismo modo, por otra parte, en que los estatutos dictados en virtud del acto constitutivo de cualquier persona jurídica, sea un ente público, una fundación o una sociedad comercial, identifican su finalidad y su específica razón social. En sentido axiológico y prescriptivo, en cambio, podemos identificar los fines o la razón del ‘estado constitucional de derecho’ como categoría de una filosofía política normativa, en los derechos que la misma

Frente a estos criterios axiológicos se puede marcar una pauta homogénea para los derechos fundamentales que determine cada sociedad, aun cuando en el *deber ser* de los mismos impere una búsqueda muchas veces inalcanzable del ser humano, quien sucumbe ante el *ser*, a pesar de las innegables consecuencias. Sin embargo, cabe rescatar las máximas de *igualdad, democracia, paz y ley del más débil* que nos propone Ferrajoli para identificar *aquello* que es realmente relevante para una determinada sociedad, y con base en lo cual se generen las normas jurídicas idóneas que los habrán de salvaguardar.

Por su lado, Carbonell sostiene que el concepto de Ferrajoli hace referencia principalmente al “contenido” de los derechos (un derecho subjetivo, su asignación universal, su restricción en algunos casos para los no ciudadanos o para quienes no tienen capacidad de obrar, etcétera), considerando, sin embargo, que no señala que el carácter de fundamental de un derecho proviene (desde el punto de vista de la dogmática jurídica) también de la fuente jurídica que lo establece (normalmente la Constitución o los tratados internacionales, y las fuentes del derecho).<sup>82</sup> De ahí que este autor plantee la definición de derechos fundamentales a la luz de cinco teorías diferentes, a saber: la teoría de la libertad, la teoría institucional, la teoría axiológica, la teoría democrática-funcional y la teoría del Estado social, las cuales se resumen en los siguientes términos:

Para la *teoría de la libertad*, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Esto significa que el individuo tiene asegurada una esfera propia en la que el Estado, entendido según la experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar. Se trata de un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica y frente al cual, el ordenamiento lo único que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera preexistente. Los derechos de libertad se entienden también como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada

---

identifica como fundamentales: por ejemplo, según el enfoque aquí propuesto, en los derechos que consideramos fundamentales sobre la base de los cuatro criterios antes formulados”.

<sup>82</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 13.

caso lo que pueden y lo que no pueden hacer.<sup>83</sup>

La *teoría institucional* tiene menos interés que la teoría liberal. Para los institucionalistas, los derechos fundamentales ordenan ámbitos vitales objetivos, tendentes a la realización de ciertos fines; los derechos, desde esta óptica, reflejan circunstancias vitales y, al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa.<sup>84</sup>

La *teoría axiológica* concibe que los derechos reciben su contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad política en la que se quieren aplicar; son, por tanto, expresión de decisiones axiológicas que la comunidad adopta para sí misma.<sup>85</sup>

De acuerdo con la *teoría democrático-funcional*, lo importante es la función pública y política de los derechos, de forma tal que ocupan un lugar preferente aquellos derechos que contienen referencias democráticas, como la libertad de opinión, la libertad de prensa, etcétera. Los derechos fundamentales son concebidos como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado.<sup>86</sup>

Por su lado, la *teoría del Estado social* asume el desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real, e intenta superarlo. Para hacerlo, es necesario incorporar disposiciones constitucionales que no solamente establezcan libertades para los individuos, sino que también señalen prestaciones a cargo del Estado.<sup>87</sup>

A fin de estar en capacidad de ofrecer las bases conceptuales necesarias y los fundamentos teóricos para caracterizar adecuadamente y presentar un concepto de derechos fundamentales sociales, Arango clarifica y fundamenta el concepto de los derechos sociales fundamentales defendiendo la tesis de que deben concebirse como derechos subjetivos, entendiéndolos en sentido estricto como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 42.

intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”.<sup>88</sup> Este carácter subjetivo reclama del Estado la garantía de los mismos hacia todo individuo, lo cual da el carácter de derechos fundamentales sociales.

Antes de seguir, resulta válido señalar algunos de los postulados que a juicio de Abramovich conforman el modelo de derecho social:

- la introducción en el análisis de la acción humana de la dimensión colectiva.
- el señalamiento de límites a la racionalidad del sujeto actuante, y a su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él; límites que estarán marcados por diversos factores: la constatación de motivaciones irracionales en los seres humanos, su voluntad cambiante, el efecto de presiones colectivas, la falta o el carácter incompleto de la información, etcétera.
- la generación de riqueza deja de ser el único factor de análisis de resultado económico,
- la sociedad se considera en estado de conflicto permanente,
- las funciones que se asignan al Estado se multiplican: el Estado asume la regulación política de la economía, y toma a su cargo la decisión acerca de qué áreas de la interacción humana quedarán libradas al funcionamiento del mercado, y qué áreas quedarán parcial o totalmente desmercantilizadas”.<sup>89</sup>

Estos presupuestos, en términos jurídicos, generan los siguientes efectos:

- la introducción de dimensiones colectivas en el derecho: entre ellas, la construcción de sujetos de derecho colectivo (tales como sindicatos o asociaciones de consumidores) y la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas, que desplazan a las individuales.
- la consideración de desigualdades materiales, de poder político y económico,
- el establecimiento de limitaciones al principio de autonomía de la voluntad. Los mecanismos típicos del derecho social en esta materia son varios: el establecimiento de mínimos de interés público indisponibles por los individuos, fundados en la necesidad de protección de valores tales como la salud, la seguridad, la dignidad, la nulidad de cláusulas contractuales consideradas abusivas o engañosas, el control estatal de la oferta pública de bienes y servicios, etcétera,
- el desplazamiento o limitación del ámbito de actuación de mecanismos

---

<sup>88</sup> Arango Rodolfo, citado por García-Jaramillo, Leonardo, “El concepto de derechos sociales fundamentales”, *Revista Aleph*, núm. 137, año XL, abril-junio de 2005. [http://www.revistaaleph.com.com/article.php3?id\\_article=58](http://www.revistaaleph.com.com/article.php3?id_article=58).

<sup>89</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Crhistian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, pp. 53 y 54.



contractuales, o su sustancial regulación estatal,  
— la modificación de los criterios de asignación de responsabilidad civil: generación de riesgo y la necesidad de establecer criterios sociales de distribución del costo de los daños llevan a la elaboración de la noción de responsabilidad objetiva, independientemente de factores subjetivos,  
— la ampliación de funciones estatales, se gesta la necesidad de tutela de bienes colectivos o de su actuación como mediador/pacificador en ámbitos de negociación y de conflictos colectivos,  
— la incorporación de acciones procesales colectivas o transindividuales, en las que el actor legitimado representa intereses grupales o invoca la tutela de bienes colectivos”.<sup>90</sup>

De dichos postulados se desprende como objetivo principal de los derechos sociales la búsqueda de la igualdad; una igualdad que atañe a una colectividad, la cual va más allá del individuo en cuanto tal, ya que atiende a éste en cuanto parte integrante de dicha colectividad. Por igualdad habrá de entenderse el derecho de todos los individuos frente a los derechos colectivos, pues dichos derechos atañen de manera directa y horizontal a todos los individuos, sin reconocer estratos de clase, religión, sexo, raza, etcétera; por el contrario, de una manera innegable, estos derechos se deben salvaguardar bajo los escaños más estrictos de igualdad, ya que de no hacerlo, la vulneración a los mismos generará un daño a todo individuo que conforma dicha colectividad. Es ahí donde radica la relevancia de su tutela, pues se habla que la esfera de daño va mucho más allá de un solo individuo. Esta realidad, sin duda, requiere estructuras jurídicas de índole colectivas para su análisis, valoración, prevención y, en su caso, delimitación de responsabilidades.

Ahora bien, por cuanto se refiere a la estratificación y ubicación de los

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 54-56. A lo cual Ewald, citado por Abramovich, sostiene que “el derecho social se caracteriza por: a) ser un *derecho de grupos* y no de individuos. El individuo goza de sus beneficios sólo en la medida de su pertenencia a un grupo; se trata de un derecho del individuo situado o calificado; b) ser un *derecho de desigualdades*, que pretende constituirse en instrumento de equiparación, igualación o compensación. Se trata de un modelo jurídico que tiende a concebir las relaciones legales como estructuralmente desigualitarias, rechazando la concepción del contrato en términos de equilibrio de las prestaciones, autonomía de la voluntad o protección del consentimiento; c) hallarse ligado a una *sociología*, orientada a señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a las distintas clases o grupos sociales, cuáles son las necesidades o aspiraciones de esos grupos, etcétera. Esta orientación sociológica desplaza a la filosofía o a la moral, fundamento de derecho privado clásico”.

derechos fundamentales sociales dentro del entramado de los derechos en general y de los derechos fundamentales en específico, Arango sustenta que la ubicación de éstos frente a los derechos subjetivos y a los derechos fundamentales, radica en una relación de género, especie y subespecie, de tal forma que los derechos sociales fundamentales conforman una parte de los derechos fundamentales (entendidos en sentido general), los cuales, a su vez, forman parte de los derechos subjetivos, *i. e.*, género: derechos subjetivos; especie: derechos fundamentales; sub-especie: derechos sociales fundamentales.<sup>91</sup>

Ante dicha postura, García-Jaramillo sostiene que los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales de todos (i), positivos (ii) y fácticos (iii). Los derechos fundamentales son el resultado de una nación que opta por garantizar y respaldar los derechos morales mediante la fuerza jurídica, demandando así validez general al estar institucionalizados constitucionalmente.<sup>92</sup>

## *2. Exigibilidad de los derechos fundamentales*

En términos generales, la validez de los derechos no radica solamente en su positivación o reconocimiento social, sino en los canales para su exigibilidad, es decir, en la capacidad que tenga el titular del mismo para disponer de ellos. De ahí se desprende su doble vertiente: por un lado, la capacidad individual del sujeto para demandar dicha exigibilidad y, por el otro, la obligación y deber del Estado, como garante de los derechos de los individuos, de no sólo vigilar que sean respetados

---

<sup>91</sup> Arango, citado por García-Jaramillo, Leonardo, *op. cit.*, dice que “con base en tres supuestos básicos, el concepto bien desarrollado de derechos subjetivos cobija el concepto de DSF: (i) El título de adquisición de los DSF no es el texto constitucional en sí, sino las normas adscritas de derecho fundamental mediante una argumentación jurídica correcta a partir de una constitución democrática. Para reconocerlos, entonces, son fundamentales los argumentos esgrimidos sobre su protección. (ii) De que derechos positivos generales se infieran de derechos constitucionales implícitos, no se deduce de plano que los DSF puedan considerarse derechos subjetivos, pues los deberes constitucionales no son suficientes para dar lugar sin más a derechos. (iii) Los DSF pueden subsumirse en la categoría de derechos subjetivos, bastándole al sujeto fundamentar una posición jurídico-constitucional que se da en el caso del reconocimiento y aseguramiento de DSF específicos (derecho al mínimo vital), a partir de lo que es posible concebir la existencia humana como vida digna y con auto respeto al interior del Estado Social y Democrático de Derecho”.

<sup>92</sup> *Idem.*

dichos derechos (tutela pasiva), sino que de parte del Estado se requiere un *hacer*, es decir, que emita las acciones necesarias para proveer los derechos que le corresponden al individuo (tutela activa), brindando *acciones positivas*, tales como proveer salud, un medio ambiente adecuado, educación, el sostenimiento del patrimonio cultural de sus pueblos, paz, entre muchos otros.

La “corporeidad” de los derechos, para Abramovich, radica en la *justiciabilidad*, la cual entiende como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho, agregando que ello debe darse hasta el grado en que se pueda verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento.<sup>93</sup>

Esta necesidad de exigibilidad o de *justiciabilidad* de todos los derechos retoma mayor énfasis cuando hablamos de derechos fundamentales sociales, entendidos éstos como aquellos básicos para la vida del individuo en determinada sociedad, toda vez que, dada la vulnerabilidad de los mismos, la exigibilidad de éstos es de tal trascendencia para la sociedad, que mientras solo sean letra escrita la sociedad estará destinada a la extinción. Esto lo empezamos a ver con los elevadísimos índices de contaminación ambiental, los grandes riesgos que asumimos al consumir productos alimenticios con contenidos dañinos para la salud, entre otros. Se trata de problemas reales y vitales para el individuo, que más allá del mero riesgo que generan para nuestra vida y salud, están generando costes muy elevados, como las mutaciones genéticas, intoxicaciones derivadas de dulces y juguetes con alto contenido de plomo, constante estado de estrés (principalmente en las grandes ciudades); en fin, nos enfrentamos a un estilo de vida en el que cada vez resulta más complejo hacer exigibles dichos derechos, máxime cuando éstos resultan exigibles no sólo al Estado, sino al resto de los individuos.

Por su lado, Arango, como defensor *radical* de la justiciabilidad (reconocimiento y exigibilidad) de los derechos sociales fundamentales, ha

---

<sup>93</sup> Abramovich, V. y Courtis, C., *op. cit.*, p. 37.

sostenido que dicha justiciabilidad “puede ser justificada a partir de un concepto evolucionado de los derechos subjetivos [el cual] exige comprender el funcionamiento de la interpretación constitucional y del ejercicio de los derechos en la práctica, de manera que sea posible reconstruir las condiciones formales y materiales necesarias para el reconocimiento judicial de los Derechos Sociales Fundamentales”. A juicio de García-Jaramillo, tal concepto —propio de la sociedad de riesgo— le asiste para otorgarle a los derechos sociales fundamentales un fundamento filosófico sólido y, de esta forma, justificar su justiciabilidad. El original andamiaje conceptual edificado para fundamentar dicho concepto lo inmuniza la objeción de que dichos derechos son indeterminados, y por lo tanto no propiamente derechos, sino directrices políticas, y permite su reconocimiento en caso de que el no reconocimiento injustificado de un derecho fundamental innominado conlleve a una consecuencia contraria a los postulados constitucionales, haciéndose jurídicamente necesario su reconocimiento.<sup>94</sup>

En defensa de la tutela de los derechos sociales, Carbonell sostiene que “La plena exigibilidad requiere de la creación de una nueva teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes”. Señala, además, que en México, para desarrollar plenamente la normatividad de los derechos sociales, se requiere trabajar principalmente en el contenido de los derechos sociales y en la exigibilidad procesal,<sup>95</sup> necesidad que se enfrenta a la innegable realidad de los obstáculos que presentan los derechos fundamentales sociales ante su reconocimiento y ubicación en la norma, y frente a lo cual, en el presente trabajo, interesa dejar por sentado la relevancia de los mismos para el orden social y, por consecuencia, las vías procesales, no sólo constitucionales, para su salvaguarda y exigibilidad, es decir, la

---

<sup>94</sup> García-Jaramillo, L., *op. cit.*

<sup>95</sup> Carbonell, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 821. *Cfr.* García-Jaramillo, *op. cit.*, quien sostiene que “La falta del concepto evolucionado es lo que ha impedido la justiciabilidad de los DSF. Se propende por la justiciabilidad judicial, no por la justiciabilidad política, ya que el respaldo legislativo representado en una mayoría parlamentaria que realice una actividad normativa general para garantizar DSF, es secundario frente al reconocimiento efectivo de los DSF mediante una interpretación sistemática de la Constitución por parte de los jueces”.

vía penal. Pero aun cuando reconocemos la relevancia de un derecho penal mínimo, así como la salvaguarda de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, también se reconoce que la sociedad ha llegado a un punto en el que cada vez resulta más complejo salvaguardar los derechos de las personas, y frente a ello es que se considera viable y necesario que reaccione el derecho penal, responsabilizando a aquel o aquellos que atentan contra derechos que pertenecen a todos.

De ahí que se coincida con las apreciaciones de Abramovich, quien sostiene que otro obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela, bastando para su demostración señalar, entre otros, que la incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales, circunstancia que pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales.<sup>96</sup> Estas realidades llevan a replantearse la necesidad de crear estructuras sustantivas y adjetivas tendentes a la tutela de ámbitos colectivos, mismos que cada vez más revisten una realidad relevante para nuestra sociedad.

Como se planteó al inicio de este apartado, no basta con que los derechos estén insertos en la norma, se requiere que todo individuo pueda disponer de los mismos. Para Robert Alexy, “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo del derecho a la previsión, al trabajo, a la vivienda y la educación, se hace

---

<sup>96</sup> Abramovich, V. y Courtis, C., *op. cit.*, p. 129.

primariamente referencia derechos a prestaciones en sentido estricto”.<sup>97</sup>

Esos derechos a prestaciones a que se refiere Alexy llevan a puntualizar la transición que los derechos de cada sociedad ha tenido en el tiempo, pues ya no sólo se habla de derechos de primera y segunda generación, como los proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, sino que, actualmente, diversos estudiosos hablan de los *derechos de tercera generación*, lo cual responde a la necesidad de reconocer nuevas necesidades y, por tanto, nuevos derechos atento a las actuales exigencias sociales, tales como el derecho a disfrutar de un ambiente adecuado, lo cual lleva intrínseco el derecho a la vida, entendido como el derecho que da sentido a nuestro orden social.

Ante dichas necesidades sociales, el Estado debe asumir su nuevo reto, tal como ha quedado reflejado en la Declaración de Río de Janeiro, resultante de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en su principio 7, que sostiene:

“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el ambiente mundial y de las tecnologías y recursos financieros de que disponen”.

La declaración nos lleva a corresponsabilizarnos más allá de los límites

---

<sup>97</sup> Alexy, Robert, citado por Carbonell, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, pp. 827 y 828, afirma que “Se podría decir, en otras palabras que los derechos sociales se regulan constitucionalmente como *mandatos de optimización*, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abiertas las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas redactadas en forma de principio, los cuales, según Alexy, ‘están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas’; los principios, en opinión de ese autor, ‘ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes’”.

fronterizos y atender a una realidad globalizada, dentro de la cual es el ente colectivo el que requiere estructuras jurídicas sólidas que permitan la plena exigibilidad de los derechos que se encuentran consagrados, por lo menos de manera escrita, en las normas de cada país.

#### *A. Exigibilidad de los derechos fundamentales por parte de las generaciones futuras*

En 1972, por primera vez, se da reconocimiento al derecho al medio ambiente dentro de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en la cual se plasmó la Declaración de Estocolmo que, de su principio 1, destaca: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

Más allá de escuchar una serie de derechos escritos en la Constitución, se requiere materializar dichas prerrogativas, pues, como sostiene Ferrajoli, la definición formal de derechos fundamentales “sirve para informarnos no ya sobre el contenido, sino más bien sobre la forma de tales derechos, es decir, para identificar la estructura que permite su tutela como derechos iguales, universales e indisponibles”.<sup>98</sup> Esta estructura va más allá del ámbito jurídico, pues toca fibras sociales como la conciencia, la solidaridad e, incluso, la salvaguarda de los derechos de las generaciones futuras, tal como lo estableció la Declaración de Río de Janeiro de 1992, en su principio 3, que fue reproducido en los mismos términos en la Declaración de Viena de 1993, sosteniendo que, “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

La solidaridad ante las generaciones futuras va más allá de los contenidos morales que se puedan extraer de la norma, puesto que se basa en el derecho real

---

<sup>98</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 146.

e indivisible que se tenga como integrantes de una sociedad y del género humano que conforma la misma, género humano que no inicia y termina con la generación actual, sino que se conforma incluso de la generación que está por venir; es decir, los derechos fundamentales sociales no pertenecen solamente a las generaciones actuales, sino a todo el género humano, animal y a la naturaleza entera, presente y futura.

Hay que tomar en cuenta que los derechos fundamentales sociales son indisponibles en tanto que no le pertenecen a un sujeto en su individualidad, sino a éste en tanto integrante de una colectividad, por lo que dicho derecho no se puede dividir en partes. Coincidimos con Ferrajoli al sostener que es preciso distinguir entre el ejercicio de un derecho y su titularidad. La indisponibilidad de los derechos fundamentales no se refiere al ejercicio sino a su titularidad, que no deja de existir, con independencia de lo que se haga o quiera, dado que los derechos fundamentales no son sino normas (téticas),<sup>99</sup> lo cual nos lleva a pensar si se tiene o no el deber de garantizar dichos derechos incluso a las generaciones futuras, las cuales también son titulares de dichos derechos sociales indisponibles por las generaciones actuales. No resulta complicado concluir que el medio ambiente, los productos de consumo, los ríos, la cultura, etcétera, no pertenecen a las generaciones actuales, y por tanto no se tiene el derecho de destruirlos, al contrario, pertenecen a todos los titulares del mismo, y ante ello, toda persona debe actuar con corresponsabilidad.

Dicha necesidad de ver hacia el futuro no es actual; sin embargo, parece que se ha ignorado. Ya desde 1994, en el preámbulo de la Declaración de Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, Federico Mayor Zaragoza, entonces director general de la UNESCO, señaló que:

“el deterioro de nuestro entorno supone una amenaza al legítimo legado de las generaciones futuras, y que la vida humana digna de ser vivida sobre la Tierra únicamente será posible de forma duradera, si desde ahora se reconocen ciertos

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 162 y 163.



derechos a las personas pertenecientes a las futuras generaciones que les permitan ocupar el lugar que les corresponde en la cadena de la vida”. “La afirmación de tales derechos reconocidos a estas personas justifica por la indispensable solidaridad entre las generaciones y por la unidad pasada, presente y futura del género humano”.

### 3. Legitimidad de los derechos fundamentales

Partiendo de la innegable premisa consistente en que la legitimidad de las leyes que nos gobiernan reside en la suma de voluntades soberanas, cabe aludir a lo sostenido por Carbonell:

“la determinación del campo semántico de los derechos sirve, entre otras cuestiones, para fijar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social. Realizar dicha determinación es una tarea que corresponde desarrollar, en primer término, al legislador, que a través de las leyes debe precisar los contenidos concretos de cada derecho. También es una función de la ciencia jurídica, pues en la medida en que se avance en el plano teórico se podría también avanzar en el plano práctico”.<sup>100</sup>

Sin duda, hablar de derechos fundamentales sociales implica encontrarse frente a una gran discusión derivada de la dificultad de la concreción de los mismos y de su carácter de bien jurídico colectivo, no aceptado por una gran parte de la doctrina. Esto ha generado la falta de instrumentos procesales idóneos para la tutela de los mismos, provocando con ello susceptibilidad a la hora de precisar su reconocimiento como derecho de todos, y por consecuencia el débil andamiaje procesal para fijar responsabilidades y estratificar consecuencias, pues más allá de la protección del presente, como ha quedado asentado, estos derechos se fundamentan en su objeto de protección, es decir, la protección de la supervivencia humana.

---

<sup>100</sup> Carbonell, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 822.

Ante dicha concepción y necesidad de dotar de legitimidad a las leyes que “regulan” nuestra vida en sociedad, se ha de considerar el interés común que debe poder ser defendido por todos, en cuanto titulares de dichos derechos, frente a los atentados a los que se vean sometidos. De ahí que más allá de los viejos paradigmas de un Estado paternalista, se deben asumir nuevas responsabilidades y obligaciones como sociedad, a fin de asumir el papel tanto de defensores de los derechos que nos corresponden a todos, como de responsables del respeto hacia los mismos, es decir, nuestra corresponsabilidad también legitima los derechos que son relevantes para que podamos seguir conviviendo en sociedad.

El reconocimiento judicial de los derechos sociales fundamentales frente al poder legislativo constituyen una garantía constitucional supra-mayoritaria de los derechos fundamentales, tal como lo sostiene la filosofía moral de Kant, en virtud de la cual se sostiene que como cada persona humana es un fin en sí mismo, y no sólo un medio, no puede ser sacrificada a favor de los demás.<sup>101</sup> De ahí que la certeza en la existencia y disponibilidad de los derechos fundamentales es vital para toda sociedad, pues ninguno de dichos derechos podrá sacrificarse en defensa de la conservación de otros, ya que todos ellos gestan el equilibrio en base al cual el individuo ha de desenvolverse dentro de su ámbito vital, ya que de no salvaguardarse éste, de poco importan las esferas secundarias.

Atento a la legitimidad de los derechos fundamentales, cabe replantearnos lo que bien sostiene García-Jaramillo como la discusión que ha estado históricamente signada a éstos, principalmente por tres perspectivas en las que (i) se niega el carácter exigible de los derechos sociales fundamentales, negando incluso su ostentación del título ‘fundamentales’, (ii) se considera que los derechos civiles y políticos no son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, pues los derechos sociales fundamentales son exigibles judicialmente de manera directa, y una posición intermedia (iii) que defiende una justiciabilidad indirecta de los derechos sociales fundamentales.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> García-Jaramillo, L., *op. cit.*

<sup>102</sup> *Idem.*

## II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

Los derechos fundamentales sociales, en su calidad de derecho subjetivo (definido por Doménech como el poder jurídico atribuido a un sujeto de exigir de otro u otros una conducta que posibilite la satisfacción de un determinado interés), son el medio a través del cual el individuo logra la concreción de diversos intereses, bienes o valores —v. gr., la libertad, la vida, la intimidad, etcétera—. Como sostienen Doménech y diversos autores:

“puede afirmarse que los derechos fundamentales constituyen principios, mandatos de optimización, normas jurídicas caracterizadas por un alto grado de abstracción que ordena que un valor sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Valor que se satisface no sólo con la abstención de los poderes públicos, sino también, y a veces incluso en mayor medida, con su actuación protectora, la existencia de las mencionadas obligaciones positivas y de los correlativos derechos subjetivos a protección refuerza la garantía de realización de los intereses protegidos por los derechos fundamentales. De ahí que se deba entender que el Estado no es un fin en sí mismo, sino que se legitima y justifica únicamente en la medida en que sirve a la persona. El carácter ‘constitutivo’ y ‘legitimador’, y no únicamente ‘limitativo’, de los derechos fundamentales refuerzan la idea de que el Estado está obligado no sólo a abstenerse de dañarlos, sino también a garantizar su disfrute efectivo”.<sup>103</sup>

La tarea del Estado traspasa la normatividad interna y llega a plasmarse en declaraciones internacionales, tal como la Declaración del Derecho al Desarrollo (DDD), adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, la cual, en el apartado de su justificación, señala:

---

<sup>103</sup> Doménech Pascual, Gabriel, “Los derechos fundamentales a la protección penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre de 2006, pp. 358 y 359.

“Preocupada por la existencia de graves obstáculos, constituidos, entre otras cosas, por la denegación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, obstáculos que se oponen al desarrollo y a la completa realización del ser humano y de los pueblos, y considerando que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales”.

La Declaración, si bien proclama que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable, lamentablemente carece de fuerza jurídica obligatoria, pese a fundamentar el derecho al desarrollo, como derecho de tercera generación, en el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con base en el cual “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos”. Esta pauta es tomada en el preámbulo de la Declaración del Derecho al Desarrollo para considerar a la persona humana el sujeto central del *desarrollo*, y define a éste como “un proceso global económico, social, cultural, político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa, en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan”, proceso dentro del cual es el propio individuo quien detendrá los beneficios de dichos derechos, siendo el Estado el principal garante de éstos, claro en conjunción con el propio individuo dentro de una corresponsabilidad social.

El derecho al desarrollo se conforma, al igual que el derecho al medio ambiente (como derecho de tercera generación), como un derecho y un deber de todas las personas y de todos los Estados. De modo que, de acuerdo con la DDD, todos los seres humanos, individual o colectivamente, tienen la responsabilidad de promover por medio de su participación un orden político, social y económico favorable para

el desarrollo (artículo 2.2). Por su parte, los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas (artículo 2.3), debiendo adoptar todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo, así como fomentar la participación popular (artículo 8o.). La implantación del derecho al desarrollo requiere, asimismo, una fuerte cooperación internacional. Ésta se concibe como un deber y una responsabilidad de los Estados a fin de:

- Crear las condiciones nacionales e internacionales favorables a la realización del derecho al desarrollo (artículo 3.1).
- Lograr el desarrollo, eliminar los obstáculos que se opongan al mismo y promover un nuevo orden económico internacional (artículo 3.3).
- Formular políticas adecuadas de desarrollo internacional (artículo 4.1).
- Llevar a cabo una cooperación internacional eficaz con los países en vías de desarrollo (artículo 4.2).
- Los Estados adoptarán enérgicas medidas para eliminar las violaciones masivas y patentes de los derechos humanos de los pueblos y los seres humanos afectados (artículo 5o.).
- Los Estados deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos al desarrollo resultantes de la inobservancia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 6.3).
- Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos (artículo 8.1).

Es el Estado, con toda la potestad otorgada de parte de quienes lo conforman, quien, más allá de su actuar pasivo de salvaguarda, tiene la imperiosa obligación de emerger con medidas activas, es decir, como proveedor o facilitador de los derechos fundamentales de todos sus individuos, generando canales eficientes para su exigibilidad, pues no basta remediar los errores; estamos hablando de derechos fundamentales que no tienen tiempo de enmiendas y que demandan la

materialización de los mismos, pese a que para ello se requiera hacer uso de instancias del derecho a las que, de funcionar efectivamente los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, no tendríamos que acudir a la activación del derecho penal, el cual se enfrenta a la innegable realidad de un derecho administrativo y civil insuficientes para prevenir conductas que están generando daños y peligros irreversibles sobre los derechos que hacen posible que el individuo se desarrolle como tal en sociedad, o por qué no decirlo, que se desarrolle de la manera más viable posible dentro del mundo en que vivimos, y el cual poco a poco vamos destruyendo.

Se concluyen las presentes reflexiones citando las palabras de Ferrajoli quien sostiene:

“el constitucionalismo democrático, en efecto, no es sólo una conquista y una herencia del pasado, tal vez la herencia más importante de nuestro siglo. Es también, y sobre todo, un programa para el futuro. En un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales sancionados en las cartas constitucionales, tanto estatales como internacionales, deben ser garantizados y específicamente satisfechos. El garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, y consiste en el conjunto de técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y en el sentido, en segundo lugar, de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: 1) ante todo, en garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; 2) en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo los poderes públicos sino también los privados, tanto nacionales como transnacionales; 3) en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal, sino también del internacional”.<sup>104</sup>

Esta complejidad, sin duda, no sólo circunda a los derechos fundamentales sociales, sino a todos y cada uno de los derechos que, como bienes y garantías

---

<sup>104</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 374.

relevantes para los individuos, requieren de la respuesta del Estado no sólo en torno a su estipulación dentro de la norma, sino frente a la exigibilidad de los mismos.

### III. RESPONSABILIDAD HORIZONTAL ANTE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

#### 1. Aceptación normativa de la responsabilidad

Actualmente, el problema de la *responsabilidad* más allá de los tintes filosóficos y penales que se puedan abordar en este pequeño apartado, presupone la diferencia entre el “vivir” y el “sobrevivir”, pues cada vez más conductas (tanto conscientes como negligentes e indiferentes) repercuten en el diario vivir de terceros, quienes tienen derecho a fincar responsabilidades en aquellos que han generado resultados lesivos o de riesgo para los derechos que sostiene la vida en sociedad.

A palabras de Michelini, en el marco de la teoría de la corresponsabilidad solidaria de la ética del discurso, la “responsabilidad” es entendida como “capacidad de” y “disposición para” aportar razones con el fin de fundamentar mis acciones y decisiones frente a todos los demás, y también como “derecho a cuestionar las razones de otros”. En definitiva, se trata de una comprensión radical de la responsabilidad: “todo ser humano posee no sólo responsabilidad para con los miembros de su propia comunidad sino también para con todos los seres humanos”, y agrega que “frente a la *visión realista*, el principio ético-discursivo de corresponsabilidad solidaria sostiene que no sólo la solución de los problemas y conflictos sino ya también la determinación adecuada de los intereses y de las aspiraciones individuales y colectivas que estén en juego tienen que ser intersubjetivamente exploradas, examinadas y validadas en un procedimiento discursivo-argumentativo orientado al consenso”.<sup>105</sup>

Por su lado, la ética de Hans Jonas del principio de responsabilidad se centra

---

<sup>105</sup> Michelini, Dorando J., “La ética del discurso como ética de la responsabilidad”, *Literatura y Lingüística*, Agencia Córdoba, CONICET, ciencia SECyT-UNRC, ICALA, núm. 14, 2003, [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-58112003001400015&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-58112003001400015&script=sci_arttext).

aún más en la concepción que en el presente trabajo se atribuirá a dicho término, pues sostiene que "sólo los seres humanos pueden escoger consciente y deliberadamente entre alternativas de acción y esa elección tiene consecuencias...la responsabilidad es la carga de la libertad... la responsabilidad es un deber, una exigencia moral que recorre todo el pensamiento occidental, pero hoy se ha vuelto más acuciante todavía porque en las condiciones de la sociedad tecnológica ha de estar a la altura del poder que tiene el hombre".<sup>106</sup>

Así, la responsabilidad presupone libertad de actuar, generando la posibilidad de poder atribuir el resultado de lesión o peligro que, a través de un hacer o un no hacer consciente o con capacidad de conocer, se ha generado en contra de la norma, reaccionando el derecho penal para el restablecimiento de la norma quebrantada.

Por su lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversas jurisprudencias en las que deja clara la postura de "libertad de decisión" vinculada a la responsabilidad penal, considerando la falta de responsabilidad penal en casos de inconsciencia, obediencia al superior legítimo (siempre que refiera a una obediencia de carácter oficial y no implique una ejecución de actos que notoriamente constituyan un delito), atraso cultural o aislamiento social; señalando, por el contrario que sí existirá responsabilidad penal cuando se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido.<sup>107</sup>

## *2. La responsabilidad moral*

---

<sup>106</sup> Godina, Célida, "Reflexiones sobre el principio de responsabilidad de Hans Jonas", *Revista Observaciones Filosóficas*, Madrid, núm. 6, p. 2, <http://www.observacionesfilosoficas.net/reflexionessobreelprincipio.html>.

<sup>107</sup> Tesis 169, *Apéndice 2000*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, p. 121. Tesis 218, *Apéndice 2000*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, p. 161. Tesis 448, *Apéndice 2000*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, t. II, p. 334. Tesis 308, *Apéndice 2000*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, p. 227.



Retomando los centrales análisis aristotélicos, actuales ayer y hoy, en su gran obra *Ética a Nicómaco*, desarrollada en el siglo IV a. C., Aristóteles parte de la experiencia individual para exponer conceptos como el de la “responsabilidad moral”, estableciendo que los seres humanos desplegamos, en el día a día, conductas de dos tipos:

— Actuar de manera involuntaria. Refiriéndose a actos que se realizan por fuerza o ignorancia, en los que la voluntad no está comprometida.

— Actuar de manera voluntaria. Según Aristóteles dentro de los actos o razones voluntarias no hay excusas, pues se actúa con conciencia y razón.

De ahí las afirmaciones universales como "solo es virtuoso aquel que mediante el hábito y el uso de la razón obra prudentemente pensando en el famoso nosotros". Una conciencia que si bien parte del “yo”, impacta en el “nosotros”, precisamente como esa pertenencia y reciprocidad del actuar dentro de un entorno social, el cual no puede dar cabida a la ignorancia ni a la indiferencia, pues la conciencia humana es suficiente para permitir al individuo decantarse por las acciones que internamente considera correctas y que sabe que socialmente son aceptables.

Así, la responsabilidad moral implica el actuar intencional de un sujeto a sabiendas que su acción es moralmente censurable, lo que presupone libertad en su actuar. En donde la “intencionalidad” marca la diferencia entre “actuar mal sin saberlo” y “actuar mal sabiendo que la acción es mala”. Esto es, para la moral no basta con “actuar mal”, sino que la responsabilidad moral se activa en relación con el nivel de conciencia e intención, mientras que para la responsabilidad legal, en un primer nivel, bastará con la responsabilidad de haber desplegado el hecho de actuar mal, de actuar contrario a la norma (sea de manera dolosa o culposa), en donde la obligación jurídica se establece de manera objetiva, con total independencia a lo que íntimamente piense el sujeto.

Para la responsabilidad moral, entonces, el nivel epistemológico del individuo es relevante; la valoración de su conducta se da en atención a lo que sabe, las intenciones y los propósitos que tenía. Así, surge el análisis de la diferencia entre “interés compartido” e “interés colectivo”; el primero refiere a la suma de intereses

individuales que resultan compatibles, ejemplo de ello es el de los náufragos de una balsa, que comparten su interés individual por salvar su propia vida, mientras que el interés colectivo se refiere a “aquel que varios individuos tienen y que no se refiere a cada uno individualmente, sino a todos ellos en tanto que conformen un grupo”.

En este contexto, Patarroyo señala el ejemplo de los integrantes de un equipo de fútbol que desea subir a la primera división, en donde no se trata de una acción que pueda lograrse individualmente, sino del interés de todo el colectivo, ya que el logro es del equipo, y no de un solo individuo. Sostiene este autor que:

“Estos dos tipos de intereses conducen a maneras distintas de ver la responsabilidad moral. Cuando se trata de los intereses compartidos se ve a cada miembro como un agente individual que actúa según su propio interés. Un grupo de adolescentes ebrios que destrozan una cabina telefónica en horas de la noche seguramente no tiene un interés colectivo, y la responsabilidad de cada uno de los miembros del grupo puede reducirse a su nivel de participación en el acto vandálico. En cambio, el caso de un jurado que condena a un acusado —siguiendo otro ejemplo de Graham (véase 2006:257)— es el tipo de acción en la que el colectivo hace algo que ninguno de sus integrantes puede hacer solo y que todos han de proponerse contando con los demás”.<sup>108</sup>

Lo anterior deja ver que aun cuando haya acciones que se despliegan dentro de un grupo o colectivo, mientras sus intereses sean individuales, se estará frente a una *responsabilidad moral individual*. En cambio, cuando existen intereses colectivos en los que el logro del objetivo depende de la conducta que desplieguen cada uno de sus miembros, se estará ante una *responsabilidad moral colectiva*, pues sólo con el aporte de todos los miembros del colectivo se alcanzará el fin.

Esto sin adentrarse, por ahora, a la responsabilidad penal, en donde se estará valorando la licitud o ilicitud del hecho alcanzado por el colectivo, esto es, el *injusto colectivo*, que cobra especial relevancia en el presente estudio, ya que se habla

---

<sup>108</sup> Patarroyo G., Carlos G., *Responsabilidad moral individual y responsabilidad colectiva*, Bogotá, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 233.

precisamente de la suma de aportes con conocimiento o capacidad de conocer el resultado de lesión o de riesgo.

Frente a estos análisis cabe destacar el presupuesto que lleva a Jonas a sostener su máxima, que dice: “Actúa de tal manera que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana en la Tierra”.<sup>109</sup>

Sin duda, los presupuestos de responsabilidad antes concebidos ya no responden a los niveles de deterioro generados en el planeta; ante la vulnerabilidad con que se plantean los derechos vitales de los individuos, no queda más que ampliar los márgenes de responsabilidad y convertir el deber del *saber y conocer* en un presupuesto urgente y de mayor alcance al que se había exigido anteriormente. Se deberá responder por el actuar propio, ya no sólo de manera directa hacia el individuo al que se pudo hacer daño, sino ante todo un colectivo y ante la tierra misma, quien también está reclamando mayores márgenes de responsabilidad.

#### *A. La responsabilidad moral colectiva*

La complejidad que circunda el actuar de las personas morales se ha vuelto cada vez más compleja y de manera paralela la normatividad que regula su desempeño ha robustecido los niveles de contención del riesgo, generando incluso normatividad penal para sancionar a las personas morales. En este contexto la responsabilidad moral de las empresas se centra en la implementación del objeto de su razón social libre de afectaciones y de riesgos hacia el exterior de sus fábricas o empresas, salvaguardando en todo momento los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras.

En el presente trabajo consideraremos como superada la divergencia entre si la persona moral tiene o no vida propia, resaltando la postura de Peter French,

---

<sup>109</sup> Godina, Célida, *op. cit.*, p. 4.

citado por Miguel Azola, en relación a su artículo de 1979 “The corporation as a moral person”, al citar:

French argumenta en favor de una teoría que acepte a las organizaciones en nuestra comunidad moral, con el mismo estatus que los residentes humanos y que trate las adscripciones de responsabilidad colectiva en las mismas condiciones que las individuales: “las organizaciones deberían ser tratadas como personas morales de pleno derecho y por consiguiente pueden tener todos los privilegios, derechos y deberes, como en el curso normal de los acontecimientos, son acordados a las personas morales.”

French distingue dos tipos diferentes de adscripción de responsabilidad. El primero asigna la responsabilidad a alguien, o algo, mientras que el segundo involucra la obligación de dar cuenta. “Tener una responsabilidad” esta entrelazado con la noción “tener una obligación de responder” y tener tal obligación parece implicar la existencia de una relación de autoridad. Las relaciones de responsabilidad moral se mantienen recíprocamente y sin acuerdo previo entre las personas morales. Para French la responsabilidad moral, a pesar de no ser contractual u opcional, no es una clase aparte sino una extensión de la responsabilidad ordinaria.<sup>110</sup>

Agregando Azola que “French sostiene que las organizaciones poseen una Estructura de Decisiones Internas de la empresa (EDI), que es un dispositivo de redescipción que permite la predicación de la intencionalidad organizacional”, y que, “Cuando los directores votan, en el marco de la EDI, también la corporación está decidiendo hacer algo: sin consideración de las razones personales que los ejecutivos tengan para votar como lo hacen, y aún si esas razones personales fueran inconsistentes con la política organizacional, la corporación obra por sus propias razones y los actos deberían ser atribuidos a ella.”<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Azola, Miguel, “Responsabilidad moral colectiva. El estatus ontológico de las organizaciones y los límites de la comunidad moral”, Argentina, Revista de Economía y Estadística, Vol. XLIII (1), Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Córdoba-Argentina, 2005, p. 18 [http://ief.eco.unc.edu.ar/files/publicaciones/economiayestadistica/2005\\_43\\_n1/2\\_7-azola-impr.pdf](http://ief.eco.unc.edu.ar/files/publicaciones/economiayestadistica/2005_43_n1/2_7-azola-impr.pdf)

<sup>111</sup> *Ibidem*, pp.20 y 21.

Por su parte, Richard de George citado por Azola, afirma que:

“la característica principal de la empresa como sujeto o agente moral, es que es un sujeto colectivo que es actor moral pero no persona moral, pues el proceso de toma de decisiones y de mantenimiento de las reglas morales en determinados sentidos es distinto al de las personas. No tienen conciencia ni son fines en sí mismos, por eso no tienen los mismos derechos morales que tienen los humanos y las obligaciones morales que tienen son también diferentes de las de los humanos. El hecho de que una corporación exista y haya sido establecida para ciertos propósitos no es garantía de que debería existir o de que sus propósitos sean moralmente justificables.

Pero en la medida en que los fines corporativos no son inmorales y que los medios empleados para alcanzar esos fines no son inmorales, las organizaciones están alcanzadas por un amplio rango de reglas morales que afectan a las personas biológicas (De George, 1999, 196).”<sup>112</sup>

En este contexto reconocemos a las personas jurídicas como actores morales, y motivo del gran impacto que genera el actuar de éstos (como entes con vida propia) hacia terceros (esto es, la sociedad misma), en la actualidad surgen nuevas exigencias para las empresas, corporaciones, colectivos o personas jurídicas, en base a las cuales deberán tener claros los riesgos de su desempeño, y corresponsabilizarse por los riesgos que asumen sus trabajadores, surgiendo exigencias como el *compliance* o normas cumplimiento que se dirigen hacia dentro de la empresa para el debido desempeño del objeto de la persona moral, debiendo identificar los riesgos y las medidas y responsabilidades para contener los mismos. Normatividad que debe tener una justificación, una razón de ser que sea del conocimiento de todos los integrantes de la empresa, trazando objetivos generales y específicos del mismo, esto es, lo que con él y su cumplimiento se debe lograr, sin dañar a los demás.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 44.

Tomando en cuenta que, el fin de contar con una responsabilidad moral de las empresas es precisamente erradicar la *criminalidad* de las empresas, delincuencia que repercute en temas centrales y de gran relevancia social como la economía, el medio ambiente, la responsabilidad por el producto, el transporte, entre otros, todos ellos directamente vinculados con derechos fundamentales del ser humano.

### *3. La responsabilidad civil*

Por su lado, la responsabilidad civil se relaciona directamente con aquello que se encuentra protegido por la ley, y que ha sido vulnerado principalmente por una conducta de engaño, hacer caer en el error, simulación, etcétera, por lo que para que exista responsabilidad civil se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) una disposición contractual o extracontractual, b) la existencia de un daño generado ante la vulneración de la disposición, y c) un nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Así, la responsabilidad civil se centra en indemnizar por los daños y perjuicios causados a terceros.

Además, la responsabilidad civil objetiva no requiere que haya culpa o dolo del responsable, porque el daño se causa por el sólo hecho de que el autor cree un riesgo, por ejemplo a través del empleo de aparatos o sustancias que son peligrosas, sin importar que hayan sido utilizadas con las precauciones necesarias. Se sustenta en el hecho de que todo aquel que cause daño, por ser responsable de sus propios actos, debe indemnizar al perjudicado, haya culpa o no, en virtud de que el uso de cosas peligrosas presupone un aumento de su patrimonio y esto no puede hacerse en perjuicio de terceros.<sup>113</sup>

El sistema jurídico mexicano, a través de la jurisprudencia, diferencia el dolo civil del dolo penal, sosteniendo que “la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social. Su objeto es que se imponga una

---

<sup>113</sup> López Bárcenas, Francisco, “Análisis de la iniciativa de Ley Federal de Acceso y Aprovechamiento de los Recursos Genéticos”, <http://www.greenpeace.org/mexico/recomendamos/analisis-de-la-iniciativa-de-ley-federal-y-aprovechamiento-de-los-recursos-geneticos-lopez-barcanas>.

pena”, en tanto que la responsabilidad civil “se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal”. Por ello, un dolo no excluye al otro, ya que el dolo civil genera responsabilidad civil tendiendo sólo a la reparación del daño, mientras que la responsabilidad penal se centra en la valoración de la conducta que desencadenó el hecho punible. Así lo establece la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL. DISTINCIÓN ENTRE. Hay que distinguir el fraude o el dolo civiles, que otorgan simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio del fraude penal o dolo penal, que hace incurrir, además, al que lo emplea, en una pena pública. Aun cuando se ha sostenido que la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, engaño o deslealtad, y abandona al derecho civil la materia de las convenciones cabe observar que el legislador también ha considerado el interés de proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas, aprovechando la buena fe de éstas, su ignorancia o el error en que se encuentran, y otorga la tutela penal estableciendo tipos de delito que protejan a la sociedad y repriman esas agresiones, aunque se utilicen sistemas contractuales como medios para enriquecerse ilegítimamente u obtener un lucro indebido. Por ello se ha expresado que si bien es verdad que la voluntad de las partes es soberana para regir las situaciones que han creado por virtud del contrato, la responsabilidad que de él deriva está limitada con relación a las exigencias del orden público, tal como la tutela penal a cargo del Estado. Así, cabe distinguir: la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social. Su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 295/94. Raymundo Varela Porquillo. 7 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo directo 570/93. José Juan García de Gaona. 29 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo en revisión 446/96. Rogelia Sanluis Carcaño. 19 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo en revisión 13/97. Ricardo Serrano Lizaola. 6 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Amparo directo 339/98. Ricardo Sergio de la Llave del Ángel. 20 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, septiembre de 1998, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1075.

#### 4. La responsabilidad horizontal

El sistema social paternalista más que historia debe ser una concepción que lleve a la reflexión y al aprendizaje, pues los tiempos de esperar que el Estado y los representantes políticos proporcionen la protección a los derechos de todos ya no aplica en la sociedad actual, frente a la cual todo sujeto es corresponsable, es decir, dentro de ésta ya no basta una estructura *vertical* para entender la salvaguarda de los derechos fundamentales; es preciso asumir la responsabilidad de cada quien e ir más allá, es preciso responsabilizarse de manera *horizontal* por lo que corresponde a cada actuar. Ello implica, incluso, que cada individuo responda por los daños generados a los derechos fundamentales del colectivo. Carbonell sostiene que:

“frente a la visión tradicional de los poderes públicos como únicos sujetos pasivos posibles dentro de la relación jurídica derivada de los derechos fundamentales, hoy surge un punto de vista alternativo que nos llama la atención sobre los ‘pobres salvajes’ que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en las esfera del mercado como en los ámbitos sociales no regulados. A partir de esta nueva realidad (que quizá no sea nueva, pero de la que la teoría constitucional se ha dado cuenta recientemente) se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos fundamentales, desde la que se puede hablar de los *efectos horizontales* de los derechos fundamentales o de la *eficacia entre particulares* de estos mismos derechos”.<sup>114</sup>

Más allá de la mera responsabilidad entre quienes actualmente conforman el conglomerado social, como quedó apuntado con antelación, existe una responsabilidad *horizontal* también para con las generaciones futuras. De ahí que resulta necesario resaltar y considerar en el presente estudio la *Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones*

---

<sup>114</sup> Carbonell, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 138.



*Futuras*, adoptada en 1997 dentro de la 29a. reunión de la Conferencia General de la UNESCO, cuyo contenido ya no se refiere a *derechos* de las generaciones futuras, dada la gran controversia que genera en la ciencia del derecho la protección del “no nacido” hasta los derechos de las generaciones que vendrán. Es por ello que esta Declaración habla de *responsabilidades*, sí, de responsabilidades de las generaciones actuales, ya no solamente frente a sí misma, sino para con las generaciones futuras; una responsabilidad *horizontal* para con el género humano mismo y el planeta en su conjunto. La Declaración se funda en una exposición de motivos que vale la pena transcribir para apreciarla en su literalidad:

“La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 29a. reunión celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997,

Teniendo presente que en la Carta de las Naciones Unidas los pueblos han expresado solemnemente su voluntad de ‘preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra’ así como los valores y principios que consagran la Declaración Universal de Derechos Humanos y todos los demás instrumentos pertinentes del derecho internacional,

Tomando en consideración las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos, aprobados el 16 de diciembre de 1966, y las de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada el 20 de noviembre de 1989,

Preocupada por la suerte de las generaciones futuras ante los desafíos vitales que plantea el próximo milenio,

Consciente de que en esta etapa de la historia corren peligro la existencia misma de la humanidad y su medio ambiente,

Poniendo de relieve que el pleno respeto de los derechos humanos y los ideales de la democracia constituyen una base esencial para proteger las necesidades y los intereses de las generaciones futuras.

Afirmando la necesidad de establecer nuevos vínculos equitativos y globales de colaboración y solidaridad entre las generaciones y de promover la solidaridad intrageneracional con miras a la perpetuación de la humanidad,

Recordando que las responsabilidades de las actuales generaciones para con

las futuras ya se han mencionado en distintos instrumentos, como la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica aprobados en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo el 14 de junio de 1992, la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, y las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras aprobadas desde 1990,

Decidida a contribuir a la solución de los problemas mundiales actuales mediante una cooperación internacional reforzada, a crear las condiciones para que la carga del pasado no comprometa las necesidades ni los intereses de las generaciones futuras y a legar a éstas un mundo mejor,

Resuelta a actuar para que las generaciones actuales tomen plena conciencia de sus responsabilidades para con las generaciones futuras.

Reconociendo que la tarea de protección de las necesidades y los intereses de las generaciones futuras, en especial mediante la educación, es fundamental para el cumplimiento de la misión ética de la UNESCO cuya Constitución consagra los ideales ‘de la justicia, la libertad y la paz’ fundados en ‘la solidaridad intelectual y moral de la humanidad’,

Teniendo presente que el destino de las generaciones venideras depende en gran medida de las decisiones y medidas que se tomen hoy y que los problemas actuales, comprendidos la pobreza, el subdesarrollo tecnológico y material, el desempleo, la exclusión, la discriminación y las amenazas al medio ambiente, deben resolverse en beneficio de las generaciones presentes y futuras,

Convencida de que existe una obligación moral de formular, para las generaciones presentes, unas reglas de conducta que se inscriban en una perspectiva amplia y abierta al porvenir”.

De la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras cabe resaltar sus primeros cinco artículos, los

cuales señalan:

“Artículo 1o. Necesidades e intereses de las generaciones futuras.

Las generaciones actuales tienen la responsabilidad de garantizar la plena salvaguardia de las necesidades y los intereses de las generaciones presentes y futuras”.

Más allá de ser parte de una generación actual o futura, toda persona es parte de la especie humana, y es frente a ello que se enmarca la responsabilidad por cada una de las conductas desplegadas, es decir, la necesidad de desenvolverse en sociedad con la mayor conciencia que se sea capaz, para evitar que el actuar inconsciente y peligroso pueda generar daños irreparables para las generaciones venideras, quienes, dados los estragos causados de manera irreparable, ya no tendrán oportunidad de solventar las actuales irresponsabilidades. De ahí que como sociedad, el ser humano esté obligado a fortalecer los instrumentos normativos y procesales que tutelan y salvaguardan los derechos fundamentales sociales.

“Artículo 2o. Libertad de elección.

Es importante tomar todas las providencias necesarias para que, respetando los derechos humanos y las libertades fundamentales, las generaciones presentes y futuras puedan escoger libremente su sistema político, económico y social y preservar su diversidad cultural y religiosa”.

A nuestro juicio, una de las providencias necesarias es precisamente el contar con una estructura dogmática-penal que permita atribuir la *responsabilidad colectiva*, toda vez que la conducta irresponsable, desplegada por un colectivo, integrado por la generación actual, que causa daños e incluso pone en peligro dichos derechos básicos del individuo de generaciones futuras, debe ser sancionada, incluso mediante la vía penal. Lo anterior porque no hablamos de meras conductas individuales, sino de acciones de todo un colectivo, de daños y riesgos que estamos generando como sociedad, pues no es dable que la

inconsciencia en el despliegue de conductas cotidianas esté determinando la vida de los individuos del mañana y del ecosistema en su integridad, y con ello coartando el desarrollo de las futuras generaciones y reduciendo la posibilidad de vida en una sociedad y ecosistemas dignos.

“Artículo 3o. Mantenimiento y perpetuación de la humanidad.

Las generaciones actuales deben esforzarse por asegurar el mantenimiento y la perpetuación de la humanidad, respetando debidamente la dignidad de la persona humana. En consecuencia, no se ha de atentar de ninguna manera contra la naturaleza ni la forma de la vida humana.

Artículo 4o. Preservación de la vida en la Tierra.

Las generaciones actuales tienen la responsabilidad de legar a las generaciones futuras un planeta que en un futuro no esté irreversiblemente dañado por la actividad del ser humano. Al recibir la Tierra en herencia temporal, cada generación debe procurar utilizar los recursos naturales razonablemente y atender a que no se comprometa la vida con modificaciones nocivas de los ecosistemas y a que el progreso científico y técnico en todos los ámbitos no cause perjuicios a la vida en la Tierra.

Artículo 5o. Protección del medio ambiente.

- i. Para que las generaciones futuras puedan disfrutar de la riqueza de los ecosistemas de la Tierra, las generaciones actuales deben luchar en pro del desarrollo sostenible y preservar las condiciones de la vida y, especialmente, la calidad e integridad del medio ambiente.
- ii. Las generaciones actuales deben cuidar de que las generaciones futuras no se expongan a una contaminación que pueda poner en peligro su salud o su propia existencia.
- iii. Las generaciones actuales han de preservar para las generaciones futuras los recursos naturales necesarios para el sustento y el desarrollo de la vida humana.
- iv. Antes de emprender grandes proyectos, las generaciones actuales deben tener en cuenta sus posibles consecuencias para las generaciones futuras”.

Los puntos en los que se centran los tres artículos transcritos resaltan la relevancia que implica la salvaguarda de la dignidad humana. Salvaguarda que abarca incluso a generaciones futuras, y frente a éste derecho fundamental recobran importancia acciones como la protección al ambiente, a fin de estar en posibilidad de preservar la vida en la tierra.

Lo anterior precisa despojarnos del añejo paternalismo del Estado hacia los individuos, lo que “convenientemente” ha gestado una sociedad inválida, sin criterio propio, totalmente apática y por ende manipulable, así como inconsciente la responsabilidad que se tiene respecto de nuestro entorno, lo que ha generado una sociedad autodestructiva e indiferente. Solamente en la medida que aunado a la toma de consciencia se trabaje en mecanismos normativos más eficientes es que se podrá solventar medianamente todo el daño que se ha generado al planeta. No hay tiempo para puras buenas voluntades, se necesita cambiar paradigmas y mover esquemas, por incómodos que ellos puedan resultar. Ya no basta con conformarse con las responsabilidades individuales y sus propios nexos de causalidad; actualmente se deben gestar ordenamientos normativos capaces de proteger no sólo al individuo en lo particular, sino a la sociedad en el contexto del ecosistema en que habita. De ahí que sólo en la medida que se determinen todos y cada uno de los aportes que gestan los resultados que ponen en riesgo al ecosistema, es que se podrá detener la autodestrucción y perpetuar la especie humana. O acaso ¿se puede concebir la vida humana dentro de un medio ambiente altamente contaminado (más allá de los niveles tolerables por el ser humano), sin ríos, sin agua de uso ni de consumo, sin áreas verdes, con productos alimenticios altamente dañinos envenenados por pesticidas, sin un espacio en donde habitar, sin educación, sin cultura, sin otras especies del reino animal?

No exageran los defensores del medio ambiente, ni los foros que en torno al tema podamos escuchar, cuando dicen que el momento para tomar conciencia y emitir acciones concretas no debe pasar de “este momento”. Frente a esta imperiosa necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales sociales, tanto el Estado como quienes conforman éste se deben corresponsabilizar tanto por las acciones propias como por la salvaguarda de aquellos derechos que corresponden

a todos.

Del análisis de esta Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras sobresale la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, y por ende el compromiso a solidarizarnos con las generaciones futuras, pues son éstos los principios en los que se apoyan los derechos de tercera generación o derechos de la solidaridad. Estos derechos, por su propia naturaleza, intrínsecamente entrañan un deber al requerir el compromiso de todos y cada uno de los miembros de una sociedad para su realización; entre ellos cobran relevante importancia los derechos fundamentales sociales.<sup>115</sup>

Así, alrededor del año 1950, desarrollada en el ámbito laboral surge la doctrina alemana denominada “*drittwirkung der grundrechte*” (eficacia horizontal de los derechos fundamentales), la cual sostiene que los derechos fundamentales tienen aplicación y fuerza obligatoria entre particulares (en tanto sujetos de derecho privado), cuestionando la concepción clásica de los derechos fundamentales como límites al poder del Estado, para valorar sus efectos entre las relaciones privadas.

Atento a esta doctrina, un sujeto es responsable si con su actuar viola derechos humanos de otros, sosteniendo el Tribunal Constitucional alemán “que los derechos fundamentales no son ilimitados, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengán establecidos”.<sup>116</sup> Doctrina reconocida en España como el “efecto frente a terceros de los derechos fundamentales”. Dividiéndose en dos corrientes, la mediata y la

---

<sup>115</sup> Cfr. Doménech Pascual, G., *op. cit.*, quien sostiene que prácticamente todos los preceptos que consagran derechos fundamentalmente describen los sujetos obligados y las conductas debidas con un “supremo grado de abstracción” y, por consiguiente, de extensión. Se dice, por citar dos ejemplos, que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral” (artículo 15 CE) y a la “educación” (artículo 27.1 CE). La letra de estos preceptos no restringe ni el tipo de conductas —de hacer o de no hacer— a las que se tienen derecho ni los sujetos obligados a realizarlas. Con arreglo a una interpretación estrictamente literal de los artículos citados, todos tienen a un derecho fundamental a cualesquiera conductas, realizadas por cualesquiera sujetos, que interesen a su vida y educación. La redacción de las disposiciones que consagran derechos fundamentales apoya tanto a la tesis de la obligación estatal positiva de protegerlos como la de su eficacia jurídica entre particulares.

<sup>116</sup> Vivas Tesón, Inmaculada, “La horizontalidad de los derechos fundamentales”, <http://www.derechocivil.net/esp/LA%20HORIZONTALIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf>

inmediata, sosteniendo la primera que los derechos fundamentales despliegan sus efectos en las relaciones privadas mediante la intervención de un órgano del Estado, concibiendo a los derechos como valores objetivos, mientras que la segunda los considera como derechos subjetivos contenidos en la propia Constitución, por lo que no hace falta la intervención de ningún órgano del Estado,<sup>117</sup> siendo exigibles directamente por el sujeto que los ostenta frente a sus semejantes.

Doctrina que surge en el ámbito laboral, y refiere al derecho privado, esto es, a conductas amparadas por el derecho civil, y no así frente a vulneraciones amparadas por el derecho penal; no obstante, a nuestro juicio sus fundamentos son igualmente válidos para el derecho penal, toda vez que el deber del individuo a respetar los derechos de tercero abarca a todo derecho, abarca a los derechos fundamentales, lo que implica responsabilizar al sujeto, incluso por la vía penal cuando con el aporte de su conducta ha vulnerado derechos fundamentales de terceros. De ahí que esta doctrina genere serios análisis entre la delgada división entre lo público y lo privado, e incluso propuestas que permitan superar dicha división a fin de gestar la complementación entre ambas ramas del derecho.

En efecto, la protección de los derechos fundamentales sociales requiere la defensa de parte de una colectividad inespecífica de sujetos, toda vez que el actuar de un individuo con repercusiones de riesgo o lesión para dichos derechos repercute en su esfera individual y colectiva, es decir, no sólo le afecta a él, sino al ecosistema mismo. De ahí que la colectividad en su conjunto y de manera individual esté facultada para reclamar por la conducta de aquel que ha vulnerado la estabilidad de dichos derechos, reclamación que entra en la esfera de la responsabilidad del individuo, no sólo en su individualidad, sino como colectivo, a fin de que, por un lado, se reparen los costos que la sociedad está pagando por dichas conductas y que, por el otro, se prevengan más daños al espacio vital, es decir, a aquel disfrute de derechos sin los cuales resultaría inviable vivir en sociedad. Urge salvaguardar

---

<sup>117</sup> Anzures Gurría, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Revista mexicana de derecho constitucional*, No. 22, México, <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf>, 2010, p. 1

los intereses colectivos que han sido sometidos al límite de riesgos intolerables, a fin de protegerlos de agresiones que van más allá de la responsabilidad individual.

#### IV. TRASCENDENCIA Y VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES DENTRO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

En el primer capítulo se sentaron las bases que llevan a la necesidad de replantear la efectividad de los instrumentos jurídicos actuales frente a la *sociedad del riesgo*, y de ello sin duda se extrajo la complejidad que para esta sociedad revisten los *bienes jurídicos colectivos o supraindividuales*, también denominados *intereses difusos*, y frente a los cuales ya no basta el análisis jurídico-dogmático de la responsabilidad individual, por lo que, en el presente trabajo, se pretende analizar y proponer bases jurídicas que permitan determinar la *responsabilidad colectiva*.

Pues bien, en esta *sociedad del riesgo* los derechos fundamentales sociales retoman gran relevancia, ya que son derechos que pertenecen a todos, pero en tanto integrantes de la colectividad, es decir, son indivisibles, pues su pertenencia no estriba de la calidad de individuos aislados, sino en tanto partes de dicha colectividad. Estos derechos, por su trascendencia hacia la esfera vital del individuo, están igualmente dotados de una gran vulnerabilidad, máxime ante el desenfreno del abuso hacia los mismos, tanto por la falta de mayores acciones por parte del Estado como por la irresponsabilidad e indiferencia de los individuos.

A decir de Carbonell, debe generarse un trato desde los tribunales, en atención a los “derechos difusos” o “intereses colectivos”, al sostener que: “para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tendrían que ampliar los causes para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados ‘derechos difusos’ o ‘intereses colectivos’”.<sup>118</sup> Agregando el citado autor que igualmente

---

<sup>118</sup> Carbonell, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 834, además, dice que “el rasgo característico de lo que llamamos ‘globalización’ es, por consiguiente, la crisis del derecho en un doble sentido, uno objetivo e institucional, y el otro, por así decir, subjetivo y cultural: a) como creciente incapacidad reguladora del derecho, que se expresa en sus evidente e incontroladas violaciones por parte de todos los poderes, públicos y privados, y en el vacío de reglas idóneas para disciplinar sus nuevas



se deberán modelar las estrategias procesales que permitan la defensa de los derechos sociales, máxime cuando en México el juicio de amparo ha resultado insuficiente para proteger dichos derechos.

Ante esta realidad se requiere la adopción de medidas que incluyan la elaboración, adopción e implementación de medidas políticas, legislativas, procesales, ciudadanas, entre otras, que provean las condiciones necesarias a las sociedades actuales, tanto en el plano nacional como internacional. Toda vez que así como resulta insuficiente hablar de mera responsabilidad individual en la actual sociedad del riesgo, tampoco es dable hablar solamente de aquello que incide sólo al territorio nacional, pues la globalización responde precisamente a la interrelación que tanto en el ámbito económico, político, social, ambiental y otros tantos, se tiene para con el resto de los países, de tal manera que las acciones tomadas por éstos repercuten, en mayor o menor medida, en la esfera nacional y a la inversa.

Ante esta globalización en la sociedad se van rompiendo viejos paradigmas y se reconoce la necesidad de crear nuevos referentes y nuevos mecanismos jurídicos que permitan salvaguardar estos nuevos intereses, los cuales sin duda son relevantes para la sociedad; necesidad que se acrecienta en el ámbito empresarial, en el que se gestan un sinnúmero de acciones colectivas derivadas de la distribución de trabajo y la difuminación de un responsable con vínculo causal hacia el resultado, y se habla aquí de resultados tales como contaminación del aire, suelo, agua, producción de alimentos, juguetes, accesorios de belleza y otros, con alto grado de contaminación, y otros tantos productos y conductas que se gestan en el entramado empresarial, y respecto del cual simplemente no hay a quien imputarle la responsabilidad de lesión o peligro a los bienes jurídicos que pertenecen a todos, como parte de dicho colectivo social.

De ahí que se coincida con las palabras de Ferrajoli, quien sostiene:

---

dimensiones transnacionales; b) como descalificación, intolerancia y rechazo del derecho, que se expresa en la idea de que los poderes políticos supremos, por el hecho de estar legitimados democráticamente, no están sometidos a reglas, ni de derecho internacional ni de derecho constitucional, y que, de igual modo, el mercado no sólo tiene, sino que debe prescindir de reglas y límites, considerados como inútiles estorbos a su capacidad de autorregulación y promoción del desarrollo"; pp. 380 y 381.

“esta desigualdad es legitimada por la ideología liberalista, según la cual la autonomía empresarial no es, como se ha visto, un poder, sujeto en cuanto tal al derecho, sino una libertad, y el mercado necesita, para producir riqueza y ocupación, no reglas sino, al contrario, no ser sometido a ningún límite y a ninguna regla. Ideas que son contrarias al modelo normativo del estado constitucional de derecho, que no admite poderes *legibus soluti*, además de insostenibles en el plano económico, ya que ningún mercado puede sobrevivir sin reglas y sin intervenciones públicas dirigida a garantizar su respeto. Incluso hoy, por lo demás, éstas intervenciones no faltan; sólo que se dan de forma prevalente en favor de los países más ricos y de las grandes empresas”.<sup>119</sup>

Realidad que lleva a este autor a sostener que “falta todavía una jurisdicción penal internacional capaz de sancionar los crímenes contra la humanidad, comenzando por la guerra, prevista como tal por el estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma en julio de 1998, pero bastante lejano de las setenta ratificaciones requeridas para su puesta en funcionamiento.”<sup>120</sup>

Estas carencias, sin duda, las tiene México, y frente a ellas se está reaccionando, pues, como se sostuvo con antelación, más allá del derecho escrito, las vías de exigibilidad de éstos es lo que los legitima, de ahí que mientras que los individuos no puedan disponer de los derechos fundamentales sociales que le corresponden, la tarea del ámbito de la justicia mexicana será considerada para el “sueño de los justos”, un sueño en donde no caben realidades, a pesar de que se viva en una realidad en la que no bastan los sueños.

---

<sup>119</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 378.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 379. Agregando que, “falta una jurisdicción constitucional internacional capaz de censurar los actos de los Estados y de los organismos de Naciones Unidas cometidos en violación del principio de la paz y de los derechos humanos establecidos en el plano internacional. Falta algún sistema de obligaciones internacionales para tutela de los derechos sociales y de los mínimos vitales en los países más pobres, y alguna forma no digamos de gravamen fiscal internacional pero sí de tasa por el uso, el abuso, la apropiación y la distribución de recursos ambientales y bienes comunes del planeta por parte de los países más ricos”.

## *1. Protección penal hacia los derechos fundamentales sociales*

Bajo el presupuesto sentado en la relevancia que revisten los derechos fundamentales para la sociedad y para el individuo que se desarrolla en ésta, así como en la legitimidad y los canales para la exigibilidad de los mismos (en torno a su verdadero valor y no como mera norma escrita, sino como contenido social), es que se ve la necesidad de generar nuevas vías de exigibilidad de estos derechos, siendo una de ellas la vía del derecho.

Sin negar lo positivo que implica aludir a un derecho penal mínimo, así como a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho, cabe replantear la eficacia y eficiencia que para la tutela de estos derechos fundamentales sociales ha tenido el sistema jurídico actual, y particularmente el derecho civil y administrativo. Estas vías judiciales carecen de fuerza y respuesta para que estos derechos (derechos que son de todos los individuos) sean realmente exigibles. De ahí que, a pesar de las críticas que puedan darse en torno a ello, en el presente trabajo se propone como necesaria la intervención del derecho penal como una vía judicial complementaria para la tutela y salvaguarda de los derechos fundamentales sociales, la cual obtiene su legitimación material del análisis de los criterios de identidad de la sociedad, es decir, de aquello que para la sociedad es de relevancia tal que soporte los costes de la intervención penal. A juicio de Soto Navarro:

“las reacciones frente a la protección penal de los bienes plasmados en los textos constitucionales inciden tanto en el aspecto de su legitimidad como de su eficacia. Se apela, fundamentalmente, a tres principios nucleares del Derecho penal contra los que atentarían las nuevas incriminaciones: el principio de intervención mínima, el principio de seguridad jurídica y el principio de lesividad. Estos dos últimos se habrían visto especialmente afectados por la proliferación, con respecto a los bienes jurídicos colectivos, de estructuras típicas de peligro”.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, España, Comares, 2003, p. 171.

Se coincide con el planteamiento anterior, a pesar que dicha autora argumenta una debilidad de los delitos de peligro abstracto en relación con los bienes jurídico colectivos, no aceptando la estructura de los delitos de peligro como tal, ya que concibe a los mismos como un grado del delito de lesión, por lo que, más allá de apelar a su autonomía, justifica el estadio del peligro precisamente así, como un estadio previo a la lesión.

Por su lado, Mir Puig, al igual que otros tantos autores que defienden el principio de intervención mínima, sostiene que “no es correcto acudir a la intervención penal con el objeto de conseguir un efecto disuasorio más intenso respecto a infracciones de normas no suficientemente internalizadas por la conciencia social”.<sup>122</sup> Considera, además, que la intervención penal en tales casos no contribuye a la eficacia de la norma, de tal suerte que el efecto disuasorio que debiera ofrecer la prevención general positiva no se logra a través de los excesos en la intervención penal.

Refiriéndose a los derechos sociales fundamentales como bienes jurídicos colectivos, Bustos afirma que estos bienes revisten la categoría de esenciales, en cuanto que están ligados a las necesidades básicas de los individuos.<sup>123</sup> De ahí que de nada o de poco serviría proteger ciertos bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad física, la salud, etcétera, si otros tantos factores atentan contra

---

<sup>122</sup> Mir Puig, Santiago, citado por *ibidem*, p. 173.

<sup>123</sup> *Cfr. ibidem*, p. 174. Señala dicha autora que “por bienes jurídicos colectivos sin referente individual se entienden aquellos que aluden a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del estado y del sistema social (como la Administración de Justicia, la Administración pública, el orden socio-económico o el medio ambiente, si no se adopta, en este último caso, una interpretación antropocéntrica), ámbito en el que también el legislador opta preferentemente por estructuras típicas de peligro abstracto. Pero la adopción de esta técnica de tutela no se justifica, como en el caso anterior, porque se trate de prevenir, riesgos para bienes jurídicos individuales. Aquí los argumentos son o que no es imaginable la lesión del bien jurídico colectivo, porque supondría su destrucción total, o, principalmente, que ésta no puede ser producida por acciones individuales, aisladamente ‘inocuas’, de modo que sólo su reiteración generalizada entraña un riesgo para el bien jurídico. Esto último es lo que se conoce como problema de los efectos acumulados y para solventarlo se ha desarrollado la tesis de los delitos con el bien jurídico intermedio. Esta interpretación fue formulada originalmente por Schönemann. Se parte de que los citados bienes jurídicos colectivos son inmateriales, por lo que es preciso recurrir a otro bien jurídico que los represente en un plano menos abstracto. Ese bien jurídico intermedio o inmediato resultaría lesionado con la mera realización de la conducta subsumible en el tipo, lo que fundamentaría por sí solo quedarían fuera del tipo los ataques mínimos, en virtud del principio de insignificancia”, p. 181.

los bienes jurídicos colectivos, y por tanto afectan la individualidad misma, es decir, de poco sirve que el derecho penal se centre en conductas individuales cuando aquellas desplegadas por un colectivo, como son las empresas, generan daños irreversibles a todos, sin que existan instrumentos legales que permitan responsabilizar a toda la empresa en su conjunto por las acciones desplegadas de forma concatenada hacia la consecución de un resultado de lesión o de peligro; conductas que en su mayoría están dotadas del elemento cognitivo del dolo de sus integrantes, lo cual hace más riesgosa la conducta de dichos sujetos, dada la indiferencia de su actuar, indiferencia que genera daños tan graves como los que se están viviendo actualmente dentro de ciudades altamente contaminadas, con productos altamente contaminantes, en fin, sitios que se han vuelto indignos para vivir, y en los cuales la capacidad de desarrollo humano (de salud, intelecto, felicidad, paz, etcétera) se va mermando.

Pese a la postura defendida en el presente trabajo, se pone en la palestra la existencia de opiniones en contrario, como la postura de Doménech, quien sostiene:

“la tutela penal no se anuda inmediatamente a la realización de cualquier conducta vulneradora de derechos fundamentales; sino que, para que pueda desplegar sus efectos, precisa la medición de la ley, que es la que define los casos y circunstancias que dan un lugar a la estimación del delito y a la explicación de su consecuencia jurídica, la pena. La potestad punitiva, en un cuanto poder concreto de castigar hechos concretos, nace, pues, de la ley, no de la Constitución”; “no existe un ‘principio de legalidad invertido’, esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues estos son derechos de libertad, introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría, alterar radicalmente su sentido”.<sup>124</sup>

Esta postura, sin duda, tiene cierta consistencia, pero el asentir en ella de manera categórica implicaría eliminar el derecho penal en su totalidad, toda vez que

---

<sup>124</sup> Doménech Pascual, G., *op. cit.*, p. 337.

éste salvaguarda bienes jurídicos personalísimos e importantes para el individuo y por ende para la sociedad, y dada su relevancia, frente a su vulneración es aceptable que la sociedad misma responda con la imposición de una pena, lo cual de ninguna manera se entiende como un *principio de legalidad invertido*, que pretende incriminar Doménech a la reacción del derecho penal frente a los derechos fundamentales, por el contrario, la reacción del derecho penal se justifica ante las necesidades reales de la *sociedad del riesgo*, de ahí que, sin duda, la postura que en el presente trabajo se plantea precisa romper paradigmas ante acciones que ya no resuelven necesidades actuales.

Sin duda, a fin de no caer en un expansionismo del derecho penal, el primer paso fundamental será el establecer de manera precisa y clara la configuración del bien jurídico protegido en los derechos fundamentales sociales, a fin de dotar el marco dogmático-penal con un sustento tal que le permita reaccionar de una manera justa y equilibrada sólo ante aquellas conductas más lesivas para la sociedad. Incluso, como sostiene Soto, “indicándole al legislador que el tipo ha de recoger, en todo caso, el *núcleo de la prohibición* penal y que debe realizar una rigurosa selección *cualitativa* de los preceptos extrapenales necesarios para *complementar* el tipo, utilizando para ello los criterios generales de desvalor material de conducta”.<sup>125</sup>

Los límites deben ser sumamente tangibles, pero deberán incluso moverse del lugar que vienen ocupando actualmente, pues los costes que actualmente se están pagando por vivir en sociedad son cada vez más insostenibles. Frente a esta realidad, Abramovich, al referirse a los mecanismos procesales, manifiesta que:

“lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un

---

<sup>125</sup> Soto Navarro, S., *op. cit.*, p. 221.

cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos”.<sup>126</sup>

Es imperioso asumir que cada vez se vuelve más insostenible pagar los altos costes que genera la vida en esta sociedad del riesgo, y de no contar con instrumentos jurídicos más severos y eficaces se estará frente a una realidad insostenible; ello se visualiza en diversas manifestaciones tanto a nivel individual como grupal,<sup>127</sup> las cuales evidencian el hartazgo social ante la reiterada violación a los derechos humanos más elementales e indispensables para el diario vivir.

El ser humano no ha sido capaz de defender sus derechos vitales, y la Tierra está cobrando por ello; frente a esta verdad, queda tomar medidas acorde a dichas realidades o continuar con esta lamentable historia más años, de ahí el planteamiento a que sea la intervención del derecho penal un vehículo más para la salvaguarda de derechos de vital importancia para el individuo, pese a los costes que por ella tenga que pagar quien resulte responsable como consecuencia de desplegar una conducta cargada de conocimiento o grado de cognoscibilidad y frente a la cual, actualmente, se viene actuando con indiferencia y negligencia, sólo

---

<sup>126</sup> Abramovich, V., *op. cit.*, pp. 46 y 47.

<sup>127</sup> Granados Chapa, Miguel Ángel, “Afectados ambientales”, *Periódico Reforma*, México, 12 de septiembre de 2008, “Valga recordar, entre otras, la marcha contra la inseguridad ambiental que se ventiló el 1o. de septiembre de 2008. Marcha a la cual llegaron afectados de diversos estados a demandar que se satisfaga el ‘derecho de todos los mexicanos a un ambiente sano a favor del derecho a la información verídica y confiable sobre la crítica situación socio-ambiental del país’. Manifestantes que formularon el siguiente diagnóstico: ‘A 26 años de la imposición de las políticas ambientales neoliberales en nuestro país hemos sufrido el avance constante de la contaminación de aguas, aire y suelos; la exposición de la población a la operación de cientos de basureros tóxicos y descargas incontroladas a los ríos; millones de toneladas de residuos urbanos e industriales de alta peligrosidad; el envenenamiento de las acuíferos por la infiltración de lixiviados, la erosión de los suelos y la deforestación o la contaminación del aire de las ciudades con las emisiones de automóviles e industrias; el saqueo de nuestros recursos naturales y el despojo a las comunidades; el crecimiento irracional de las ciudades con el fin de incrementar las ganancias de las grandes constructoras; aparatosos proyectos carreteros, grandes presas y otros megaproyectos que buscan beneficiar a intereses privados sin importar las consecuencias, que lesionan las formas productivas y culturales de nuestros pueblos e impactan de manera irreversible el medio ambiente, desprotección de las poblaciones que se enfrentan a las devastadoras inundaciones y prolongadas sequías derivadas del calentamiento global y los cambios climáticos, propiciadas por las graves emisiones contaminantes de los países dominantes...’”.

porque las estructuras dogmáticas y procesales no están preparadas para calificar esas conductas como reprochables por la sociedad.



## CAPÍTULO TERCERO RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Como se ha venido sosteniendo, se vive en una sociedad del riesgo, respecto de la cual todo individuo es corresponsable no solamente de sus propios actos, sino incluso de los riesgos generados con dichos actos, aun cuando dichos riesgos no se concreten propiamente en un resultado o en una lesión a un bien jurídico. Esta sociedad demanda individuos autorresponsables, siendo inválido vivir al amparo de terceros o de falsas ignorancias, como el “me lo ordenó el jefe”, “ese es mi trabajo”, “no era mi intención”, “yo no pensé que...”, “se me pasó la mano”, etcétera. Se debe tener presente que el tipo de vida que queramos vivir en esta sociedad dependerá de la tranquilidad y seguridad con que se puedan desarrollar cada una de las actividades del ser humano; actividades que, como se ha analizado, no se detienen en la “individualidad”, sino que corresponden a un colectivo.

### I. ¿“OBEDIENCIA” SIN RESPONSABILIDAD? LA TOMA DE DECISIÓN DENTRO DE UN COLECTIVO

En atención a la capacidad de decisión que emana del individuo, cabe relacionarla con su propia responsabilidad; por ello, a continuación se analizará cómo la doctrina internacional ha abordado el estudio del “actuar bajo órdenes”, a fin de evitar la simplista salida de dejar nuestras responsabilidades en manos de terceros. Igualmente, se abordará la excluyente de delito que contempla el Código Penal Federal en su artículo 15, fracción VI, respecto de la controversial figura jurídica del “cumplimiento de un deber jurídico”. Finalmente, se deduce que es preciso fijar límites claros respecto a las aportaciones individuales riesgosas, que con pleno conocimiento se ejecutan por el individuo, y el cómo la organización o empresa (como ente jurídico) no puede ni debe absorber los injustos personales de sus integrantes.

## 1. El “actuar bajo órdenes”

En cuanto a la complejidad de deslindar cada una de las responsabilidades penales en los intervinientes de una responsabilidad colectiva, resulta importante tener en cuenta el tema de “actuación bajo órdenes”, que adquirió, desde el punto de vista de la defensa, durante los juicios de Nuremberg, una connotación especial, ya que Hitler, como jefe supremo del mando, tras su muerte, no podía ser enjuiciado. La libertad de los que recibieron las órdenes se hubiera logrado simplemente invocando una “orden del *Führer*” para cada crimen de los nazis, bajo el supuesto de una jerarquía extremadamente vertical.

Para el Tribunal Internacional Militar (TIM) y los tribunales posteriores, fue bastante fácil rechazar este postulado, el estatuto del TIM (artículo 8o.) y la Ley del Consejo de Control (de los Aliados) núm. 10 (KRG 10, artículo II, núm. 4) excluyen la “actuación bajo órdenes” como causal de exención de la punibilidad. El TIM argumentó que “el artículo 8o. era compatible con el derecho de todas las naciones y, por lo tanto, la ‘actuación bajo órdenes’ sólo podría considerarse una causa de atenuación de la pena. Lo que habría que determinar es si de acuerdo al derecho penal de la mayoría de las naciones ‘existió, según la ley ética, la posibilidad real de elegir (*moral choice*)’. Si esto no fuese así, existe la posibilidad de una atenuación de la pena”. Respecto de los crímenes concretos, el TIM llegó a la siguiente conclusión:

“Órdenes superiores, aunque hayan sido dadas por un militar, no podrían ser consideradas como atenuantes, si es que dichos crímenes indignantes y frecuentes fueron realizados en forma consciente, sin consideración y sin necesidad militar o justificación”.<sup>128</sup>

Una orden es, en todo caso, reconocida como antijurídica (según el baremo

---

<sup>128</sup> Ambos, Kai, “Sobre el efecto eximiendo del actuar bajo órdenes desde el punto de vista del derecho alemán e internacional penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Colombia, vol. XXI, núm. 67, Externado de Colombia, septiembre-diciembre de 1999, p. 18.

del observador razonable promedio) cuando es “manifiestamente ilegal” (antijurídica); en este caso existe una “presunción a favor de la posibilidad de evitar el error de prohibición”.<sup>129</sup> Sin embargo, habrá que analizar el *conocimiento* que se tenga sobre la antijuridicidad de la conducta bajo baremos objetivos, ya que el análisis del hombre medio siempre es un análisis *ex post*, y respecto del cual caben ciertas subjetividades, situación en la cual cobrarán vital importancia las particularidades del individuo, así como las de su propio entorno, en base a las cuales se estimará la capacidad de apreciación del hecho antijurídico, de tal forma que la posibilidad de argüir un error de prohibición no sea una mera estrategia procesal, sino que sea un medio de defensa real para quien en efecto ha sido incapaz de apreciar la antijuridicidad de la orden que ha “obedecido”.

Al respecto, Quintino llega a sostener:

“cuando una persona está jurídicamente vinculada a la obediencia de ciertos mandatos, y [...] dichos mandatos implican un comportamiento *notoriamente antijurídico*, entonces, quien obedece dichos mandatos obra también de modo contrario a Derecho. Desde luego, lo anterior no obsta para que la persona que obedece los mandatos antijurídicos pueda estar amparada por un estado de necesidad e inclusive por un error de prohibición”.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Sancinetti, Marcelo A., “¿Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional?”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, Colombia, núm. 6, enero-marzo de 2004, p. 25.

<sup>130</sup> Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario de derecho penal*, México, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004, p. 117. Sobre los riesgos “socialmente adecuados”, *cfr.* Frisch, W. en su artículo “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 de la división del trabajo”, publicado en Mir Piug, Santiago y Luzón Peña, Diego-Manuel, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, España, Bosch, 1996, pp. 100-102, comenta: “La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa tiene una estrecha conexión con problemas fundamentales del Derecho Penal:... así, problemas como el de cuándo un determinado riesgo resulta desaprobado y cuándo es ‘socialmente adecuado’, en qué medida existe responsabilidad por la conducta de terceros o por las decisiones de órganos colegiados, o hasta qué punto alcanzan los deberes de control y supervisión en los casos de delegación de las propias funciones... El autor debe en cualquier caso saber que con su acción voluntaria está creando un riesgo que el Ordenamiento jurídico —conforme a sus criterios de juicio— desapruueba. En este contexto, resulta indiferente la cuestión de si el riesgo desaprobado es tan sólo

Mientras que Kai Ambos afirma:

“en todos los casos posibles se trata de la cuestión del *reproche personal* por la ejecución de la orden, de conformidad con la terminología alemana y española, ello nos ubica en el terreno de la culpabilidad y no de la justificación. Eso es igualmente correcto en tanto que, la accesoriad limitada, permite la posibilidad de una participación punible —por ejemplo de un instigador o cómplice militar de mala fe— en el hecho ejecutado, así como la justificación de un ataque realizado en legítima defensa”.<sup>131</sup>

Si bien se comparten las anteriores posturas, se destaca la trascendencia de la teoría de la accesoriad limitada, ya que independientemente que se acepte o no como cierta la falta de reconocimiento de una orden antijurídica, toda vez que esta situación se circunscribe como excluyente de la antijuridicidad (o más bien, evita la integración de la antijuridicidad), lo cual termina por *justificar* la conducta, dejando fuera todas las posibilidades de imputar a título de partícipe a quienes hayan actuado con un injusto penal propio alrededor de la conducta del *autor que obra en forma típica y antijurídica, pero justificada*, y en este caso, atento a la teoría de accesoriad limitada, el *partícipe* quedaría impune por no contar con la conducta antijurídica del autor.

Situación contraria se presentaría si dicha “dispensa” (por llamarle de alguna manera), se analizara a nivel de culpabilidad, en donde atento al *reproche personal*, el sujeto que actuó sin conciencia de que la orden que ejecutaba era antijurídica (tal como ocurre con el error de prohibición), y pueda ser excluido de pena o medida de seguridad; sin embargo, se conservaría la posibilidad de imputar a título de partícipe a aquellos sujetos que se aprovechan de la conducta del ejecutor, o bien, hayan participado con dicha figura de autor, con plena conciencia de la antijuridicidad de la orden llevada a cabo, pues ahí estaríamos ante la participación accesoria a la

---

un aspecto de la imputación del resultado, o si más bien constituye el auténtico núcleo del injusto de la acción”.

<sup>131</sup> Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, *cit.*, p. 26.

conducta de un autor que desplegó una conducta típica y antijurídica.

El *derecho internacional penal* establece, en el caso de los denominados crímenes internacionales, especialmente la tortura y las “desapariciones forzadas”, que no es admisible una exclusión de la punibilidad. En estos casos, para Kai Ambos cobra especial relevancia la “presunción”, al establecer:

“se parte, en el sentido de la citada presunción, de la antijuridicidad *manifiesta* de la orden, de modo tal que se desvirtúa la posibilidad de un error de prohibición *inevitable* y permite atribuirle al subordinado el hecho. Tampoco una difícil situación de conflicto del subordinado conlleva, *en principio*, en vista del bien jurídico violado, a la exclusión de la punibilidad; sin embargo puede considerarse como una circunstancia de atenuación punitiva. En el caso de hechos menos graves, puede plantearse una exclusión de la punibilidad si la orden no es abiertamente antijurídica y fue imposible para el subordinado oponerse a ella. Por el contrario, se plantea, en principio, también la posibilidad de una *atenuación punitiva* para los casos de crímenes internacionales. Aquí depende —de modo similar al supuesto de exclusión de la punibilidad— del caso individual y especialmente de si al subordinado le era posible negarse a cumplir la orden”.<sup>132</sup>

Dentro del ámbito de tutela del *derecho penal*, se contemplan las causales excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva a favor del subordinado, mismas que, a nivel de culpabilidad, repercuten directamente en el *reproche individual* por el hecho. Así, para Kai Ambos, ante un error de prohibición de parte del subordinado se tiene que valorar, en primer lugar, si dicho error era evitable o no, esto es, si las órdenes eran identificables como ilegales. Para en un segundo momento preguntarse “si, en la situación concreta, se hubiera podido comportar conforme a las normas o no (problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 28. Cfr. Jescheck, citado por Quintino Zepeda, R., *Diccionario...*, cit., p. 117, quien señala que “Todas las órdenes que implican una lesión a la dignidad humana, o que son contrarias a las reglas de Derecho internacional, se tienen como órdenes que no pueden vincular a ningún subordinado, y si el mismo ejecuta dichas órdenes, actúa entonces en forma antijurídica”.

norma)<sup>133</sup>.

Volviendo de nueva cuenta a la ponderación del nivel de *conocimiento* que tiene el individuo *ex ante* respecto de la legalidad de la orden que va a ejecutar, resulta curioso que si ya se está en terrenos de la antijuridicidad, en el caso de una conducta dolosa, es porque ya se ha integrado la misma como típicamente dolosa, es decir, el dolo lleva consigo el elemento *cognitivo* suficiente para su integración; sin embargo, aún hay que ponderar el grado de *conocimiento* sobre la antijuridicidad misma para poder argumentar un error de prohibición, que finalmente nos lleve a la imposición de la pena correspondiente hasta una tercera parte, siempre y cuando el error sea vencible, ello conforme a lo dispuesto por el numeral 66 del Código Penal Federal, en relación con lo dispuesto en el artículo 15, fracción VIII, inciso b) del Código Penal Federal, en donde se establece que el error sea “Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta”; o bien con la imposición de la pena que correspondería al delito culposo cuando el error vencible refiera al inciso a) de la citada fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal, fracción que establece que dicho error sea *sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal*. Pero lo que interesa resaltar, aunado al análisis dogmático, es la importancia que reviste el elemento *cognitivo* dentro de la propia teoría del delito, más allá de las meras apreciaciones subjetivas del elemento *volitivo*. Lo anterior confirma que el conocimiento es un arma muy poderosa, que utilizada con desdén o indiferencia, se torna en un arma más peligrosa aún.

A continuación se cita un criterio jurisprudencial dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que deja claro que la excluyente de responsabilidad por “obediencia jerárquica” sólo será justificada en torno a conductas que no constituyan delito (independientemente del error de prohibición antes comentado); sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en las tesis aisladas que a continuación se citan, peligrosamente sólo se refieren a dependencia jerárquica de

---

<sup>133</sup> Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, *cit.*, p. 28.

*carácter oficial*, lo cual independientemente de que podamos aplicarlo por interpretación o analogía (de permitirse el caso), no deja claro cómo habrán de considerarse las órdenes verticales que se gestan en una organización o empresa (de carácter “no oficial”), por lo que es pertinente que el legislador fije límites precisos para tutelar la “excluyente” en comento dentro de los aparatos organizados de poder, tanto en esferas oficiales como privadas, es decir, *órdenes jerárquicas*, en términos generales.

SUPERIOR JERÁRQUICO, EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD, POR ÓRDENES RECIBIDAS DEL. La eximente del artículo 15, fracción VII del Código Penal, *no se refiere a las jerarquías privadas sino a las oficiales*.

Amparo directo 2008/61. Héctor Contreras Bonilla y coagraviado. 9 de agosto de 1961. Cinco votos. Ponente: Alberto R. Vela.<sup>134</sup>

OBEDIENCIA A UN SUPERIOR LEGÍTIMO, EXCLUYENTE DE. Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquella sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley, como excluyente de responsabilidad, cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial.

Amparo directo 2874/50. Feliciano Macías Pérez. 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3616/50. Pablo Zambrano García. 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4652/53. Pech Padilla Juan Bautista. 15 de julio de 1955. Cinco votos.

Amparo directo 2494/54. Hermilo Rodríguez García. 30 de julio de 1955. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4790/56. Román Vázquez Flores. 3 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.<sup>135</sup>

Aunque la situación jurídica parezca clara, la dimensión psicosocial del “actuar bajo órdenes” es compleja. Tal como lo sostiene Kai Ambos, al afirmar que “Solamente una educación crítica y un derecho penal ilustrado y liberal disminuyen la discrepancia entre las exigencias del derecho internacional penal y la realidad de la ‘obediencia absoluta’, no sólo en el caso de las jerarquías de mando. Es necesario

---

<sup>134</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, Primera Sala, segunda parte, L, p. 68.

<sup>135</sup> Tesis 223, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 127.

un tratamiento crítico frente a la autoridad y las órdenes”,<sup>136</sup> motivo por el cual será solamente a partir de entender al ser humano en concreto, y ubicado en su entorno personal, que seremos capaces de hacer un análisis *ex post* objetivo, pues la manera de reaccionar de cada individuo es distinta, y en definitiva, el análisis de la culpabilidad lo habremos de hacer con base en el reproche personal, es decir, al merecimiento y necesidad de la pena, por lo que debemos analizar al individuo en su particularidad.

Como nos ilustra Sancinetti, el imperativo del concepto mismo de “orden” no resulta sencillo entenderlo desde el plano personal, pues cada individuo atiende de forma distinta dicho precepto; sin embargo, se deberá tener en cuenta la trascendencia de nuestros actos cuando, amparados ante dicha “justificante”, se generan un sinnúmero de ataques y peligros a bienes jurídicos colectivos. Sobre la complejidad del término ‘orden’, este autor comenta:

“Orden es orden: quizás el seguir una orden puede originar su carácter definido e indiscutible, lo cual provoca que se piense tan poco sobre ella. Se le considera como algo que siempre fue así, ella aparece tan natural como imprescindible. Desde pequeño se está acostumbrado a recibir órdenes, de ellas se conforma en gran parte lo que se llama educación; también la vida adulta está regida por ellas, trátase de las esferas del trabajo, de la lucha o de la creencia. Casi nunca se ha formulado la pregunta sobre qué es una orden; si es realmente tan sencilla como parece y si no deja, sin considerar la rapidez y perfección de la respuesta esperada, otras huellas profundas, tal vez hostiles, en el ser humano que las obedece”.<sup>137</sup>

Ejemplos se pueden encontrar en todos los niveles de autoría y participación (desde la complicidad y la autoría mediata hasta la coautoría), por lo que, como

---

<sup>136</sup> Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, *cit.*, p. 28.

<sup>137</sup> Sancinetti, M., *op. cit.*, pp. 28 y 29. Cfr. Hassemer, W., *Persona, mundo...*, *cit.*, p. 237. “Para resolver esta cuestión entre exención total o simple atenuación de la persona que actúa bajo la influencia de otra, el criterio decisivo que hay que aplicar es el grado de dominio cognitivo y volitivo que tiene esta persona influida frente a la persona que la influye y el grado de autonomía que le queda a la persona influida”.



sostiene Hassemer, se debe encontrar algo que justifica la imputación, así como el momento en que hay que hacer esa imputación, comenta: “si esta debe realizarse ‘al comienzo’ (por ejemplo ya en la tipicidad) o ‘posteriormente’ (por ejemplo en la culpabilidad), o depende del grado de distribución de la formación autónoma de la decisión y del poder autónomo de acción entre la persona dominada y la dominadora”,<sup>138</sup> aspectos todos ellos que, sin duda, son trascendentes en un análisis dogmático del delito, pues de ello dependerá qué conductas realmente delictivas se puedan concretar a nivel de *injusto*, y por consecuencia a nivel de culpabilidad individualizar el merecimiento y necesidad de pena. Ante estas realidades, no es dable quedarse en la justificación de “actuar bajo órdenes”, sino que debemos concretar, dentro del ámbito penal aquellas responsabilidades individuales que generen un incremento de riesgos no permitidos, atendiendo al nivel de *conocimiento* que se tenga sobre dicha concreción del riesgo. Este criterio se robustece con la tesis aislada que se cita a continuación:

OBEDIENCIA LEGÍTIMA A SUPERIOR JERÁRQUICO. Para que opere la exculpante de obediencia jerárquica que prevé la fracción VII del artículo 15 del código represivo federal, se requiere que la obediencia sea legítima; esto es, la obediencia pasiva a un superior legítimo, en el orden jerárquico, no es punible cuando el mandato constituye delito, sino *cuando esa circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conoce*. En otros términos, son supuestos de la exculpante en estudio: que la obediencia pasiva sea prestada, precisamente, a un superior legítimo en el orden jerárquico, que no sea notorio que el mandato constituya delito o *que se pruebe que el acusado o acusados no lo conocían*.

Amparo directo 5963/61. Alfonso Hernández Martínez y coagraviados. 14 de junio de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Quinta Época:

Tomo LXXIII, página 5589. Amparo penal directo 5307/42. Cruz Prócoro George. 4 de septiembre de 1942. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Nota: En el Tomo LXXII, página 5589, esta tesis aparece bajo el rubro "EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD (OBEDIENCIA A UN SUPERIOR)".<sup>139</sup>

La justificación del *actuar bajo órdenes* ha gestado innumerables reflexiones

---

<sup>138</sup> Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 236.

<sup>139</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, Primera Sala, segunda parte, LX, p. 35.

en el marco internacional, y ante dicha problemática, Kai Ambos se manifiesta enérgicamente, por lo que resulta interesante tomar en cuenta su postura:

“se sabe que los hombres que actúan bajo órdenes son capaces de cometer los peores crímenes. Cuando el emisor de las órdenes está enterrado y se les obliga a mirar hacia atrás no logran reconocerse. Ellos dicen: yo no lo hice y no están muy seguros de estar mintiendo. Si se les convence por medio de testigos, comienzan a vacilar y dicen: yo no soy así, eso no lo pude haber hecho. Ellos buscan las huellas del delito en su interior y no las pueden encontrar. Es sorprendente cuán convencidos están de ello. La vida que llevan posteriormente es realmente distinta y no es opacada por las acciones que cometieron. Ellos no se sienten culpables, no se arrepienten de nada. El hecho no ha dejado huella en ellos”.<sup>140</sup>

Ante estas reflexiones cabe cuestionarse, ¿se corre el riesgo de acostumbrarse a “obedecer” órdenes antijurídicas? o, ¿ya se ha convertido ello en un patrón de vida o más bien de sobrevivencia a los intereses personales? Habrá que tener cuidado con las conductas indiferentes, pues están rebasando los niveles sanos de convivencia social, y, ante ello, el ser humano puede perecer en la ignominia de las falaces justificaciones.

## *2. La “capacidad de decisión” frente a la excluyente de delito contemplada en el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal*

Sin entrar en mayores detalles sobre los juicios de Nuremberg, cabe resaltar la importancia que tuvo el *conocimiento* (como elemento subjetivo) para imputar a quienes bajo las órdenes de Hitler privaron a miles de vidas; sujetos que actuaron con base en una capacidad de decisión respecto de su actuar individual, actuar que no se puede “arropar” bajo la justificante “orden de un tercero”.

Similar situación presenta la legislación mexicana respecto del *cumplimiento de un deber*, excluyente contemplada en el artículo 15, fracción VI, del Código Penal

---

<sup>140</sup> Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, *cit.*, p. 13.

Federal, que a la letra dice: “La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”, justificación que el legislador emplea como causa de excluyente de responsabilidad, toda vez que lo considera elemento suficiente para que no se integre la antijuridicidad de la conducta. Lo anterior se robustece con la siguiente jurisprudencia:

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE. Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley.

Amparo directo 3337/56. Miguel Jiménez Nolasco. 20 de julio de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2483/57. José María Ibarra Orona. 6 de noviembre de 1957. Cinco votos.

Amparo directo 1251/57. Francisco Ríos Hernández. 16 de julio de 1958. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 5966/57. Rafael Espinoza Díaz y coags. 6 de octubre de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 800/60. Miguel Álvarez Granillo. 22 de junio de 1960. Unanimidad de cuatro votos.<sup>141</sup>

Cabe agregar que en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal se encuentran algunas imprecisiones, como la consistente en la “necesidad racional del medio empleado”, toda vez que en el tema que se analiza los delitos de peligro por sí mismos no requieren de un medio determinado, sino simplemente requerirán que la conducta (acción u omisión) por sí misma sea peligrosa. Atento a lo analizado en párrafos anteriores, la excluyente en comento sí precisa la ponderación de los bienes jurídicos enfrentados o en conflicto.

Por otro lado, cabe hacer hincapié en el *subjetivismo* que encierra la fracción en cita, cuando sostiene que de tratarse de ejercer un derecho, éste “...no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro”, lo que implica la ubicación de dicho

---

<sup>141</sup> Tesis 115, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 65.

“propósito” como parte integrante del tipo, en tanto parte subjetiva del mismo. Lo anterior deja ver un sentido finalista de entender la conducta, mismo que ha quedado rebasado por la misma dogmática y por las necesidades de una sociedad del riesgo, resultando necesario precisar la trascendencia propia de las conductas riesgosas, ya que de no ser así, se estará dejando fuera a aquellas conductas que, por haberse desplegado dentro de una organización y no estar dirigidas en la psique del *individuo* a “sólo perjudicar a otro”, se están *justificando* como “indiferentes” o “no riesgosas”, pese a contar con el *conocimiento* de que su actuar individual está sobrepasando las barreras del riesgo permitido, con la justificación de “no estar dirigidas con ese *propósito*” (de “perjudicar a otro”), sino amparadas simplemente por el “cumplimiento de un deber”, o quizá al supuesto temor de “no perder el empleo”, es decir, a una indiferencia al daño social que se pueda causar; indiferencia que actualmente el legislador simplemente “justifica”, toda vez que ni siquiera se está en terrenos de un dolo eventual, ni mucho menos de una culpa con representación, ya que la valoración de los delitos de peligro que se desprenden de una organización requieren de la valoración del propio *riesgo*, con las barreras de “adelantamiento” que ello implique, tanto para el propio dolo eventual como para la culpa con representación.

Resulta válida la toma de conciencia a que llega Luhmann, al referir que “el futuro nos preocupa. El individuo puede contemplar con cierta seguridad su pensión, la distancia disminuye día con día, y en consecuencia aumenta la seguridad de la espera. Pero ¿qué será de la humanidad, qué será de la sociedad? ¿Qué condiciones de vida encontrarán las ‘generaciones futuras’, dado el caso de que se trata aún de hombre y no de humanoides sustancialmente transformados por genes tecnológicos, ordenados y diferenciados por programas?”.<sup>142</sup>

En la línea de una responsabilidad colectiva debemos tener en cuenta el tema de la autoría y participación, con base en lo cual y con el auxilio de diversas teorías estaremos en capacidad de deslindar la responsabilidad de aquellos que con su

---

<sup>142</sup> Luhmann, Niklas, “¿Qué queda del futuro?”, *Revista Estudios Políticos*, México, 4a. época, núm. 21, mayo-agosto de 1999, p. 13.

conducta hayan contribuido a la creación de un riesgo o un resultado típico. De ahí que, en el presente trabajo, se recurra a la teoría del dominio del hecho y a la teoría de la imputación objetiva para el análisis de una adecuada responsabilidad colectiva que permita valorar todos los aportes cuantitativos cargados de conocimiento o factibilidad de conocer.

## II. PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

La teoría del dominio del hecho se llegó a posicionar en la dogmática penal a principios de los años sesenta derivado de la evolución de diversas teorías que le precedieron, algunas de las cuales incluso siguen siendo el centro de estudio para diversos análisis jurídico-dogmáticos, por lo que se citarán brevemente algunas de las bases más sobresalientes a esta teoría:

— Teorías *objetivo-formales*, para las cuales el autor es aquel que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos de la parte especial, todos los demás son sólo inductores o cómplices.<sup>143</sup>

— Teorías *objetivo-materiales*, dentro de las cuales se consideraban diversas teorías, como la teoría de la necesidad de la aportación causal (teoría de la necesidad), que considera que quien realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar, se equipara al que ejecuta el hecho de propia mano;<sup>144</sup> teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho (teoría de la simultaneidad), que consideraba a la cooperación durante el hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad;<sup>145</sup> causalidad física y causalidad psíquica, que distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha

---

<sup>143</sup> Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 54.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>145</sup> *Ibidem*, pp. 61 y 62.

haya conducido al resultado directamente o sólo a través de la acción independiente de otro; asimismo, los distingue atento a la causalidad directa e indirecta;<sup>146</sup> teoría de la supremacía del autor (teoría de la supremacía), que desarrolla la concepción de la coautoría y la complicidad considerando las circunstancias al caso concreto, que se da en una relación de equivalencia (coordinación) o de subordinación y supremacía.<sup>147</sup>

— Las *teorías subjetivas*, en las cuales se atendía a conceptos como la voluntad, los motivos, las actitudes, logrando diferenciar los aportes del autor de los aportes del partícipe, misma que se subdivide en teorías del dolo, de comienzos del siglo XIX, que atribuye al partícipe, en contraposición al autor, una voluntad dependiente, subordinada; parten de que el partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de éste;<sup>148</sup> la teoría del interés refiere a la distinción entre autores y partícipes de acuerdo con el interés en el resultado empeñado, en donde “el cómplice no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito”.<sup>149</sup>

— Por último, las *teorías mixtas*, que vienen a conjugar las anteriores.

Como narrativa histórica en torno a la teoría del dominio del hecho que quien primero emplea el término de ‘dominio del hecho’ es Hegler en 1915, pero referido sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudencia, así como la ausencia de causas de exculpación. Según Hegler, para determinar quién actuaba culpablemente se debía acreditar que dicho sujeto tenía ‘pleno dominio del hecho’; atribuyendo igualmente el dominio del hecho al autor imprudente, al acreditarse la falta de la voluntad de evitar el hecho tal como es, aun cuando el mismo era evitable y por ende se esperaba tal reacción de parte del sujeto. Quince años después desarrolla su conocida doctrina con arreglo a la cual la esencia de la autoría mediata reside en la “supremacía” del sujeto

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 71 y 72.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 75.

de atrás, si el ejecutor obra inculpablemente o de modo sólo imprudente, el que ocasiona es autor porque es “pleno señor del hecho” o tiene el “dominio del hecho más intenso”.

En este sentido, la autoría se basa en el grado de dominio del hecho, por lo que se diferencia una conducta de “participación” de la “autoría mediata”, precisamente por el distinto grado de contenido de *injusto*, lo que deriva en las causas de exención de la pena; de ahí que para la “coudoría” se hable de un dominio del hecho compartido. Estas consideraciones de delimitación entre autoría, inducción y complicidad con arreglo a esta teoría, empleando el concepto de dominio del hecho, conservan un sentido aún válido.

Así, Weber traspone la fórmula, hasta entonces entendida objetivamente al ámbito subjetivo, señalando que “autor es quien realiza el hecho con voluntad de dominio del hecho propio”, y autor mediato es quien se sirve de otra persona que a su vez actúa sin voluntad de dominio del hecho.

En 1939, Welzel enlaza por primera vez la idea de dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de ésta una “autoría final” basada en el criterio del dominio del hecho. “La autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final”. La “teoría de la culpabilidad” en Hegler, la de la “adecuación” en Bruns, la justificación de la “teoría subjetiva de la participación” en Von Weber, la crítica a ésta en Lobe, la idea de “deber” en Schmidt, el “concepto causal” en Horn y, finalmente, la “doctrina de la acción” de Welzel, han sido los puntos de partida dogmáticos que han contribuido a la evolución del concepto de dominio del hecho.

En los orígenes dogmáticos y de contenido de la teoría del dominio del hecho, se tiene a Lobe, para quien lo esencial de la autoría no es sólo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho *se ejecute bajo su dominio*; quien es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos *dos* elementos *subjetivo-objetivos*, mientras que en la participación falta el dominio de la acción ejecutiva. En este contexto, el autor en cita habla del *animus domini* en conexión con el correspondiente *dominare* al ejecutar como criterio de la autoría.

En el ámbito del actuar final, *autor* es sólo el que tiene el dominio final del

hecho; señor del hecho y, por tanto, autor es aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; los inductores y cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo. Para Welzel, la coautoría es “la ejecución, distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. El dominio del hecho corresponde ahí a todos conjuntamente”. Así, sólo puede ser coautor aquel que es “cosustentador de la resolución del hecho”.<sup>150</sup>

A fin de analizar la postura de los principales representantes de esta teoría, y con base en los análisis aportados por Roxin, en su obra *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, a continuación se citará a los estudiosos que este autor considera como los pilares a tener en cuenta dentro de los presupuestos de la teoría del dominio del hecho.

Welzel sigue enumerando como los tres requisitos de la autoría del dominio final del hecho, así como los requisitos subjetivos y objetivos. También sostiene que, el que prepara o auxilia en términos objetivos es coautor, si cabe considerarlo como “cosustentador de la resolución común del hecho”. En su teoría del dominio del hecho se aproxima a la teoría del dolo que se revela en la relación entre inducción y autoría. Así, en el caso en que uno se aproveche del error de prohibición de otro no reconoce autoría mediata, sólo en los casos en que el sujeto de atrás suscita intencionadamente el error de prohibición para que se cometa el delito.

Maurach llega a su teoría del dominio del hecho sobre la base de la teoría final de la acción. Considera que hay un dominio del hecho y por tanto autoría mediata en el sujeto de atrás cuando el ejecutor actúa dolosa y culpablemente. El mantener en las propias manos el curso del hecho típico, le sirve también para caracterizar la coautoría. Reconoce expresamente la posibilidad de la coautoría intelectual cuando sin poner manos a la obra se supervisa el curso del hecho, dirigiéndolo; inductor, aquel cuya aportación al hecho llega hasta determinar a cometer el hecho al aún no decidido; cómplice, aquel cuya cooperación se limita a

---

<sup>150</sup> *Ibidem*, pp. 81-89.



reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos dejan en sus manos el hecho. Por eso, para él, es coautor el jefe que dirige desde lejos la intervención de los miembros de su banda. Su teoría se muestra como absolutamente independiente de la teoría del dolo, si bien se basa en el concepto final de acción, representa un desarrollo de la idea del dominio del hecho totalmente independiente.

Para Gallas, la teoría objetivo-formal representa el punto de partida de sus consideraciones. A ésta la conecta con la doctrina final de la acción, con la idea de la adecuación y con un concepto “normativo” de dominio hasta formar una síntesis que supone una teoría del dominio del hecho totalmente original. Para él, quien tiene el dominio del hecho no se decide necesariamente por el grado de dominio sobre el curso causal, sino también con arreglo al sentido jurídico de los distintos tipos. Eleva el concepto de dominio del hecho desde la esfera ontológica a la normativa, y admite la autoría mediata y el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás, basándose en que la naturaleza jurídica del hecho como delito depende únicamente de la cualificación del sujeto de detrás; convirtiendo así el acto de inducción en ejercicio del dominio del hecho. Es el primero en intentar volver a relacionar el concepto ontológico de dominio del hecho, desarrollado en su día por Welzel, en contraposición a la teoría normativa de la autoría.

Lange llama a su teoría “objetivo-material”; en la determinación de la coautoría parte de la teoría subjetiva, pero matiza que lo decisivo no es ya la cuestión de si el autor ha querido el hecho como propio, sino sólo si a éste se le puede imputar en virtud de la aportación al hecho sustentada por su voluntad; reconoce incluso la figura del instrumento-partícipe doloso, y lo aplica al caso de la “bañera” en donde determina a la hermana como autora por ahogar al niño, y a la madre como autora mediata.

Niese parte de la idea de que en lugar de la dirección de los intereses subjetivos, debe aparecer el dominio del hecho al que llama “criterio objetivo”, y que el agente *domine* la realización del resultado por medio del empleo, consciente del fin, de los medios elegidos, es decir, de la dirección final de la causalidad en el mundo exterior. En el conocido caso de la “bañera”, considera a la madre sólo como

inductora.

Sax se refiere a quien realiza el tipo directa y característicamente, siendo irrelevante que tenga o no voluntad de autor o dominio consciente del hecho. La teoría del dominio del hecho aparece para él sólo como complemento de la teoría objetivo-formal.

Von Weber concibe a la autoría como dominio del hecho. Ésta reside en el dolo, en la decisión del autor, el cual piensa y actúa como ejecutor, determinando el que tenga lugar o no la comisión y cómo.

Jescheck representa una síntesis de elementos de las teorías objetivo-formales, objetivo-materiales y subjetivas. Basa la teoría del dominio del hecho en un nuevo concepto de la finalidad; piensa que la finalidad no debe “equipararse” aquí simplemente al dolo... pues también lo tienen el mero cómplice; más bien, requiere que el interviniente, para tener dominio del hecho, se perciba a sí mismo como “sujeto del delito”, teniendo el elemento de la mentalidad, perteneciente al ámbito de la culpabilidad, de manera que el autor y el cómplice se distinguen no sólo en el contenido de injusto, sino también en el grado de culpabilidad.

Bockelmann estimaba que la diferencia entre autor y partícipe se encuentra en que el segundo deja el hecho a criterio del autor, en que somete su propio propósito a la decisión ajena; aquel cuya decisión no depende de la de otro es autor. Materialmente se mantiene en la delimitación subjetiva, que no asigna importancia decisiva al peso de la aportación externa al hecho, lo que conduce a que este autor considere en todo caso autor a aquel que realiza el tipo de propia mano “aun cuando esté bajo influencia ajena, quizá hasta el punto de que suponga estar ejecutando la decisión de otro”.

Nowakowski rechazaba la doctrina final de la acción, y entiende que no cabe hallar criterios de delimitación en el curso del suceso objetivo. En esta teoría subjetiva inserta la idea del dominio del hecho en una forma que se asemeja a la teoría del dolo, pero personalizada mediante la consideración de elementos de “sentimiento”. Así, autor es el que toma parte en el hecho con la conciencia de que existe ajeno dominio del hecho. Su originalidad reside en que destaca la cuestión de la autoría con respecto a los planos del tipo y del injusto y la trata como puro

problema de culpabilidad. Para él, la voluntad de dominio del hecho, caracterizada por el sentimiento de autor, es “un elemento normativo de la culpabilidad”, y aprecia también un elemento de la disposición anímica.

Baumann encuentra su solución en la línea de un nuevo contenido de la fórmula del *ánimus*, y por tanto en una nueva configuración de la teoría del dolo, “la voluntad de dominio del hecho propio”, que el agente haya querido o no dominar el hecho en su ejecución. La voluntad de dominio del hecho (y no el dominio del hecho objetivo como tal) sería indicio de la voluntad de autor; la voluntad de cooperar en un hecho punible dominado por otro, o de provocarlo, es indicio de la voluntad de partícipe.

Mezger parte de la esencia de la teoría del dolo, pero la limita matizando que no es la percepción del ejecutor la que decide sobre la voluntad de autor, sino que ha de atenderse al “sentido objetivo” de lo que éste comete voluntariamente. Aquel que ejecuta el hecho de propia mano es autor, “lo determinante no es... cómo considera el agente su hacer, sino lo que su hacer es”.

Mayer Hellmuth sustenta una teoría mixta. La delimitación entre autoría y participación surge, para él, de combinar la concepción objetivo-formal, la teoría de la simultaneidad y la teoría subjetiva. Así, autor es sólo aquel que toma parte personalmente en la ejecución; la cooperación en la fase preparatoria sólo puede llevar, siempre, a castigar por participación; entre los que cooperan en la ejecución hay que distinguir: autor como aquel que tiene *animus auctoris*, y los demás como partícipes, ya que estos últimos no tienen dominio sobre la voluntad del autor, y en esa medida carecen del dominio propio sobre el hecho.

Schröder señala que no es posible delimitar satisfactoriamente el concepto de dominio del hecho, que está orientado unilateralmente a la autoría mediata; sin embargo, la teoría subjetiva que profesa es absolutamente afín a la teoría del dominio del hecho que rechaza.

En 1963, Roxin presentó en la revista *Goltdammer's Archiv* su doctrina del “dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, desarrollada

con base en la teoría del dominio del hecho,<sup>151</sup> la cual, aun cuando se presenta ante nuevas realidades, sigue marcando la pauta para las nuevas adecuaciones de la dogmática penal.

### 1. Especial referencia al dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder

En 1994, una sentencia de la 5a. Sala penal del TFA<sup>152</sup> “condenó a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la fenecida República Democrática alemana como autores mediatos de los disparos dolosos contra los fugitivos que cruzaron el ‘Muro’, pese a que el Tribunal consideró como autores inmediatos plenamente responsables a los soldados de frontera de la RDA que habían realizado los disparos mortales”;<sup>153</sup> así, el TFA sostuvo:

“Pero existen grupos de casos en los cuales, pese a un intermediario del hecho, que actúa de manera plenamente responsable, la contribución del hombre de atrás lleva casi de manera automática a la realización del tipo que este hombre de atrás pretende. Ello puede ocurrir cuando el hombre de atrás, mediante estructuras organizativas, se aproveche de determinados contextos, dentro de los cuales su contribución hacia el hecho desata cursos regulares (sentencia del BGH, t. 40, p. 236)”.<sup>154</sup>

Por su lado, Roxin logra distinguir tres formas de dominio del hecho (dominio del hecho por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional), pudiendo darse el dominio por voluntad en tres modalidades, toda vez que “se puede coaccionar a quien actúa, se le puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como *factor causal ciego*; o, si el sujeto que actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda *intercambiarse libremente*. De modo muy sintético, se alude así al dominio de voluntad por coacción, por error o ‘*en virtud de*

---

<sup>151</sup> Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 29.

<sup>152</sup> Sentencia del BGH, t. 40, p. 218.

<sup>153</sup> Díaz-Aranda, E. *et al.*, *Lineamientos prácticos...*, *cit.*, p. 298.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 299.

*aparatos organizados de poder*”.<sup>155</sup> De esta forma, atendiendo principalmente a la autoría mediata, el centro de la responsabilidad recae en el hombre de atrás, pues dada la *fungibilidad* (o sentido intercambiable) de los instrumentos, éstos pasarán a segundo plano; lo cual no puede ser visto de una forma tan categórica, pues el ‘*instrumento*’ no puede solamente “ampararse” en el conocimiento del hombre de atrás, cuando él mismo (el instrumento) es conocedor de que, con su actuar, por mínimo que sea, se está generando un riesgo hacia un colectivo (determinado o indeterminable); esto independientemente de lo ya analizado en capítulos previos sobre las órdenes recibidas de superiores.

Dada la extensión de la teoría del dominio del hecho, resulta imposible abordarla en su totalidad, por lo que a continuación, y con el parámetro ya establecido, se hará hincapié en el *dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, teoría que a la fecha parece resolver con mayor claridad (aunque con diversas interrogantes sin responder) la complejidad de imputar penalmente, en forma individual, a quien incrementa el riesgo dentro de las labores de una organización. En ésta se emplea una maquinaria organizativa mediante la cual se pueden dirigir órdenes hacia los subordinados, atento al dominio de la voluntad que sobre los mismos se tiene, toda vez que los empleados de dicha organización han establecido un compromiso (o contrato) de realizar cierta labor dentro de la empresa; además, el superior jerárquico (u hombre de atrás en determinados casos) tiene por cierto que sus órdenes se llevarán a cabo simplemente porque los subordinados se han comprometido a ello, independientemente del ejecutor que lleve a cabo la instrucción, toda vez que, en múltiples casos, quien da la orden la dirige a un sector determinado de la empresa, mas no a individuos “con nombre”; es ahí donde radica la *fungibilidad* a la que atiende la teoría del dominio del hecho, en donde los sujetos actuantes o ejecutores son intercambiables, lo que garantiza aún más el cumplimiento de la orden emitida por el superior.

---

<sup>155</sup> Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 30.

Sin embargo, se siguen presentando diversos problemas al considerar que la autoría mediata resuelve sin más la responsabilidad de quien da las órdenes (el hombre de atrás), por tener supuestamente el dominio de la voluntad de los ejecutores, pues se llega, por un lado, al extremo de que los ejecutores se amparen en dicho enramado organizacional, y atento a su obligación (contractual) ejecuten sin más las órdenes dadas; pero se debe tener en cuenta el grado de conocimiento que dicho ejecutor tiene sobre su propio actuar riesgoso, o bien, la viabilidad de conocer dicho riesgo, y en tal medida, ser responsable (en términos de culpabilidad individual) de su aporte lesivo desplegado dentro de dicha organización. Sin embargo, si se atiende a que dada la “fungibilidad del empleado” y su nulo o escaso dominio del hecho, con él o sin él se hubiera logrado el mismo resultado, se regresaría a posturas meramente causalistas, sin atender a la responsabilidad que cada individuo debe asumir con su propio actuar.

Por otro lado, habrá que tener en cuenta la facilidad con la cual, dentro de una organización, se pueden difuminar las órdenes que vienen de altas jerarquías, y lo difícil que resulta su concreción en el dominio del hecho, o bien, en los aportes en el ámbito de la ejecución. Sin embargo, como comenta Roxin, en términos de participación individual “el interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos, ocurre a la inversa, ya que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato”.<sup>156</sup>

Tomando como sustento la concepción de “dominio por organización” sostenida por Roxin, existen opiniones de otros estudiosos, las cuales no distan mucho de la propuesta por el referido penalista, pero en las cuales se puede apreciar cómo siguen analizándose ciertas inquietudes que, parece, aún no están abordadas en forma satisfactoria por la dogmática. Por ello, se citarán algunas posturas que darán la pauta al análisis central del presente trabajo, el *injusto*

---

<sup>156</sup> Roxin, Claus, *Autoría y dominio...*, cit., p. 274.

*colectivo*, como argumento dogmático que ayude a la imputación penal de las conductas individuales que se entrelazan en una organización.

Así, Herzberg coincide de modo pleno con el criterio de fungibilidad de Roxin, al partir de que la libertad de decisión de quienes reciben la orden (ejecutores) no afecta al dominio del hecho de los hombres de atrás. En su opinión, en este contexto, el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, el “aparato”, que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir.<sup>157</sup>

Bloy asume que se trata de un supuesto de imputación por *injusto de organización*, y tan sólo en el caso del clásico injusto individual está dispuesto a reconocer una limitación de la autoría mediata a través del principio de responsabilidad.<sup>158</sup>

Schmidhäuser acepta en la actualidad el criterio de la fungibilidad, pero afirma la concurrencia de la autoría mediata también en aquellos casos en los que la víctima es puesta a merced de una muchedumbre dispuesta a llevar a cabo el hecho.<sup>159</sup>

Bottke toma como punto de referencia el dominio por organización, al afirmar la concurrencia de la autoría mediata en quien “ocupando dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, da (traslada) instrucciones a otro que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, pudiendo contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida, y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida”.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Herzberg, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 31. Afirma Kai Ambos que “en este contexto el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, el ‘aparato’, que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir”.

<sup>158</sup> Bloy, citado por *idem*. Agrega Kai Ambos que “resulta convincente el punto de vista por él introducido según el cual por regla general una conducta coordinada en sentido *vertical* suele dar lugar a autoría mediata, mientras que la coautoría tienen como presupuesto una conducta coordinada en el plano *horizontal*”.

<sup>159</sup> Schmidhäuser, citado por *ibidem*, pp. 31 y 32.

<sup>160</sup> Bottke, citado por *ibidem*, p. 32, este último dice que “en la actualidad la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes parte de que el hombre de atrás —a pesar de ser el instrumento un

Por su lado, Díaz Aranda afirma que la admisión de la autoría mediata en el tema del dominio de la organización tiene la mayor cantidad de partidarios, señalando su coincidencia con Schroeder y con Joecks, y haciendo un comentario puntual de este último, quien sostiene que “El dominio del hecho a través de ‘aparatos organizados de poder’ se presenta como una tercera forma autónoma de la autoría mediata. Ella es el prototipo para una constelación del ‘autor detrás del autor’ y ha sido ampliamente reconocida en la literatura y la jurisprudencia...”.<sup>161</sup> Todas estas posturas abandonan la posibilidad de entender estas conductas mediante coautoría o inducción.

Además, Díaz Aranda sostiene su tesis de la autoría mediata en tres principios: *i*) fungibilidad en el marco del dominio de la organización (“la seguridad del resultado aumenta enormemente por el hecho de que la organización cuenta con muchos esbirros dispuestos y que, entonces, la ausencia de uno de ellos —por cualquier causa— no puede hacer peligrar la ejecución de la orden”<sup>162</sup>), *ii*) la necesidad del apartamiento del derecho del aparato de poder (o marginalidad jurídica), y *iii*) la disponibilidad hacia el hecho específico de la organización (“la pertenencia a la organización, ya por sí misma, da lugar a una tendencia de adaptación. Se espera que cada uno de los miembros se integre”<sup>163</sup>). Asimismo, sostiene que:

“a favor de una autoría mediata de los hombres de atrás pueden esgrimirse dos posibles fundamentaciones de distinta firmeza. Por un lado, se puede concebir la relación entre hombre de atrás e intermediario del hecho como una pura relación de dos personas, e intentar probar algún déficit de la autonomía en el ejecutante, que

---

sujeto responsable— tiene dominio del hecho cuando ‘aprovecha determinadas condiciones marco pre-configuradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados’. ‘Si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar’, será autor mediato”. Agregando el autor que sigue sin estar claro si con ello la jurisprudencia abandona la teoría subjetiva y se suma de modo completo a la teoría (objetiva) del *dominio del hecho*, p. 39.

<sup>161</sup> Díaz-Aranda, E. *et al.*, *Lineamientos prácticos de...*, *cit.*, pp. 300 y 301.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>163</sup> *Ibidem*, pp. 310 y 311.



permita atribuir al hombre de atrás un dominio del hecho de mayor nivel. O se puede ver al aparato organizado de poder como verdadero instrumento del hecho, compuesto por un gran número de personas que, gracias a la forma estructurada de actuar del aparato de poder, garantizan la producción del resultado con tan alto grado de probabilidad que se puede hablar de un dominio del resultado a través del hombre de atrás, independientemente de la diferente situación individual que pueda tener cada uno de los actores”.<sup>164</sup>

Schild reconoce la construcción del dominio por organización, pero la reconduce —al igual que en el caso del dominio por coacción y por error— no al dominio por voluntad, sino exclusivamente al *dominio de la acción* del hombre de atrás. En cuanto al resultado alcanzado, este autor, sin embargo, se muestra partidario de afirmar la concurrencia de una mera autoría individual.<sup>165</sup>

Schroeder erige en criterio la decisión incondicional de cometer el hecho en la persona del ejecutor, considerando que el dominio por organización es una “construcción *ad hoc*” cuyo elemento central (es decir, el criterio de la fungibilidad) no puede configurar el fundamento material del dominio del hecho. En su opinión, por un lado, este criterio no tiene en cuenta la especialización funcional de los ejecutores producida por el lento proceso de integración en tales organizaciones, y, por otro lado, aun el hecho de que los ejecutores no fueran intercambiables, no cambiaría en nada la responsabilidad jurídico-penal de los hombres de atrás. Según este autor, el elemento decisivo, desde el punto de vista material, está en que en todo momento existan “personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”.<sup>166</sup>

Murmann defiende un *dominio del hecho por poder de instrucción*. En su

---

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>165</sup> Bottke, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 32. De acuerdo con el punto de vista de este autor, “el hombre de atrás no comete el hecho tan sólo ‘por medio’ de otro, ‘sino quien comete de este modo el hecho por medio de otro *crea él mismo la acción típica* (precisamente, a través de un instrumento, y, por lo tanto, no por medio de ‘otro’), en este sentido, habrían de tomarse como punto de referencia las conductas típicas de la parte especial, incluyendo el dolo”.

<sup>166</sup> *Idem*. Se cita en el mismo artículo el rechazo de Roxin ante este criterio de la “disposición incondicional”, ya que de acuerdo con este precepto, el “caso clásico de una disposición (condicionada o incondicional) a realizar el hecho” (la aceptación de un ofrecimiento) precisamente no es autoría mediata, sino *inducción*.

opinión, la noción de dominio de organización parte de un mero dominio instrumental del suceso exterior, dejando de lado así que también un —hipotético— funcionamiento perfecto de la organización no puede prescindir de la libertad del ejecutor... También pone en duda la fungibilidad de los ejecutores inmediatos, ya que sólo entra en consideración para la realización del hecho en cada caso un número limitado de personas, de manera que no cabría hablar de ningún modo de “un número prácticamente ilimitado de personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”. Por estas razones, en su opinión, ha de tomarse como punto de referencia la “relación mutua de reconocimiento” entre autor (Estado) y víctima (ciudadanos).<sup>167</sup>

Existen algunas posturas divergentes al dominio por organización, principalmente por quienes sostienen el principio de responsabilidad, mismo que es atribuible a cada sujeto en lo individual, entre ellos tenemos a Jakobs, Otto y Bockelmann.

Por su parte, Jakobs se ha manifestado en contra del dominio por organización, prefiriendo en general la *coautoría* a la *autoría mediata* en este contexto. Para él, “el carácter común de la decisión de realizar el hecho —que es necesario para una coautoría— queda configurado por la conciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos con las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con la instrucción de la dirección. Para ello no sería decisivo que los intervinientes se conozcan entre ellos. Por otra parte, tampoco sería necesaria una intervención en el estadio de ejecución”.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, pp. 33 y 34. Kai Ambos señala que ha de darse la razón a Murmann cuando advierte que no se puede partir de modo prácticamente automático de la falta de libertad del ejecutor con la mera afirmación del dominio por organización. No sólo el dominio de organización como tal, sino también el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, que lo anterior implica (y la falta de libertad del ejecutor), han de probarse en el caso concreto.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 35. En su opinión, en contra de una supuesta fungibilidad hay que tener en cuenta el hecho de que no eran intercambiables todos los soldados de fronteras de modo simultáneo, sino sólo de modo sucesivo, una característica que no tiene nada de especial en el ámbito de la participación. Desde este punto de vista, está dentro de la lógica de las estructuras de organización constatadas por la jurisprudencia que éstas no sólo permitan el intercambio de los receptores de órdenes, sino también de los emisores. Finalmente, lo que sucede es que no existe —como afirma Roxin— un “dominio superior de cualidad propia”, sino que quienes emiten las órdenes y quienes las ejecutan son jurídicamente de igual rango; por lo demás, el ejecutor *jurídicamente* no actúa de modo

Otto indica que el ejecutor directo está determinado de modo esencial por la conciencia de que no será hecho responsable de sus hechos. Esta circunstancia, sin embargo, no fundamenta aún un dominio del hecho del “planificador” sobre su persona; por el contrario, con su conducta el ejecutor asume como propio el plan delictivo por actos concluyentes; por ello, habría que afirmar que hay *coautoría*.<sup>169</sup>

Bockelmann afirma que concurre *autoría accesoria*, argumentando que la coautoría queda excluida a falta de una común decisión de realizar el hecho, y que la concurrencia de autoría mediata no puede afirmarse teniendo en cuenta que los ejecutores son plenamente responsables.<sup>170</sup>

Queda claro que el punto de partida del dominio del hecho genera un gran avance para la imputación a título individual, sin embargo, no lo resuelve en su totalidad, quedando en la dogmática actual muchas discrepancias y lagunas jurídicas. Por su lado, Herzberg habla de la libertad de decisión; Bloy menciona un *injusto por organización*; Bottke habla de una actitud criminal colectiva; Schild no comparte el dominio de la voluntad, sino el dominio de la acción del hombre de atrás, señalando una autoría individual; Schroeder sostiene que lo decisivo en el “dominio” es que en todo momento “existan personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”; Murmann pone en duda la fungibilidad, por no tratarse de un número ilimitado de posibles ejecutores. Por su lado, Jakobs, en el dominio por organización, habla de una coautoría,<sup>171</sup> dada la conciencia común que tienen tanto dirigentes y ejecutores; Otto, igualmente, asume la postura de coautoría, dado que el ejecutor hace propio

---

automático, sino que se deja corromper por la orden, siendo este acto responsable “lo exactamente opuesto a un funcionamiento automático”.

<sup>169</sup> *Idem*.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>171</sup> Schünemann, Bernd, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. LV, enero-diciembre de 2002, p. 19, sosteniendo que: “para la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder se debería exigir una supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como *Roxin*, que la organización se aparte del Derecho, sino también que se base en un sistema de ejercicio de violencia (lo que quizá ya venga implicado en el concepto de ‘aparato de poder’)... En su lugar, considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por un lado, tiene una posición de garante [...], y, por otro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omisiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría”.

el plan delictivo; finalmente, Bockelmann rechaza la coautoría por falta de acuerdo común, así como la autoría mediata por ser los ejecutores penalmente responsables, sosteniendo la existencia de una autoría accesoría.

Otra interrogante se plantea en torno a los *delitos cualificados propios*, para los cuales en “el instrumento doloso no cualificado existe un supuesto de hecho que, sobre la base de la teoría del dominio del hecho, podría entrañar simplemente inducción, pues se trata de suscitar una decisión del hecho”,<sup>172</sup> por lo que, finalmente, la conducta del ejecutor quedará impune por no satisfacer la *cualidad* específica que exige el tipo, y, por otro lado, al hombre de atrás, cuando mucho, se le podría enviar a la periferia de la inducción; igual sucedería cuando el hombre de atrás sea un *extraneus*, siendo cuestionable incluso la existencia de dicha “inducción” sin la figura central de la autoría. Ante esto la teoría del dominio del hecho de alguna manera se encuentra limitada, pese a su trascendencia, máxime en responsabilidad penal por organización.

Hasta aquí se dejarán estas inquietudes, mismas que son compartidas en su totalidad, ya que la complejidad de las interacciones humanas dentro de la actual sociedad demanda nuevas estructuras dogmáticas que regulen en su totalidad no solamente sucesos individuales, sino estos ámbitos de responsabilidad por organización, en donde, como se ha visto, aun con las teorías de la *imputación objetiva* así como de *dominio del hecho*, siguen quedando sin protección jurídica. Siendo la sociedad misma quien está pagando los costos, y es el propio individuo, quien, a su vez, sigue interactuando en forma indiferente y por ende, irresponsable.

Bajo la propia dinámica de la organización, Schünemann considera que:

“la idea de una dirección absoluta mediante una o más personas *omnipotentes* en la empresa que están en la cúspide de la jerarquía, ...no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, ni, especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna, porque la división de trabajo conduce a una diferenciación funcional y a una descentralización de los procesos de acción y decisión, a través de

---

<sup>172</sup> Roxin, Claus, “Autoría y dominio...”, *cit.*, p. 282.

las que el poder de dominio inicial de los órganos directivos se transforma en un 'poder de intermediación, y en vez de dominio de la acción existe una función de coordinación, lo que, unido a la simultánea descentralización del conocimiento, puede conducir como resultado final, incluso, a una 'irresponsabilidad organizada'".<sup>173</sup>

En este sentido, solamente en la medida que se responsabilice a cada individuo por su propio aporte, se logrará vivir en una sociedad con menos riesgos, y por tanto, con mejor calidad de vida. En definitiva, en una sociedad más consciente y responsable.

### III. PRESUPUESTO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La teoría de la imputación objetiva fue estructurada a comienzos de 1970, época en que propuso los siguientes criterios normativos como reguladores del nexo causal: a) crear un riesgo no permitido; b) concreción del riesgo no permitido en un resultado; c) que el resultado pertenezca al ámbito de protección de la norma.<sup>174</sup>

Es decir, ya no basta la mera causalidad obtenida bajo la fórmula de la *conditio sine qua non*, sino que se precisa de mayores elementos para tener por cierto que el derecho penal habrá de reaccionar ante determinadas conductas, así como la medida de su reacción. Ya no se ve al individuo como un ente natural y

---

<sup>173</sup> Schünemann, B., "Responsabilidad penal...", *cit.*, p. 16. Cfr. Feijóo Sánchez, Bernardo, en su artículo "La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español", *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Colombia, núm. 4, julio-septiembre de 2003, p. 142, agregando que "esta afirmación parte de la idea de que determinados hechos no deben ser interpretados en clave individual sino que sólo adquieren un sentido delictivo como obra colectiva. En muchos casos una consideración aislada de las distintas aportaciones al hecho no permite valorar correctamente la dimensión típica de cada una de ellas. Determinadas modalidades de conducta sólo son relevantes para el Derecho penal en relación con otras conductas y sólo en el marco de esa relación cobran sentido típico. Al mismo tiempo, no se debe olvidar a la hora de interpretar o valorar una conducta teniendo en cuenta otras que en una sociedad como la nuestra que se basa en la libertad y responsabilidad individual los comportamientos de terceros que actúan libre y responsablemente son normativamente algo distinto que cursos causales o fenómenos naturales".

<sup>174</sup> Citado por Quintino Zepeda, *Diccionario de...*, *cit.*, p. 311, dice Quintino: "el avance concreto de la teoría de la imputación objetiva consiste en haber demostrado, primeramente, que en derecho penal la cuestión no consiste en saber *quién ha causado algo*, sino que más bien, se trata de afirmar a *quién le es imputable* un cierto comportamiento perturbador de la norma penal".

causal, sino como una persona en toda su extensión. Por su lado, el resultado no es una mera consecuencia (y por tanto imputable penalmente), sino que más allá del mero silogismo de si evitando “X” acción se evita el resultado “Y”, querrá decir que la acción “X” es la causante del resultado “Y”, pues alrededor de dicho silogismo se concretan un sinfín de consideraciones valoradas por la sociedad como permitidas o no permitidas, atento a que la propia dinámica social “permite” asumir ciertos riesgos, lo cual implica el *coste* de vivir en sociedad.

La teoría de la imputación objetiva, sostiene Canció Meliá, presenta dos problemas distintos, el primero el relativo a los llamados “cursos causales atípicos, es decir, aquellos supuestos en los que de alguna manera es poco habitual la *conexión existente entre la conducta analizada y el resultado producido*”;<sup>175</sup> el segundo “tiene que ver con la determinación de cuáles *comportamientos* que aparentemente pueden subsumirse bajo el tipo lo realizan, en sentido estricto, conforme el sentido de éste”.<sup>176</sup>

Así, Canció Meliá ofrece la siguiente fórmula para considerar la teoría de la imputación objetiva: “el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis: a) ha generado un ‘riesgo jurídicamente desaprobado’, y b) este riesgo se ha ‘realizado en el resultado’”.<sup>177</sup>

Feijóo, respecto de la teoría de la imputación objetiva, considera que:

“no añade un elemento de análisis dentro de la estructura del delito —aunque ofrezca nuevos criterios dogmáticos— sino una nueva forma o perspectiva de análisis de la tipicidad con la que no se tienen en cuenta criterios de imputación naturalísticos (causalidad, finalidad, etcétera) sino fundamentalmente normativos (la existencia de riesgos asumidos por el propio ordenamiento jurídico, la delimitación social de esferas o ámbitos de organización y decisión, el principio de auto responsabilidad, etcétera)”.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 20.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>178</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*,

Agrega Jakobs, otro de los principales precursores de esta teoría,

“más bien, enuncia que un derecho de comportarse de determinada manera, o, a la inversa, el ilícito de un comportamiento, no se puede determinar teniendo en cuenta solamente un individuo aislado, ni una norma aislada, sino siempre teniendo en cuenta personas, es decir, reglas específicas de una sociedad. Esta hipótesis se puede desdoblar en tres proposiciones: el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso”.<sup>179</sup>

A fin de comprender la trascendencia dogmática que la teoría de la imputación objetiva presupone para la sociedad del riesgo, se explicará el contenido de sus principales criterios normativos.

### *1. Riesgo permitido*

En la teoría de la imputación objetiva resulta predominante considerar el *rol* que cumple el ciudadano respecto de determinado actuar, pues será con base en dicho *rol* que se podrá calificar su conducta. Es decir, “no bastará con la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico”,<sup>180</sup> sino que se precisa responsabilizar al individuo únicamente en torno a su ámbito de competencia, o bien de su *rol*, pues no se puede esperar que todos conozcan todo o sean capaces de desarrollarse

---

Colombia, Universidad del Externado de Colombia, vol. XXI, núm. 69, 2000, p. 73. Cfr. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, México, Ángel, 2002, p. 17; “la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etc., y con ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares”.

<sup>179</sup> Jakobs, Günther, *Problemas capitales del derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*, Argentina, Hammurabi, 1998, p. 43.

<sup>180</sup> Jakobs, G., *La imputación...*, cit., p. 22. Cfr. Hassemer y Muñoz Conde, *La responsabilidad por...*, cit., p. 98, quienes comentan que “según la teoría de la imputación objetiva, tanto la creación de un riesgo no permitido, como el incremento más allá de lo tolerable de un riesgo en sí permitido es lo que, entre otros criterios, fundamenta la imputación de un resultado, siempre claro está que quede constatada la relación de causalidad entre la acción peligrosa y el resultado dañoso producido”.

eficazmente en todos los ámbitos; por ello el desarrollo del individuo en sociedad se da asumiendo los riesgos del error humano. De esta manera, el riesgo permitido forma una barrera de permisión, y mientras las conductas se desarrollen dentro de dichas barreras, sus resultados serán “permitidos” y “tolerados” por la sociedad. No así las conductas desplegadas fuera de esas barreras de riesgo permitido, situación en la cual, sea por la conducta riesgosa o por el resultado (de lesión o de peligro), sí reaccionará el derecho penal.

Así, se ha abordado el tema de la sociedad del riesgo, y puntualizado que dentro de la dinámica de dicha sociedad, y atento a la actual complejidad de la misma, se deben asumir ciertos riesgos en el diario vivir, pues de no ser así, el ser humano no podría siquiera salir de su casa para evitar sufrir el mínimo percance. Es decir, puesto que debemos seguir viviendo en sociedad (con los riesgos que cada sociedad vaya asumiendo), es que vamos ponderando los costes-beneficios<sup>181</sup> que ello implica, y atento a esto, la sociedad misma va “permitiendo” llevar a cabo ciertos riesgos, sin dejar de lado la viabilidad que se tenga o no de haber conocido dichos riesgos, pues tampoco podemos tolerar indiferencias, ya que nos llevaría al absurdo de decir “no sabía que actuaba fuera de las barreras del riesgo permitido”; por el *rol* que desempeñamos, tenemos obligación de conocer aquello que está a nuestro alcance, máxime cuando es necesario para el desempeño de nuestro actuar responsable.

Con este preámbulo se atenderá a la concepción que Jakobs propone del *riesgo* permitido, cuando considera que “se trata de una concreción de la adecuación social. Aquí no se toman en consideración las situaciones de justificación. El riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece los que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de

---

<sup>181</sup> Cfr. Jakobs, G., *La imputación...*, cit., p. 34; sostiene que “el beneficio estaría *constituido* por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una relación adecuada”.



interacción”.<sup>182</sup> Así, en tanto la sociedad busca los límites para interactuar con los riesgos que considera “tolerables”, será el derecho penal el que regule los riesgos no permitidos, así como los riesgos permitidos que han sobrepasado sus barreras de permisión; esto se objetiviza a través de la tipificación de las conductas que para la sociedad son importantes mantener dentro de ciertos límites, dentro de cierta normatividad, es decir, dentro de normas permisivas y prohibitivas insertas en la legislación.

## 2. Principio de confianza

Sencilla pero relevante resulta la máxima expuesta por Hegel, quien sostiene que “El mandato jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como persona”,<sup>183</sup> es decir, “reconocer a los otros como yo”,<sup>184</sup> como sujetos que confían en “nosotros”, tanto como “nosotros deseamos” confiar en ellos, puesto que todo ser humano es corresponsable del mundo en que habita.

Este principio de confianza permite actuar en el diario vivir, atento a que el “otro” cumpla con su propio *rol*. Sin embargo, dentro de una estructura de división de trabajo, se va haciendo más complejo este principio de confianza, ya que los demás deberán cumplir fielmente con su aporte. Además, en la medida que el sistema social se hace más complejo, la confianza en la norma ha de adoptar la función de esa confianza original en los otros. “La confianza original se ve sustituida por la ‘confianza en el sistema’ para posibilitar la interacción social. Cuanto más anónimos son los contactos el aumento de la desconfianza entre los individuos es

---

<sup>182</sup> *Idem*.

<sup>183</sup> Hegel, citado por Feijóo Sánchez, *El principio de..., cit.*, p. 39; este último dice que “a partir de ese reconocimiento surge el mundo del derecho como algo vinculante construido a través de la comunicación”.

<sup>184</sup> *Ibidem*, pp. 39-41. Agrega Feijóo que “hasta donde llega el reconocimiento de autodeterminación llega la responsabilidad. El ámbito de autonomía que disfruta un ciudadano es equivalente a su ámbito de responsabilidad... Las posibilidades de contacto están en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositen en las normas [...]: cuando la confianza en éstas se ve afectada las posibilidades de contacto social se reducen y la vida social se entumece; por el contrario, donde existe confianza en que todos respetarán las normas las posibilidades de contacto son mucho mayores”.

mayor y son más necesarias las normas que garantizan ciertas expectativas”;<sup>185</sup> por lo que en estructuras de organización, donde se concatenan varios aportes individuales, resulta de vital importancia este principio de confianza, pues es lo que permitirá a cada individuo atender a su propia tarea con la tranquilidad de que el resto del grupo ha hecho lo suyo en forma correcta (o debida atento a su propio rol).

Si el que persigue una finalidad en un determinado ámbito social puede contar con que los otros van a comportarse de forma correcta, ello tiene como consecuencia que se pueda organizar la consecución del interés que se persigue de una forma más racional. Por tanto, “el principio de confianza posibilita una organización más razonable de los contactos interpersonales. El principio de confianza, pues, está estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad”.<sup>186</sup>

El principio de confianza si bien es el punto toral para la división o reparto de trabajo, también se debe entender con límites claramente establecidos; de no ser así, se corre el riesgo de abusar del mismo, y que conductas descuidadas o indiferentes se cobijen ante la responsabilidad de terceros y bajo el manto del principio de confianza. Si bien en una organización cada quien tiene su propia tarea a realizar, no se pueden tolerar o consentir conductas disvaliosas de los demás intervinientes de la organización, y menos aún, amparar una conducta dolosa o culposa en dicho aporte defectuoso. Como comenta Feijóo, “si alguien se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su *injusto* dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero. Esta persona está realizando ya un

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 43. Cfr. Jakobs, G., *La imputación...*, *cit.*, p. 25, quien sostiene que “el principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo. Cfr. Kindhäuser, en Feijóo Sánchez, B., *El principio...*, *cit.*, p. 44, al comentar: “Si la norma no se reconoce como efectiva frente a los comportamientos se aminora su valor como criterio rector de la conducta; se defrauda —aunque sólo sea caso por caso— la confianza de los ciudadanos en el reconocimiento de la norma”.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 50. Cfr. Frisch, “Problemas fundamentales...”, *cit.*, p. 104, que dice: “Hasta qué punto se puede responsabilizar al órgano directivo de una empresa de la contratación o nombramiento del empleado en cuestión, o por haberle proporcionado los instrumentos para su trabajo o las informaciones necesarias, es una cuestión que no resulta fácil responder. Pues las respuestas que se dan a esta pregunta acerca de la responsabilidad por comportamientos delictivos de terceros resultan ya en general vagas y ambiguas; yendo desde la aplicación del concepto de ‘prohibición de regreso’, hasta el intento de centrar la cuestión en el momento subjetivo, pasando por el otorgamiento de relevancia al principio de confianza, a la adecuación social o al pensamiento del dominio”.

comportamiento antijurídico con indiferencia de que concurra con una conducta defectuosa de otra persona”.<sup>187</sup>

En la responsabilidad por organización debemos prestar atención a las órdenes que se dictan en forma vertical,<sup>188</sup> en donde el superior jerárquico, si bien no será responsable de la propia actuación de su subordinado, si lo será de las indicaciones que le dé a éste, así como de la conciencia que tenga de la falta de capacidad o de pericia del subordinado para ejecutar el trabajo encomendado; en donde, atento a la organización misma, será responsable de delegar responsabilidades en alguien que, dada su experiencia (la del superior jerárquico), considera incapaz de llevar a cabo, o peor aún, que la “notoria” inexperiencia del subordinado pueda producir un riesgo determinado. Por tanto, como sostiene Cerezo Mir, “cuanto menores sean la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza”,<sup>189</sup> pero, tampoco implica la permisión del otro extremo, es decir, que el subordinado consciente de su incapacidad por cumplir la labor encomendada, se ampare en la “orden” recibida por su superior, ni en el deber de vigilancia de este último.

---

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 69. Al respecto comenta que en algunos casos, uno no sólo toma decisiones y responde de sus comportamientos, sino que su ámbito de decisión y, por tanto, de responsabilidad, se extiende hasta afectar al comportamiento de terceras personas. En ese caso, la incorrecta organización de esa esfera de señorío ampliada supone que uno no responde de un injusto ajeno sino de la propia infracción de sus deberes como garante. Esto es importante, por ejemplo, en los casos de división vertical del trabajo en los que el superior o los superiores pueden tener especiales deberes de control y vigilancia que limitan el alcance del principio de confianza. En las relaciones jerárquicas los superiores (por ejemplo, el director médico de un hospital) pueden tener deberes especiales de selección, información, entrega de medios materiales, preparación, etcétera. O, por ejemplo, ciertas personas con deberes de inspección no pueden partir en su trabajo de la confianza en que todas las personas susceptibles de investigación respetan escrupulosamente las normas y, con base en ello, infringir sus deberes de inspección.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 55. Agrega Feijóo “que toda indicación defectuosa, imprecisa o incompleta a un subordinado supone ya una infracción del deber de cuidado... Sin embargo, ello no implica tratar a los subordinados como personas irresponsables”. *Cfr.* Schumann, B., Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. LV, 2004, p. 56, quien al respecto agrega que “el que recibe las instrucciones debe asegurarse de que ha entendido bien dichas instrucciones o solicitar algún tipo de aclaración o instrucciones complementarias cuando le surge alguna duda con referencia a la corrección de lo que ha de hacer”.

El principio de confianza no debe entenderse como una circunstancia dada *per se* a todo sujeto, sino como una correspondencia a la responsabilidad asumida por cada individuo frente a su colectividad, de tal suerte que cada individuo será merecedor de dicha confianza atento a la evitación de riesgos en su actuar. Lo anterior coincide con el planteamiento de Otto, quien sostiene que “cuando una persona conozca o deba conocer (elemento de imputación personal) una situación en la que ya no les es posible confiar —existen motivos objetivos concretos o evidencias de que otra persona no quiere respetar las normas o carece de capacidad para ello— ya será posible imputar el hecho típico a esa persona a título de dolo o imprudencia en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación”.<sup>190</sup> Es decir, la confianza no es ciega, sino que debe ser objetiva, por lo que no será justificada una conducta si, concatenada con otra que ha rebasado los niveles de confianza, genera un resultado típico, pues objetivamente se pudo haber evitado, máxime si existe un tercero que confía en esta última aportación.

### 3. Prohibición de regreso

La concepción de prohibición de regreso se expuso a comienzos del siglo XX en Alemania por Reinhart Frank, entendida como un mecanismo para impedir que la responsabilidad penal se extendiera de manera ilimitada; conforme al planteamiento original de la *prohibición de regreso*, “un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada”.<sup>191</sup>

Así, esta prohibición de regreso “se concreta en la prohibición de recurrir, en

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 75. Cfr. Stratenwerth, quien en el mismo artículo sostiene que “La enorme especialización que caracteriza nuestra sociedad en la actualidad tiene como consecuencia que cada uno sólo se pueda ocupar con garantías suficientes de un ámbito muy limitado”, p. 55.

<sup>191</sup> Reyes Alvarado, Yesid, “El concepto de imputación objetiva. Derecho penal contemporáneo”, *Revista Internacional*, Colombia, núm. 1, octubre-diciembre de 2002, pp. 19 y 20, agregando que “en términos generales puede entonces afirmarse que con la *prohibición de regreso* se pretendió exonerar la responsabilidad penal a quien con su conducta posibilita la ejecución del hecho delictivo, equiparando así el comportamiento de esa persona con el de quien despliega una conducta socialmente adecuada. La *prohibición de regreso* se reformula en la segunda mitad del siglo XX obedeciendo a un intento más de los partidarios de una concepción final del injusto, por solucionar los inconvenientes que a ellos planteaban algunos supuestos de hecho relacionados con delitos imprudentes”.

el marco de la imputación, a personas que si bien, física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo —hubiese bastado la voluntad de hacerlo—, a pesar de la no evitación, no han quebrantado su *rol* de ciudadanos que se comportan legalmente. La prohibición de regreso no anula deberes *existentes*, sino que, sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad”.<sup>192</sup> Baste imaginar un campo de tiro, en donde la “empresa” provee al tirador “A” un rifle cargado para efecto de las prácticas de tiro; es el caso que “A”, sea por error o en forma dolosa, dispara el arma hiriendo a “B”. En esta situación sería imposible atender a un curso causal en donde se imputaría a la “empresa” (o al empleado de la misma) el haber proveído el arma; por el contrario, de acuerdo con la prohibición de regreso, esta responsabilidad no puede abarcar a la “empresa”, sino solamente a “A”, claro, entendiendo que “A” es un sujeto imputable, no así si se tratase de un sujeto no imputable (menor de edad, por ejemplo), pues lo importante no son los meros efectos causales, sino identificar *quien* es el responsable del resultado típico, y por consecuencia *quién* será merecedor de pena.

De ahí que la figura de la prohibición de regreso sea entendida como un problema normativo —de imputación— que se ubica sistemáticamente en el *tipo* objetivo. Por tanto, la prohibición de regreso forma parte de la novedosa *teoría de la imputación objetiva*,<sup>193</sup> por lo que, para efectos de imputación, lo que realmente interesa es *quién* vulneró la norma. Al respecto, Canció Meliá sostiene que “a través de la imputación objetiva se trata de definir la conducta típica, más allá de elementos fáctico-naturales y de accidentes particulares de la infracción, normativamente como conducta con significado (objetivo) típico. Se pasa así de la imputación del resultado a la imputación de la conducta como típica”.<sup>194</sup>

Para la responsabilidad penal por organización, la concepción de la prohibición de regreso puede presentar una dificultad o salida cómoda en terrenos del derecho “procesal”, pues, en este campo, todos los aportes hechos con

---

<sup>192</sup> Jakobs, G., *La Imputación...*, *cit.*, pp. 61-63.

<sup>193</sup> Quintino Zepeda, R., *Diccionario de...*, *cit.*, p. 317.

<sup>194</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 21.

conocimiento o con capacidad de haber conocido deben ser corresponsables, pues más allá de su aporte individual, de alguna manera participan del resultado producido por el colectivo. Tal como lo sostiene Tiedemann, para quien “la infracción de deber objetivo de cuidado existe cuando, al incumplir el deber de vigilar el producto defectuoso, se hubiera obtenido conocimientos que a su vez hubiesen originado la obligación de informar, corregir, dejar de producir, o retirar del mercado el producto”.<sup>195</sup> Esta postura implica que existen campos de acción personal que llevan inmersa una responsabilidad por las conductas o aportes preexistentes, ante los cuales, a decir de Canció Meliá, la teoría de la imputación objetiva se presenta como un “procedimiento de interpretación de los tipos penales que significa la conexión entre el texto de la ley y la realidad social”.<sup>196</sup>

#### IV. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN NORMATIVA

Por su lado, Díaz Aranda, partiendo de su postura de la integración de la teoría del delito con tres elementos: conducta-típica, antijuridicidad y culpabilidad, sostiene que el juicio de tipicidad se debe analizar desde tres vertientes: objetiva, normativa y subjetiva, proceso que permitirá determinar si la conducta realizada por una persona física es aquella que el legislador penal ha querido prohibir y sancionar en determinada norma. De ahí que en relación con los elementos de la conducta-típica, este autor sostenga:

“Como he señalado, la tradicional división entre tipo objetivo y tipo subjetivo debe ser sustituida por elementos objetivos, normativos y subjetivos de la conducta típica, entre los cuales se debe establecer una relación horizontal y no vertical, pues si quisiéramos constatar primero los elementos objetivos y después los normativos con ello sólo podríamos analizar los delitos de acción, pero no encontraríamos el soporte necesario para explicar los de omisión, en los cuales la conducta que realiza el agente no es la descrita objetivamente en el tipo”.

---

<sup>195</sup> Tiedemann, citado por Quintino Zepeda, *Diccionario de...*, *cit.*, pp. 321 y 322.

<sup>196</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 41.

“...si queremos analizar primero los elementos objetivos del hecho y dejar hasta el final el estudio de los elementos subjetivos de la conducta típica, será muy probable que hagamos juicios erróneos de tipicidad, lo cual se evita si eliminamos la idea de prelación entre elementos objetivos, normativos y subjetivos y los ponemos al mismo nivel, siendo el hecho por analizar el que nos dé la pauta sobre el elemento por el que debemos empezar”.<sup>197</sup>

Agrega este autor que en aquellos casos en que el elemento objetivo no aparece descrito en la descripción del tipo penal, se requerirá acudir a los elementos normativos, a fin de estar en posibilidad de “valorar el hecho y determinar si este es aquel que normativamente quiso sancionar el legislador, y así, sin violar el texto de la ley, atribuir o imputar el resultado a la conducta del sujeto”.<sup>198</sup>

Señala, además, que los elementos normativos jurídicos se pueden dividir en expresos e implícitos; tradicionalmente conocidos los primeros como aquellos que están plasmados en el tipo penal de forma expresa, mientras que los elementos normativos implícitos “están conformados por una serie de criterios sustentados en el derecho positivo y que se agrupan bajo el nombre de teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta”,<sup>199</sup> o también llamada “teoría de la imputación objetiva del resultado”. Así, los criterios normativos implícitos, a juicio de este autor, requieren de una interpretación gramatical, sistemática, teleológica e histórica; además, estos criterios normativos implícitos son aplicables a conductas típicas de resultado, y no así a conductas típicas de mera actividad.

---

<sup>197</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, STRAF, 2008, pp. 636 y 637.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 626.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 644. Afirma que “no sigue la denominación de teoría de la imputación objetiva del resultado, porque la considera una traducción desafortunada de la terminología empleada por la doctrina alemana, que sólo se refiere a la teoría de la imputación objetiva o de imputación al tipo objetivo, siendo que la doctrina española le ha agregado todos los demás adjetivos. Además, con estos criterios no estamos buscando ‘imputar objetivamente’, porque esa clase de imputación sólo se consigue a través de criterios causales o físicos. Sería tanto como volver a la teoría causalista de la conducta... En realidad lo que buscamos son ‘criterios normativos’ que nos ayuden a sustentar debidamente cuándo podemos imputar un resultado a una conducta, sea de acción o de omisión”, p. 645.

Aunado a lo anterior, Díaz Aranda propone reubicar los supuestos de ausencia de conducta (*vis absoluta y vis compulsiva*), proponiendo su ubicación dentro de los elementos normativos de la conducta-típica, bajo el rubro de imputación normativa del resultado a la conducta, teniendo en cuenta que los elementos normativos no son perceptibles sensorialmente (como sucede con los elementos objetivos), sino que, al no tener corporeidad, son producto de una valoración.

Por ello, define a los elementos normativos de la conducta típica como “aquellos que requieren de una valoración cultural o jurídica para establecer si el hecho corresponde o no a la descripción prevista en el tipo penal”.<sup>200</sup>

Así, derivado de la evolución de diversas teorías, se llega a la etapa del funcionalismo, el cual, como sostiene Díaz Aranda, contiene dos innovaciones para la teoría del delito: “la teoría de la imputación al tipo objetivo”, la cual denomina teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta, y la “tercera categoría de la teoría del delito, denominada responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imponer la pena”.<sup>201</sup> Esta evolución surge por la necesidad de considerar y valorar los elementos normativos que se encuentran insertos en los tipos penales (sea explícitos o implícitos), a fin de hacer una adecuada valoración de la conducta desplegada por el sujeto, cuyo análisis vaya más allá del mero plano objetivo de la teoría de la imputación objetiva, de la cual dicho autor considera desafortunada su denominación, ya que sostiene que “dicha clase de imputación sólo se consigue a través de criterios causales o físicos; sería tanto como volver a la teoría causalista de la conducta [...] en realidad lo que buscamos son ‘criterios normativos’ que nos ayuden a fundamentar cuándo podemos imputar un resultado a una conducta, sea de acción o de omisión”.<sup>202</sup>

A la luz de esta teoría, los criterios normativos nos permitirán dotar de contenido valorativo y social las conductas desplegadas por el sujeto, y con base

---

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 641.

<sup>201</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, STRAF, 2006, p. 57.

<sup>202</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 49.



en ello estar en capacidad de establecer la responsabilidad ante un incumplimiento a la norma, esto es, ir más allá de la mera vulneración a la norma en su sentido causal, para tratar de comprender los motivos que han llevado al sujeto a vulnerar la misma.

Bajo la premisa, sostenida por Díaz Aranda, en cuanto a la categoría única que compone la conducta-típica, y en alusión a los elementos normativos implícitos en el tipo, propone dos grandes criterios para delimitar el radio de prohibición de la norma: 1) ausencia de voluntad, y 2) alcances del tipo,<sup>203</sup> criterios que se citarán brevemente a continuación:

*Ausencia de voluntad.* Definida por dicho autor como la “capacidad para autodeterminar libremente nuestros movimientos corporales”,<sup>204</sup> capacidad que será minada o dominada cuando se presenten causas de ausencia de la voluntad, tales como la fuerza física irresistible, los movimientos reflejos, el hipnotismo y crisis epilépticas.

*Alcances del tipo.* En este criterio Díaz Aranda encuadra los presentados por Roxin dentro de la teoría de la imputación objetiva del resultado:

1. “Creación de un riesgo no permitido,
  - a. Exclusión de la imputación en supuestos de disminución del riesgo. Supuestos en los que ‘existe un proceso generador de riesgo para el bien jurídico tutelado proveniente de una causa externa ajena al sujeto activo, quien interviene para disminuir la lesión del bien’.<sup>205</sup>
  - b. Exclusión de la imputación si falta la creación de peligro. Toda vez que, ‘el peligro de lesión de bienes jurídicos que representan determinadas conductas desde una perspectiva *ex ante* sirve como criterio para excluir conductas que, pese a ser las causantes de resultados, no se pueden imputar al tipo objetivo debido a que no representaban previamente dicho peligro de lesión’.<sup>206</sup>
  - c. Creación de peligro y cursos causales hipotéticos. Sosteniendo el criterio comúnmente aceptado consistente en que ‘la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera

---

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 68.

- asumido el hecho (principio de asunción)'.<sup>207</sup>
- d. Exclusión de la imputación en supuestos de riesgo permitido. Entendiendo por riesgo permitido 'una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y, por ello, a diferencia de las causales de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo'.<sup>208</sup>
2. Realización del riesgo no permitido,
    - a. Exclusión de la imputación por falta de realización del peligro. Refiere a los 'supuestos en los cuales se ha realizado una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado, pero la lesión de dicho bien se debe a otro curso causal imprevisible aunque relacionado con el riesgo original'<sup>209</sup> ...siendo independiente de la representación que haya tenido el autor sobre el acontecer causal, siendo indispensable que la conducta aparezca como peligrosa y que el resultado sea efecto del peligro que, desde una perspectiva *ex ante*, entrañaba la conducta para poder ser imputado al resultado al autor'.<sup>210</sup>
    - b. Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido. Supuesto que se plantea dentro de los deberes que debe asumirse en la esfera de la calidad de garante que tenga el sujeto, frente a los cuales si 'no observa dichos deberes y, por tanto, eleva el riesgo, pero si el resultado de todas formas se habría producido aunque el autor hubiese observado dicho deber, entonces ese resultado no se puede imputar a su conducta'.<sup>211</sup>
    - c. Exclusión de la imputación si el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado. Comprende los supuestos en los que 'el sujeto activo viola algún deber de cuidado, lesiona un bien jurídico, pero esa lesión no es la que la norma pretendía evitar'.<sup>212</sup>
    - d. Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo. Encuadrando a los 'supuestos en los cuales el autor desobedece un deber de cuidado, eleva el riesgo y lesiona un bien jurídico tutelado, resultado que de haber realizado la conducta debida, probable o posiblemente habría evitado el resultado, y por tanto se le puede imputar normativamente'.<sup>213</sup>
  3. Alcance del tipo. Criterio en el que se analizan las conductas que no tienen contenido subjetivo de dolo ni de culpa, sino que 'la propia víctima se pone en peligro con la participación de otros (autolesión) y otorga su consentimiento para

---

<sup>207</sup> Roxin, citado por *ibidem*, p. 75.

<sup>208</sup> Roxin, citado por *ibidem*, pp. 78 y 79.

<sup>209</sup> Roxin, citado por *ibidem*, p. 82.

<sup>210</sup> *Ibidem*, pp. 83 y 84.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 92.

que sea otro quien realice la conducta que le causará daño (heterolesión),<sup>214</sup> tales como: caso fortuito, la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, y la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste’.

Frente a los criterios antes descritos, Díaz Aranda propone su teoría de imputación normativa del resultado a la conducta, tomando como parámetro de análisis la teoría de la imputación objetiva del resultado, e integrando tanto las causas excluyentes de la voluntad como las de la culpabilidad; funda su postura en la integración del cuerpo del delito, establecido en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual sostiene que para la integración del tipo habrán de tomarse en cuenta incluso los elementos normativos, cuando el tipo así lo requiera.

#### V. INSUFICIENCIA DE LA IMPUTACIÓN A LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL, FRENTE A LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

##### *1. Los aportes individuales dentro de la responsabilidad colectiva*

En una sociedad, los aportes individuales encuentran sus propios límites en los bienes y derechos de terceros; igual sucede en ámbitos de organización, la cual se enfoca a ciertos resultados, gracias al aporte de cada uno de sus individuos, los cuales se ven directamente corresponsabilizados. Así, para Hassemmer la imputación penal formalizada encuentra su justificación no sólo en los intereses de aquellos que forman parte inmediata en el proceso de lesión de la norma, sanción e imputación, sino que la imputación también tiene su reflejo en los intereses de todos nosotros: sostiene que existen “intereses que, más allá de la participación inmediata en conflictos de desviación, se refieren a la efectividad de las formas de protección cuando se amenaza e infringe la norma. En este punto, un proceso de imputación ordenado y bien justificado puede amortiguar y neutralizar los procesos

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 95.

espontáneos, irracionales o dirigidos a imponer intereses particulares”.<sup>215</sup>

Esos aportes individuales revisten vida especial cuando se conforman dentro de una organización, pues a juicio del autor antes citado, “la organización de nuestro acuerdo sobre las normas y su infracción no se limita solo al derecho penal sino que se extiende a otros ámbitos de nuestra vida en sociedad sobre las ideas de causación y responsabilidad. Estos procesos de atribución tienen orígenes diferentes en lo que a presupuestos internos y formas de aparición se refiere y por eso son diferentes en cuanto a su peligrosidad y su potencial lesivo”.<sup>216</sup> Por ello resulta trascendente fijar los límites que nos lleven a responsabilizar penalmente la conducta típica que si bien se cometió por una organización (en cualquiera de sus niveles jerárquicos), se dio gracias a los aportes individuales, aportes que indiscutiblemente requerirán su valoración y grado de culpabilidad igualmente individuales;<sup>217</sup> todo ello con un punto de partida consistente en presupuestos objetivos como parte del ente colectivo (la organización) y concretando la punición (en su caso) con baremos subjetivos en el estadio de la culpabilidad, y siendo conscientes que, como sostiene Kuhlen, “hay que desarrollar reglas de imputación,

---

<sup>215</sup> Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 188. Cfr. Rodríguez Montañez, T., *Delitos de peligro...*, cit., p. 301; afirma que “con relación a todos los bienes jurídicos institucionales, el menoscabo de tales bienes de carácter inmaterial se produce más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Y ahí radica, precisamente, la dificultad para determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo”. Cfr. Alcácer Guirao, Rafael, “La protección...”, p. 160, cuando aborda el tema de *solidaridad* (también sostenido por Jakobs), como “una fundamentación de la imputación penal, en tanto que la idea de *solidaridad* no fundamenta derechos del individuo, sino que interpone deberes; no se dirige a la evitación de ataques externos en la autonomía del individuo, sino que exige la renuncia a la consideración de derechos propios a favor de la comunidad u otros individuos”.

<sup>216</sup> Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 185.

<sup>217</sup> Jakobs, Günther, “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva”, citado por Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., p. 91, en donde cita dos ejemplos en cuanto a la dificultad de determinar el *hecho*: “Ej.1: Un gestor del negocio ha colaborado en la comercialización de un producto cognosciblemente nocivo, y tiene por tanto el deber como garante por injerencia de retirar el producto. Sus colegas han acordado en su ausencia no proceder a la retirada y no se dejarán persuadir de lo contrario, o bien le han vencido por mayoría de votos en su presencia, o, por fin, no se han pronunciado todavía al respecto, pero, según la experiencia, no se dejarán convencer de la retirada. Ej.2: El obligado por el deber de retirar el producto no informa siquiera de la situación a los colegas gestores del negocio, ya que —acertadamente— en definitiva no ve posibilidad alguna de salvación. ¿Acaso no responde nadie? Y agrega: Nadie está autorizado a lesionar un bien por el hecho de que si no lo lesionaría algún otro”.

que permitan hacer responsable a todo aquel que, por su posición dentro del sistema de fabricación y distribución de bienes, deba asegurar el cumplimiento de las normas de conducta (los estándares de cuidado) que permiten reducir los riesgos derivados del producto”.<sup>218</sup>

Ante las limitantes que afronta la actual dogmática penal frente a los delitos e intereses colectivos, resulta interesante la propuesta de Alcácer Guirao, quien sugiere un modelo de derecho penal actual fundado en la competencia por la propia esfera de libertad y organización, a saber:

- “— Un marco de legitimidad de sus intereses a proteger centrado, con relación a su fundamento, en los intereses personales.
- Una estructura de imputación basada en la responsabilidad subjetiva e individual.
- Y un principio de lesividad enfocado a un resultado tangible respecto del menoscabo de un bien jurídico material, reconducible, a través de un nexo causal empíricamente verificable, a la competencia del dominio del agente en su esfera de acción más cercana”.

Asimismo, sostiene un modelo que denomina “Derecho penal asegurador del futuro”, en base al cual habría de contener algunos supuestos:

- “— En primer lugar, una regulación y protección de entidades supraindividuales, asegurando no tanto bienes personales como estructuras sistémicas o instituciones colectivas funcionales a la estabilidad social.
- En segundo lugar, una expansión de las estructuras de imputación, con al menos, las siguientes vertientes: responsabilidad cuasiobjetiva, centrada en una previsibilidad potencial, o directamente objetiva; responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales o vicarial en un reparto de la imputación en función de lo realizado por terceras personas, acorde a los fenómenos de delegación de control de riesgos, y de la imputación individual en virtud de una probabilidad de acumulación

---

<sup>218</sup> Kuhlen, Lotear, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, citado por Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., p. 232.

de acciones similares por terceros.

— Y, en tercer lugar, una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos, delimitados en virtud de estándares formales, o en producciones de efectos vinculados sólo en virtud de una causalidad estadística”.<sup>219</sup>

El análisis exhaustivo de la propuesta antes citada requeriría un estudio por separado al presente; sin embargo, basta con dejar apuntalada la inquietud de respetables estudiosos del derecho por encontrar nuevos planteamientos jurídicos y dogmáticos que, sin dejar de lado la base (indiscutible) del individuo, solucione problemas que devienen de responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales; problemas tanto reales como futuros, que vienen impactando de manera vertiginosa intereses no sólo importantes para el individuo, sino vitales. Respecto a éstos, Schünemann, aludiendo a los estudios doctorales realizados por Rotsch en la ciudad de Kiel, ha llegado a la conclusión, en su trabajo sobre *responsabilidad individual en las grandes empresas*, que “los procesos en una gran empresa, tremendamente complejos, ya no se pueden dirigir individualmente, y, por eso, el Derecho Penal basado en la responsabilidad individual queda sin efecto”.<sup>220</sup>

Las aportaciones individuales, aun cuando se desarrollen dentro de estructuras de organización y se tornen importantes en cuanto sus cooperaciones intersubjetivas, deberán conservar su esfera de imputación individual, partiendo de que existe una libertad individual que legitima dicha imputación. Por ello, será importante ir más allá de las regulaciones existentes en el campo del derecho civil para responsabilizar a la “organización” (institución) por las responsabilidades de todos los intervinientes; soluciones que se toman en la actualidad cuando resulta imposible la imputación individual. Pero la protección de ciertos intereses sociales va más allá de meras “sanciones administrativas”, ya que se está hablando de

---

<sup>219</sup> Alcácer Guirao, “La protección...”, *cit.*, pp. 152-154.

<sup>220</sup> Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 12.

necesidades del individuo, para el individuo y por el individuo,<sup>221</sup> las cuales requieren compromisos y responsabilidades de todos y cada uno de los seres humanos, pues más que “remediar”, urge asumir conciencia de la prevención, conciencia que si bien inicia en la esfera individual y/o interés personal, trasciende a intereses colectivos presentes y futuros.

En esta responsabilidad colectiva inmersa en la sociedad del riesgo que se ha analizado, resulta relevante la imputación a título individual, ya que “la posibilidad de una imputación es una condición trascendental de las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco. Su amplio significado y su posición central en un sistema penal se deben precisamente a este origen”.<sup>222</sup> Entendida la imputación no como *retribución*, sino como base para el establecimiento de los niveles de confianza que requiere el individuo para ser capaz de vivir armónicamente en la sociedad que ha elegido (o le ha tocado vivir); con los derechos y obligaciones que conlleva ser partícipe en la dinámica social actual, misma que, cada vez más, lleva a relaciones supraindividuales e intereses colectivos, ante los cuales todo individuo habrá de responsabilizarse, so pena de perder incluso el más intrínseco de sus derechos, la dignidad humana.

## *2. Figuras de autoría y participación que sirven de apoyo al análisis de la responsabilidad colectiva*

Se parte de la base de que toda organización se consolida previa selección de sus

---

<sup>221</sup> Bustos, citado por Alcácer Guirao, “La protección...”, *cit.*, p. 170. Autor que respecto de la importancia del individuo sostiene que “Sería equivocado hablar de bienes jurídicos supraindividuales, es decir, que constituyan una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos [...] El término colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la protección, pero en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo (razón social o de Estado o de seguridad) al cual éste quede sometido. Por el contrario, se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc. adquieran un sentido material [...] Los bienes jurídicos colectivos aparecen, por tanto, como *complementarios*, desde una perspectiva material, a los bienes jurídicos individuales. Luego los bienes jurídicos colectivos *hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*”.

<sup>222</sup> Hassemer, W., *Persona, mundo...*, *cit.*, p. 164.

integrantes, a quienes posteriormente se les ubica de acuerdo con diversos órdenes jerárquicos y con base en un organigrama propio, conforme al cual se vincularán cada uno de los individuos y por tanto serán responsables de su propia función. Por lo que “mediante la distinción de miembros y no miembros, los sistemas de organización marcan sus fronteras y, en consecuencia, su modo de reproducción: sólo se reconocen como propias las comunicaciones de sus miembros”.<sup>223</sup> De ahí que sea importante cada una de las comunicaciones emitidas por los autores, pues dicho conglomerado individual es lo que en definitiva generará el aporte colectivo con contenido suficiente para concretar (en su caso) el hecho delictivo.

En los casos de criminalidad dentro de la empresa, las reglas penales de imputación de responsabilidad se esbozan en función del mecanismo interno de funcionamiento, es decir, de las correctas interrelaciones entre los respectivos órganos. Los miembros de la empresa, como comenta García Cavero, son:

“Sistemas independientes y, por tanto, esferas individuales con competencias de organización e institucionales. En este sentido, en el marco de las relaciones funcionales entre los miembros de la empresa pueden vulnerarse esferas de organización cuyos titulares lo constituyen la propia empresa, sus órganos, o miembros particulares de los mismos. La consideración de la empresa como organización de acciones conforme a una estructura organizativa es en este ámbito la perspectiva de análisis correcta... La empresa organiza acciones comunicativas, no personas individuales. En este sentido, el criterio decisivo para la determinación de la responsabilidad penal en los delitos realizados dentro de la empresa son los roles internos que cada órgano tiene dentro del sistema empresarial. La empresa no es observada como una unidad desde la que surge un *output* no permitido, sino como un lugar de posible conflicto entre personas que desempeñan un rol interno dentro de ésta”.<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> Luhmann, N., *Sociología...*, citado por García Cavero, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 73.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 75.



Bajo esta concepción de empresa, habrá que centrarse en los límites impuestos por la sociedad del riesgo, como lo son el *rol* que desempeña cada individuo, mismo que servirá de base para los niveles de *confianza* en que busca vivir la sociedad, así como la imputación a título personal, pero basado en un injusto ya no individual, sino de la organización en sí (entendida ésta como un conjunto de aportes o comunicaciones individuales).

Al estar frente a la tutela de derechos fundamentales sociales, que atañen al interés y esfera jurídica de todos los integrantes de una colectividad, es que la responsabilidad no sólo se centra en los individuos, sino en el colectivo mismo. Ante ello resulta oportuno analizar los elementos que actualmente brinda la dogmática penal, para resolver la imputación a título personal dentro de una responsabilidad colectiva; para ello se esbozarán algunas de sus complicaciones, así como los “vacíos” existentes en la actual teoría de la autoría y participación. Con lo cual se espera que el lector comparta la inquietud de buscar nuevos límites de imputación en estos casos y evitar con ello, más que impunidades, los estadios de temor y desconfianza en que vive la sociedad, de la cual todos somos parte importante.

#### *A. Autoría mediata en la responsabilidad colectiva*

La figura del autor mediato refiere al “sujeto que *valiéndose de otro comete un delito*. En los casos de autoría mediata se *instrumentaliza* al autor inmediato, de tal manera que el sujeto de atrás (el autor mediato) se *vale* del sujeto de delante (autor inmediato) para cometer cierto delito”.<sup>225</sup> Indiscutiblemente, pueden existir distintas conductas delictivas emanadas por los superiores jerárquicos que actúan dentro de una institución u organización, las cuales se pueden resolver mediante la figura de autoría y participación, sobre todo cuando el instrumento no es doloso, o bien, cuando se encuentra amparado bajo el error de tipo, por haber desconocido uno de los elementos del mismo; de esta manera, en dichos casos la conducta del

---

<sup>225</sup> Quintino Zepeda, *Diccionario de...*, cit., p. 78.

*instrumento* será atípica, y por tanto eliminaría igualmente todas las posibilidades de participación en torno a la conducta del autor, pues atento al principio de accesoriedad limitada, al partícipe solamente se le podrá imputar el aporte generado en torno a la conducta delictiva del autor y, en el caso de no haber autor, por no ser típica su conducta, no habrá conducta sobre la cual basar los aportes del partícipe.

Uno de los primeros problemas dentro del tema de la autoría se presenta cuando el *instrumento* actúa con pleno conocimiento de estar incrementando un riesgo no permitido, cumpliendo así con uno de los elementos que integran el dolo (el elemento *cognitivo*);<sup>226</sup> de tal suerte que, de acuerdo con las teorías de la voluntad, toda vez que la voluntad del instrumento es indemostrable por pertenecer a su fuero interno, resulta difícil concretar dicha conducta como dolosa, generando que se descargue toda y la única responsabilidad en el autor mediato (hombre de atrás). Con ello se deja al margen la conducta desplegada por el *instrumento*, que si bien no tenía los intereses del hombre de atrás, sí era consciente *ex ante* de su conducta peligrosa. Es decir, estaríamos “excluyendo” la conducta del *instrumento* de una imputación penal, con todas las vulneraciones que conlleva la marginalidad del principio de confianza.

La *instrumentalización* a que alude la autoría mediata es, en numerosos casos, sobre el manejo o dominio de la voluntad del *instrumento*, de ahí que se pueda concebir a un *instrumento doloso*, mismo que, en la medida que su voluntad esté dominada por el hombre de atrás, no será penalmente responsable. Sin dejar de lado que, en el caso concreto, habrá que hacer un análisis objetivo de los bienes jurídicos que encuentra en juego el *instrumento*, para sustentar el dominio de voluntad que se tenga sobre éste.

El dominio de la voluntad que ejerce el hombre de atrás o autor mediato sobre el *instrumento*, se puede presentar incluso con una conducta dolosa de parte de

---

<sup>226</sup> Jakobs, Günther, “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto”, citado por Mir Piug y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, *cit.*, quien sostiene que “Queda por examinar aquella constelación en la cual los que adoptan el acuerdo actúan dolosamente, mientras que al ejecutor le falta el dolo; para que responda el que actúa dolosamente detrás de uno que actúa sin dolo, el Derecho positivo sólo conoce la figura de la autoría mediata”.

dicho ejecutor (instrumento), situación que claramente se ve en la dinámica de actuación de una organización. Esta forma de dominar la voluntad “ha sido nombrada por la doctrina como ‘*dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*’, o simplemente: ‘*dominio de voluntad por organización*’”.<sup>227</sup>

Como señala Roxin, el dominio de voluntad deberá emanar de una autoridad jerárquica superior, y siempre será dirigida a un sujeto indeterminado, lo que él llama *ejecutores fungibles*, puesto que la conducta no requiere que sea desplegada por un sujeto en particular, sino que la puede hacer cualquier persona, es decir, los sujetos que intervienen como ejecutores pueden ser *intercambiables*. Esta teoría, denominada *teoría del dominio del hecho*, cuyo precursor es Claus Roxin, se desarrollará más adelante, por el momento solamente se deja sentada otra de las dificultades que presenta la figura de la autoría mediata para imputar, dentro de un colectivo, responsabilidades a los autores en su esfera individual, generando con ello mecanismos de defensa procesal que incluso lleguen a burlarse de la dogmática misma y ni qué decir de la propia ley.

Frente a estos supuestos, cabe preguntarse, ¿la figura de la autoría mediata cubre las necesidades de imputación individual dentro del ámbito de la responsabilidad por organización?, o por el contrario, deja al borde el derecho penal, y se ventila dentro de la imputación civil y de reparación del daño, que en el ámbito administrativo pretende “resolver” la organización con dinero (dinero que, en la mayoría de los casos no repara el daño causado), pero sólo como ente jurídico, desligándose así de la complejidad que implica determinar el centro del injusto penal. Como sostiene Hassemer, “en el Derecho Penal hay que aplicar, en cambio, criterios referidos al hecho y a la situación de acción”,<sup>228</sup> basándose para ello, además, en el principio de culpabilidad o de responsabilidad individual.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> Quintino Zepeda, *Diccionario de...*, cit., p. 80.

<sup>228</sup> Hassemer, W., citado por Muñoz Conde, Francisco, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?”, *Revista de Derecho Penal*, Argentina, 2001-2, Rubinzal-Culzoni, p. 790.

<sup>229</sup> *Idem*.

## B. Coautoría en la responsabilidad colectiva

Por su parte, la figura de la coautoría reviste un problema medular *respecto del principio de ejecución*, del cual se ejemplificará lo complejo que resulta determinar “cuándo se ha iniciado con la *ejecución*”. Lo anterior porque la *ejecución* habrá de referirse al núcleo del tipo (o de la figura delictiva en concreto), lo cual en el ámbito del *iter criminis* (“camino del delito”) resulta sumamente complejo, tal como sucede en aras de imputar una tentativa, en donde el punto álgido se presenta al determinar cuándo ha iniciado la fase externa del *iter criminis*, ya que el derecho penal no sanciona ideas, solamente conductas, y conductas antijurídicas; la exteriorización de la conducta, dentro de la fase ejecutiva, es lo que permitirá identificar la adecuación o no de una conducta a un tipo concreto.

Esta problemática se agrava cuando se circunscribe a la responsabilidad por organización, en donde hay autores que “aparentemente” no participan en la fase *ejecutiva* del *iter criminis*, porque solamente planean, sugieren, organizan, etcétera; estas conductas, en la dogmática, encuentran difícil cabida de imputación penal (por lo menos en términos de autoría), toda vez que para configurar una coautoría se requiere un plan común (sea tácito o expreso) y un aporte en la fase ejecutiva, tal como lo señala el Código Penal Federal: “los que lo realicen conjuntamente” (artículo 13, fracción III).

Ante esta realidad, se corre el riesgo de imputar una conducta de “mero partícipe” o “cooperador” a quien aparentemente no ha “ejecutado”, aun cuando su conducta quizá sea más riesgosa que la desplegada por quien finalmente llevó a cabo materialmente el hecho. Resulta con ello, quizá, una pena menor que la del autor directo (el subordinado), o bien igual a la de éste, pero bajo el absurdo del quebranto a las reglas de la dogmática penal.

A fin de resolver los aportes de los individuos en una organización, Muñoz Conde analiza el requisito de la *coejecución* que contempla la coautoría, misma que a juicio del análisis hecho en el presente trabajo, no puede resolver los problemas propios de la responsabilidad penal atribuida a cada individuo que actúa dentro de una organización, pues comenta:

“El requisito de la coejecución, por lo menos estrictamente considerado, no es más que la consecuencia de una teoría objetivo-formal que ya se ha mostrado de un modo general insuficiente, incluso para explicar el concepto mismo de autoría, y lo que es más aún, para explicar el concepto de coautoría... Creo (agrega el autor), por tanto, que dentro de la coautoría no sólo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución. Considero que el requisito asumido por la doctrina dominante de que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. En éstos la acción ejecutiva fundamenta siempre una autoría directa, pero en la criminalidad de una empresa tiene otra significación, pues no es otra cosa que el poner en marcha la decisión de un hombre de atrás que es el que realmente la controla y la domina... lo que fundamenta la coautoría, puede darse también en la fase preparatoria cuando configura la ejecución o está tan íntimamente vinculada con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global”.<sup>230</sup>

El autor citado propone como solución a la problemática de la coautoría, dentro de una organización, el que se maneje como “una (co)autoría-mediata, aplicada cuando se trate de ejecutor irresponsable, o un supuesto normal de coautoría, cuando el ejecutor es responsable. Forma con la cual se imputará a título de (co)autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, pero controlando y

---

<sup>230</sup> *Ibidem*, pp. 761, 786 y 787; al respecto agrega ROXIN, citado en el mismo artículo, p. 763, “que si bien no una intervención en la fase preparatoria, sí al menos una cooperación en la acción típica o *en relación inmediata* con ésta” puede fundamentar el dominio del hecho, es decir, en este caso, la coautoría. Lo que pasa es que la distinción entre fase preparatoria y fase ejecutiva, ni siquiera cuando se trata de un autor individual es fácil de hacer y, desde luego, se complica mucho más cuando son varias personas las que intervienen en la realización del hecho. *Cfr.* Jakobs en su artículo “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto”, citado por Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, *cit.*, al sostener que “Los intervinientes ciertamente saben que se reparten la planificación y la ejecución de una conducta negocial, pero no saben que con ello se reparten a la vez también las aportaciones necesarias para la realización de un daño. A pesar de este desconocimiento, los no-ejecutores sólo pueden responder cuando mediante su conducta han creado un fundamento o razón para que la ejecución que otro emprende se les impute a ellos también”.

dominando grupos de personas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial”.<sup>231</sup>

Sirva la propuesta antes planteada como una muestra de los vacíos que presenta la dogmática penal para solucionar los planteamientos aquí expuestos; ante lo cual cabe hacer el siguiente análisis: si bien una vez que el *instrumento* (ejecutor) es “responsable”, se le puede considerar coautor; sin embargo, se siguen presentando los problemas del plan común en relación con el injusto penal, lo cual no se debe confundir respecto de la finalidad propia de la organización. Y por otro lado, la coautoría mediata propuesta por el autor en comento, a juicio del presente estudio, es sumamente interesante, sin embargo, no logra incluir a “todos los hombres de atrás”, precisamente por la dificultad de concretar cada uno de los aportes individuales en un dominio de la voluntad; lo que reconduce a los problemas antes planteados.

Por ello, haciendo un adelantamiento a los análisis que restan por plantearse, se sugiere que el planteamiento de un *injusto colectivo* resolvería estos problemas; para lo cual se debe fijar un baremo de responsabilidad penal dentro de la organización a todos aquellos que, como aporte mínimo, intervinieron en forma consciente (o cognoscible) a la concreción del riesgo; con la debida individualización de la pena (en su caso) en aras de la culpabilidad.

### C. *Delitos cualificados propios en la responsabilidad colectiva*

Los delitos *cualificados* (también llamados *delitos especiales*) son aquellos delitos que requieren una condición especial del sujeto activo para poderlo considerar penalmente imputable a título de autor (llámese funcionario, padres, servidor público, administrador, deudor, etcétera, incluso la mayoría de edad).<sup>232</sup> Dentro de

---

<sup>231</sup> Muñoz Conde, F., “¿Cómo imputar...?”, *cit.*, p. 788.

<sup>232</sup> Bottcke, Wilfried, “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, en Mir Piug y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, *cit.*, pp. 139, 157 y 158, al referirse a los problemas de los delitos cualificados, manifiesta que “También es concebible no tener que confirmar en general la ‘minoría de edad parcial’ de los miembros del establecimiento

los delitos *cualificados*, se conoce una sencilla división: delitos *cualificados impropios* y delitos *cualificados propios*; estos últimos son aquellos delitos que de ser cometidos por un individuo que no tenga la calidad específica de autor que se ha señalado, simplemente el Código Penal no tutela la conducta desplegada dentro de otro tipo penal, por lo cual dicha conducta, sin más, queda fuera del ámbito de protección del derecho penal. Es decir, la conducta, aun cuando resulte *de facto* antijurídica y riesgosa, será impune.

La teoría de la autoría, en lo referente a delitos especiales, ha presentado algunas aristas interesantes, sin llegar a resolver realmente esta dificultad en el mundo real; así, comenta Bottcke que:

“Se ha reconocido en parte como autor mediato a un *intraneus* que hace entrar en acción a un *extraneus* doloso como intermediario que no actúa delictivamente. La insuficiencia de eventuales descripciones del delito para aceptar tales conductas contrarias al deber especial no legitima, sin embargo, el exonerar al legislador del deber de regular legalmente (sea mediante una extensión de las normas de la responsabilidad penal del representante, sea mediante un tipo legal especial) el merecimiento de pena de un *intraneus* que utiliza a un *extraneus* que actúa dolosamente pero que, porque es inidóneo para la autoría, lo hace atípicamente, cuando la influencia que ejerce el *intraneus* sobre la decisión autónoma del *extraneus* doloso no es suficiente, según los criterios generales, para hacer responder al *intraneus* cuasi-instigador como autor mediato en virtud del dominio de la

---

sometidos al mando y atribuirla a los superiores en un sentido fundamentador de la *cualidad del autor*, sino gravar a estos, en cuanto garantes de seguridad, con la pena de la autoría únicamente en virtud de un ‘fundamento especial’ (JAKOBS). Este fundamento especial, así cabría sostenerlo, podría estar dado (no sólo en una conclusión, en una participación o cuasi participación activa —por ejemplo en una acción de instigación— del superior que fueran detectadas, sino también teóricamente) en la cualidad de *intraneus* relevante para el delito especial que ostenta el superior, bien sea originariamente de un modo principal, bien sea en virtud de las reglas de la responsabilidad jurídico penal del representante (artículo 14 StGB), y que le hace responder como autor de un delito especial a pesar de que el subordinado sea por sí mismo un sujeto capaz de responsabilidad propia... Si el hecho es un delito especial, entonces sólo entra en consideración la coautoría si ambos intervinientes en el hecho son sujetos idóneos. Pues sólo entonces podría decirse que cometieron el hecho conjuntamente (artículo 25II StGB). Si sólo es autor idóneo uno de los intervinientes, especialmente el garante de seguridad, la intervención de cuasi coautoría del *extraneus* no basta entonces para la imputación que legitima la pena de la coautoría del *intraneus*, de aquello que el otro interviniente causa dolosamente, pero de manera inidónea para la coautoría y con ello atípicamente”.

configuración relevantemente superior.<sup>233</sup>

Respecto del significado práctico de la cuestión relativa a la relevancia que tiene por sí misma la lesión de un deber de un delito especial es evidente. Puesto que una pluralidad de hechos punibles relativos al establecimiento derivado, por ejemplo, del ámbito de la criminalidad de medio ambiente, son delitos especiales de acción. En ellos, la insuficiencia de la regulación legal de la responsabilidad del representante en el Derecho penal alemán que, ‘ciega frente al poder real asumido’, no se aplica a la asunción fáctica de deberes especiales reforzados en tipos penales por parte de miembros del establecimiento hasta ‘el último miembro’ hacia abajo, sino que afianza ‘de modo correspondiente al status’ el traspaso de los deberes de la adhesión de los encargados de los niveles alto y medio de dirección, da lugar a que los que causan inmediatamente un peligro actúen de un modo no idóneo para ser considerados autores y con ello queden libres de pena, en el ámbito de los delitos especiales propios, sin un tipo general de recogida (que pueda ser cumplido por cualquiera), incluso cuando actúen dolosamente. Los superiores idóneos para ser autores, que conscientemente causan o dejan que suceda el comportamiento doloso del *extraneus*, cuasi induciendo o cuasi participando, vulnerando doblemente el deber, no pueden responder como partícipes (por acción o por omisión), debido a la falta de un hecho principal doloso, típico y antijurídico de su subordinado no idóneo para ser autor; la coautoría tampoco es posible por defecto de un hecho del *extraneus*’.<sup>234</sup>

Las dificultades que plantea la estructura analizada en este apartado no pueden resolverse acudiendo a las diversas formas de autoría y participación que el derecho vigente contempla, por lo que se corre el riesgo de considerar partícipe al subordinado o ejecutor (inductor o cooperador) al faltar el hecho principal antijurídico, es decir, la figura de autor que, según la doctrina dominante, exige el principio de accesoriedad para castigar las conductas de los partícipes. En los supuestos que el autor del hecho principal actúe sin dolo (y claro, sin culpa), dicha conducta será atípica, toda vez que ante la ausencia del elemento subjetivo del *tipo penal*, este último simplemente no se integra. Por otra parte, “tampoco la autoría

---

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 188.



mediata soluciona el presente problema. Aun admitiendo que en este caso pueda hablarse de instrumentalización, no concurren en el 'autor mediato' las características personales exigidas por el tipo que pretende aplicarse".<sup>235</sup>

Frente a la problemática que implican los delitos cualificados propios para la imputación penal, puede darse el supuesto de que "los que ejecuten el hecho sin tener estas cualidades sean sólo cooperadores necesarios y los cualificados que lo deciden, pero no lo ejecutan, tengan que ser igualmente calificados de cooperadores necesarios o de inductores, es decir, partícipes".<sup>236</sup> Esta situación nos puede llevar incluso a la ausencia de autor (por ser el ejecutor un sujeto no *cualificado*), y por consecuencia, atento al principio de accesoriedad limitada, tampoco ser posible imputar responsabilidad alguna a título de partícipe.

Los delitos especiales, sin duda, generan varios problemas de imputación, mismos que han preocupado a los dogmáticos, al no poder imputar a título de autor una conducta delictiva a quien, si bien funge como autor mediato (pues domina la voluntad del *instrumento*), no tiene la *cualidad* de autor que exige el tipo. Aunado a ello, cabe considerar la problemática del *instrumento cualificado que actúa en error*; en donde se puede llegar al absurdo de la *impunidad*. Piénsese sencillamente en el supuesto que el instrumento que sí es *cualificado* actúa amparado por el paliativo del "error", generando que su conducta sea atípica, y por consecuencia no exista la figura del partícipe en torno a dicha conducta (o más bien ausencia de conducta típica). En cuanto al autor mediato (hombre de atrás), habrá que tener en cuenta el supuesto que únicamente hubiere planeado y dirigido el acto delictivo, sin que se le pueda imputar "ejecución" alguna; actuación que igualmente quedará fuera de toda imputación penal, máxime si es un sujeto *no cualificado*.

Habrá que tomar en cuenta que los delitos *cualificados* exigen una responsabilidad específica (si no es que mayor) en determinados sujetos, atento al *rol* que desempeñan, por lo que es a "ellos" a quienes van dirigidas determinadas

---

<sup>235</sup> Ragués I Vallés, Ramón, "Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva", *Revista de Derecho Penal*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, pp. 216 y 217.

<sup>236</sup> Muñoz Conde, F., "¿Cómo imputar...?", *cit.*, pp. 787 y 788.

formas de conducta descritas precisamente en los delitos especiales, y con base en la esperanza que tiene la sociedad de que cada individuo cumpla con su *rol*, se generan ciertos niveles de confianza. Sin embargo, como sostiene Ragués, “corremos el riesgo que ante dichas ‘exigencias’ sociales, podamos simplemente abusar de la argucia del desconocimiento de los elementos del tipo (y por tanto argüir al error), pues en el Derecho vigente puede afirmarse la impunidad de todos aquellos sujetos insertos en el entramado empresarial que desconocen la comisión de una conducta delictiva por parte de otra persona, hayan intervenido o no objetivamente en su ejecución”.<sup>237</sup>

De nueva cuenta, se presenta el tema del *conocimiento*, mismo que reviste vital importancia en el estudio que nos ocupa, ya que en el sistema jerarquizado de una organización o empresa, si bien cada quien tendrá la obligación de conocer sólo aquello que compete a su específico *rol*, también es cierto que, una vez que se tiene conocimiento de los riesgos que se incrementan con los aportes individuales, éstos por sí deberán ser suficientes para considerar dicha conducta como dolosa y por tanto merecedora de un análisis en los terrenos del injusto.

Atento al análisis sobre la trascendencia del elemento cognitivo, y a las dificultades con las que se enfrenta la dogmática penal, misma que, con las figuras de autoría y participación enfocadas a acciones delictivas *individuales*, no satisface los requisitos de responsabilidad por organización, se deja como he señalado, muchas hipótesis sueltas y finalmente impunes. A continuación se transcribe parte de las investigaciones e inquietudes de Luis García Martín, la cual aporta elementos importantes al impacto social que hoy en día genera la responsabilidad penal por organización, o bien, responsabilidad colectiva, al sostener que:

“La dialéctica entre las características de los nuevos bienes jurídicos y los modelos de actuación sobre ellos, por medio de la actividad de una empresa, ha dado lugar a un tipo de criminalidad con respecto a la cual los tradicionales instrumentos dogmáticos, o al menos la concepción tradicional de los mismos, ha entrado en crisis en el sentido

---

<sup>237</sup> Ragués, R., *op. cit.*, p. 205.

de que encuentran a menudo considerables dificultades de aplicación y, por tanto, de realización de sus funciones prácticas. En efecto, como destaca SCHÜNEMANN, los instrumentos dogmáticos de la autoría (individual, completa o mediata) parecen estar concebidos a partir de las características de criminalidad tradicional en que él o los autores de la acción típica están plenamente identificados personalmente con la realización del tipo. La actividad de la empresa económica, en el curso de la cual aparece la lesión del bien jurídico, se caracteriza, como dice SCHÜNEMANN, por la escisión entre la acción y responsabilidad, de modo que a menudo el que realiza la acción no es responsable y el que lo es, en cambio, no actúa o no lo hace en un sentido plenamente típico. Ello es debido a que la empresa es, desde la perspectiva que aquí no interesa, un grupo de personas jerárquicamente organizados en torno al principio de la división del trabajo. Todo esto da lugar, como he puesto de relieve en otro lugar, a que en una gran mayoría de supuestos de realización de un hecho punible en el curso de la actividad de una empresa se produzca una escisión de los elementos del tipo. El hecho punible aparece aquí —no de modo diferente a la actividad lícita de la empresa— como el resultado de la suma de actos parciales, es decir fragmentarios desde el punto de vista de la totalidad de los elementos del tipo penal, que han ejecutado individualmente una pluralidad de sujetos de la empresa desde muy diversas posiciones jerárquicas y con un grado muy diferente de información y, por ello, de conocimientos acerca de la trascendencia de su acto particular. Los actos que ha realizado un sujeto particular son por sí mismos a menudo objetiva o subjetivamente atípicos. Por otra parte, es posible que el concreto acto realizado por el sujeto sea expresión del ejercicio de una competencia ejercitada autónoma y autorresponsablemente por el sujeto sin cumplimiento ciego y mecánico de una instrucción emanada de otros órganos superiores de la jerarquía de la empresa. En estos casos es posible que el sujeto sea consciente de que realiza el hecho punible, pero aun así debe tomarse en consideración la importante sugerencia de JAKOBS, ya advertida antes de la doctrina española por ZUGALDÍA ESPINAR, quien ha advertido que debe fundamentarse una exclusión de la responsabilidad para quien, a pesar de tener conocimiento del significado de su acción, la realiza, sin embargo, en el ejercicio de una competencia sólo fragmentaria o parcial con respecto al contexto que organiza otro. Que todas estas nuevas circunstancias y realidades, su significado y las valoraciones que sobre ellas pueden recaer dificultan considerablemente la aplicación

de los instrumentos dogmáticos tradicionales y que deben ser sometidos a revisión no puede ponerse en duda. No le falta razón, por ello, a SCHÜNEMANN, cuando advierte acerca del peligro de que, a la vista de tales circunstancias, la ‘organización de la responsabilidad’ en la empresa amenaza con convertirse en la ‘organizada irresponsabilidad’.

Destaca SCHÜNEMANN, además del contexto definido por la organización jerárquica y la división de trabajo, el delito cometido en el seno de una agrupación se caracteriza, además, porque su realización es favorecida por la existencia de lo que él llama una ‘actitud criminal de la agrupación’ (*kriminelle Verbandsattitüde*), que sería un factor criminógeno de primera magnitud en el ámbito que nos ocupa, a consecuencia del escaso o nulo poder de resistencia del individuo integrado en la agrupación frente a la actitud colectiva —en este caso criminal— de ésta.<sup>238</sup>

La postura antes transcrita confirma los análisis hechos en el presente estudio, en el sentido que, las conductas desplegadas dentro de una organización, dada su fungibilidad, división de trabajo, dificultades en la acreditación de elemento volitivo del dolo, entre otros, y principalmente de inapropiadas estructuras dogmáticas, imposibilita responsabilizar penalmente las conductas individuales que sí lesionan bienes jurídicos colectivos.

### 3. Los “actos neutros”

No todas las conductas interesan al derecho penal, sino sólo aquellas que contravienen la norma, de ahí que las “normas penales tienen una función de llamada de atención para el ciudadano para evitar su comisión, y a su vez sirven de garantía al ciudadano, dado que el Estado sólo le podrá imponer una pena privativa de libertad, única y exclusivamente, cuando haya realizado una de las conductas descritas en la norma penal”.<sup>239</sup>

Frente a las conductas que transgreden la norma existen conductas

---

<sup>238</sup> García Martín, Luis, “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, citado por Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 52-55.

<sup>239</sup> Díaz Aranda, E., *Teoría del delito...*, cit., p. 3.

aparentemente inocuas para generar un resultado de peligro, y por lo mismo resulta complejo atenderlas en vía de un derecho penal de prevención, tales son los “actos neutros”, los cuales se encuentran en el límite entre la relevancia e irrelevancia jurídico-penal, los cuales bajo la actual imputación individual simplemente quedan fuera del ámbito de prohibición de las normas punitivas.

De acuerdo con la dogmática alemana, la “neutralidad” genera un problema de límites, toda vez que esta característica de las conductas suele darse dentro de la cotidianidad en la que se desenvuelve el ser humano, cotidianidad que abarca principalmente el ámbito laboral, por ser éste el ámbito en el que se gesta la cooperación punible, y a la vez, ser éste uno de los aspectos que más interesan al desarrollo del presente trabajo, por ser las conductas desplegadas dentro de un colectivo las que en muchos de los casos no encuentran una figura de responsabilidad satisfactoria para la evitación de riesgos previsibles. Sirva de ejemplo el supuesto de un director de empaquetado, cuyo trabajo será dirigir el empaquetamiento de un material que él tiene conocimiento no cumple con las medidas de higiene, a pesar de lo cual, y con plena conciencia de ello, el director de compras las adquirió; ante ello, el director de empaquetado, aun cuando la decisión de comprar el producto no está en la esfera de su responsabilidad, de seguir con su “labor” de empaquetado, ¿estará incurriendo en sólo una conducta “neutra” por no tener calidad de garante específica respecto del producto, y por establecerse un principio de confianza y de división de trabajo que le exima de responsabilidad individual?, o, ¿a pesar de ser un acto “neutro” en cuanto su responsabilidad laboral, es sin duda un acto que, concatenado con el cometido por el director de compras, genera un riesgo para la tutela de derechos de terceros?

De ahí que los actos “inocuos” no se puedan aislar de la norma penal sólo por el hecho de que por sí mismos no generan una lesión, pues tal como lo sostiene un sector generalizado, el problema de la neutralidad se enmarca como una cuestión *de límite de toda conducta de participación dentro de la discusión sobre el alcance*

de la teoría de la imputación objetiva.<sup>240</sup>

Hassemer, en relación a los “actos neutrales”, sostiene que “lo característico de éstos no puede ser captado mediante una contemplación externa sino que será lo ‘interno’ lo que trastoca el significado del comportamiento dependiendo la comprensión y calificación del hecho de los conocimientos adicionales que tiene el sujeto en cuestión y de los que no necesariamente dispone el espectador objetivo”.<sup>241</sup>

Mientras que Mir Puig, citado por Landa, al atender los aspectos objetivos y subjetivos de la neutralidad de los actos, sostiene:

“la conducta neutra, habitual, cotidiana, que el sujeto lleva a cabo todos los días (venta de pan, de utensilios de ferretería; transacciones económicas a través de la red bancaria; conductas de venta o de provisión de materias primas en el tráfico económico-empresarial...) sin tacha posible ninguna de antijuridicidad, fungiría así como base objetiva endeble sobre la que se proyectan las dudas de si no juega más bien el papel de coartada o excusa para una intervención que se decide desde un principio, a *priori*, por el desvalor de intención del sujeto que demuestra con su actuación su solidaridad con el delincuente o el mero desinterés ante la eventual utilización delictiva de su contribución a la que no renuncia, no obstante, por el interés lucrativo de su negocio. La asimetría de lo objetivo y lo subjetivo a favor de esto último levanta la voz de alarma sobre el riesgo de una excesiva subjetivización del tipo y, yendo más lejos aún, sobre el riesgo de materialización del denostado derecho penal de autor que castigue la pura intención contraviniendo de raíz el ‘principio del hecho’”.<sup>242</sup>

Como se ha sostenido en capítulos anteriores, el fondo del problema sigue siendo el límite entre lo objetivo y lo subjetivo en la valoración de la conducta, ante lo cual cobra gran relevancia la valoración de ésta a nivel de *injusto*, así como la

---

<sup>240</sup> Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al “límite mínimo” de participación frente a los “actos neutros”*, España, 2002, p. 7.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 10.

relevancia que sobre los elementos subjetivos debe tener el conocimiento<sup>243</sup> y la responsabilidad compartida, incluso ante supuestos actos “neutros”, y a la relevancia de la precaución de nuestros actos, frente a lo cual, *a contrario sensu* cabe, sin duda, la reacción del derecho penal, siempre y cuando existan límites claros sobre los momentos de su reacción y sobre los bienes jurídicos que se están salvaguardando.

En el ámbito de la delincuencia económica guarda una especial relevancia el tema, toda vez que en tanto más alejado se encuentra el “hombre de escritorio” del resultado típico, más complejo resulta deslindar las responsabilidades de todos los intervinientes del mismo, principalmente en atención al principio de confianza y de división de trabajo; de ahí que, dentro de las actividades llevadas a cabo por un colectivo, resulte más común hablar de actos neutros, los cuales parecieran tener mayor solidaridad con la indiferencia que con la salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros. Ante esta realidad, bajo la óptica de la política-criminal se abren nuevas realidades ante las que el derecho penal debe reaccionar, sin que se le acuse de un expansionismo desmesurado, ya que el mundo económico empresarial cada vez se desenvuelve más en ámbitos neutros en cuanto a su responsabilidad, pese a la gran repercusión de los mismos en cuanto los riesgos y lesiones que generan a diversos bienes jurídicos, no sólo individuales, sino colectivos, y frente a los cuales no es dable establecer meras disposiciones o correctivos<sup>244</sup> que, en muchos de los casos,

---

<sup>243</sup> *Ibidem*, p.34, autor para el cual, “enlazado con el debilitamiento de las exigencias en torno al desvalor de resultado, son numerosas las voces que alertan del riesgo de que se acabe por instituir una suerte de posición de garante genérica, según la cual ante el conocimiento de una resolución delictiva ajena existiría la obligación de evitar que el hecho principal continúe su curso hasta el punto de que no cabría llevar adelante aquellas prestaciones o intercambios de bienes o servicios habituales en el sector de la actividad correspondiente. Todo sujeto que ocupara una posición en el entramado productivo que pudiera favorecer una resolución delictiva ajena quedaría convertido, llevando la argumentación hasta el final, en una especie de policía obligado a interrumpir su actividad cotidiana (prestación de servicios, bienes, información...) como forma de obstaculizar la futura actuación delictiva. O, con otras palabras, al fundamentarse así la responsabilidad penal en realidad se estaría admitiendo una suerte de *obligación jurídica de boicot y aislamiento social contra el delincuente* bajo la amenaza de sanción penal”.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 31; por su lado, HASSEMER, de forma especialmente clara, alude a la “posibilidad de que los correctivos que se pretenden introducir en el ámbito punible de la complicidad puedan obedecer simplemente a que no guste el resultado que arroja la aplicación consecuente de la normativa penal y, por ello, a la hora de ofrecer su propia propuesta es consciente del resigo de que

simplemente se resuelven con sanciones económicas o con un sencillo cambio en el nombre de la razón social.

Dentro del tópico de los actos neutros se replantea la relevancia del conocimiento a la par de lo significativo que haya resultado el aporte generado por los sujetos que intervienen en un colectivo, toda vez que el mero conocimiento *per se* sería insuficiente para imputar responsabilidad alguna en el ámbito de la participación, a menos que se trate de un ‘no hacer’ en la esfera de quien tenga calidad de garante. De ahí que sostenga Frisch que castigar sólo con base en el nivel de conocimiento sería ineficaz, por considerar que:

“se limitaría la libertad de actuación de forma inaceptable y revelaría una *lógica estatal de la desconfianza frente al ciudadano*. No basta con una elevación del peligro por encima de lo normal a la luz de las circunstancias del caso para admitir tal sacrificio de la libertad en aras de la protección de bienes jurídicos: son tantas las conductas susceptibles de utilización delictiva que la asunción de dicha lógica desembocaría en la sociedad de la desconfianza en la que nos veríamos constantemente en la obligación de analizar nuestros propios actos por si otros pudieran servirse de ellos para actuar antijurídicamente. El otro, nuestro conciudadano, sería reducido así a un delincuente en potencia, imagen normativa radicalmente opuesta e incompatible con la que debe derivarse de la Ley Fundamental: esto es, la de aquella persona responsable, capaz y dispuesta a respetar el Derecho”.<sup>245</sup>

Sin duda, temas como los “actos neutros” y su amplia difuminación en el ámbito empresarial deriva del periodo postindustrial<sup>246</sup> que estamos viviendo, y

---

el criterio de la ‘adecuación’ pudiera actuar como auténtico caballo de Troya para ‘lavar’ la cara a actuaciones socialmente aceptadas pero antijurídicas desde el punto de vista jurídico-penal”.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 38; Silva Sánchez sostiene que “los niveles de complejidad e interacción individual por las necesidades de cooperación y división funcional han llegado a cotas hasta ahora desconocidas. Precisamente por esa profunda interrelación entre esferas de organización individual y creciente interdependencia la indemnidad de los bienes jurídicos depende cada vez en mayor medida de la realización de conductas positivas —de control de riesgos— por parte de terceros. El entramado económico en el que se desarrollan las actividades laborales que eventualmente pueden convertirse en contribuciones a delitos ajenos tienden entonces a ser objeto de una ‘relectura normativa’ fruto de la cual se diluye la separación estricta entre esferas de responsabilidad. Se explicarían así las



frente al cual cada vez resulta más complejo delimitar las acciones propias del ser humano frente a aquellas propias de la maquinaria económica, y ante las cuales, si bien se van corriendo cada vez más riesgos, también se debe ser capaz de reconocer límites muy claros de responsabilidad, so pena de perder toda posibilidad de salvaguardar los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad, frente a los costos que se está dispuesta a pagar.

Frente a los límites a la responsabilidad cabe reconocer los límites a la *cercanía o proximidad* de las conductas de los partícipes a aquella desplegada por el sujeto activo, máxime atendiendo a la teoría de accesoriedad limitada, frente a la cual se requiere el despliegue de una conducta típica y antijurídica desplegada por el autor principal para que, en torno a ésta, se puedan dar las figuras de participación. Esto es, se tendrá que dar inicio a la fase ejecutiva del *iter criminis* para estar en capacidad de reconocer el bien jurídico que se está poniendo en riesgo, y en torno al cual se puedan responsabilizar conductas de los partícipes, así como conductas desplegadas dentro de un colectivo con suficiente responsabilidad penal, teniendo en cuenta que “cuando está en marcha la fase ejecutiva del delito ajeno, privaría del carácter neutro a la contribución del partícipe trastocándose el sentido social de la misma en uno de naturaleza indudablemente delictiva. La línea divisoria entre fase ejecutiva y fase preparatoria del hecho principal ofrece, por tanto, un primer criterio material que informa el ‘claro’ o ‘exclusivo sentido delictivo’ como criterio rector de identificación de la complicidad punible”.<sup>247</sup> De tal manera

---

dificultades para diferenciar el carácter activo u omisivo de múltiples ejemplos de contribución neutral lo cual no debería extrañar habida cuenta que una de las características de la dogmática de la globalización es precisamente una exasperación de la de los delitos de comisión por omisión y una reconstrucción de los mismos en términos de infracción de vigilancia”.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 105; señala Feijóo “dos grupos de supuestos: favorecimientos anteriores a la resolución delictiva del autor y favorecimientos del delito posteriores al comienzo de la tentativa o del inicio de la ejecución del hecho típico. Se trata de una primera división de constelaciones de grupos que no pretende ser tajante: comenzado el estadio de la tentativa ‘todo favorecimiento *suele* adquirir el sentido objetivo de cooperación o complicidad, aunque la tentativa tampoco sea una barrera fija para limitar la imputación’... ‘[...] cuanto más objetivada y cercana está la realización del tipo, más difícil le será al que la favorece distanciarse jurídico-penalmente de la ejecución del hecho típico principal. La preexistencia de la infracción de una norma penal hace variar el sentido o significado normativo de las conductas que pueden favorecer las consecuencias de esta infracción”, pp. 106 y 107. A su vez, SCHUMANN argumenta que “el desvalor de acción del partícipe en la línea de la teoría de la impresión como fundamento del castigo de la tentativa, a la hora de concretar cuándo la contribución

que la conducta del partícipe, aportada dentro de la fase ejecutiva abandona la “neutralidad” que ésta pudiera tener y se convierte en una conducta cargada de contenido delictivo, y por tanto típicamente relevante para el derecho penal.

#### 4. Precisiones sobre el “injusto colectivo”

Las conductas desplegadas dentro de una organización, si bien parten de una individualidad, se concretan en una participación colectiva, y más aún, en una responsabilidad colectiva; por tanto, no cabe la ceguera ante la necesidad de considerar que las actuaciones colectivas requieren sistemas de imputación también colectivos, a fin de sujetar los hilos sueltos que se tienden frente a la dogmática penal actual, misma que atiende solamente a responsabilidades individuales.<sup>248</sup>

Con una postura un tanto ecléctica, Hassemer, deja ver, por un lado, la complejidad de aludir a una responsabilidad colectiva; sin embargo, reconoce que se precisa contar con mecanismos nuevos que permitan conseguir dicha imputación dentro de una sistemática del delito. Lo cual se extrae de la siguiente afirmación hecha por este autor:

---

accesoria se ha ‘colocado de forma reconocible de parte del injusto’ subraya, en primer lugar, la importancia de la ‘cercanía al hecho’. Según la contribución se preste en fase de actos preparatorios o de tentativa cabrá entonces determinar la relevancia penal del partícipe quien, por regla general, será punible en fase ejecutiva ya que el favorecimiento a un injusto ‘en marcha’ entraña ese solidarizarse con el hecho ajeno... en realidad, lo verdaderamente importante no es tanto la cercanía al ‘hecho’ sino más bien al ‘injusto’: se debe poder concluir interpretativamente que el partícipe hace causa común con el núcleo del injusto principal ajeno”, p. 111. Por su lado, los supuestos según FRISCH menos problemáticos son “aquellos en que cabe establecer una ‘estrecha relación espacio-temporal’ entre la contribución accesoria y el hecho delictivo principal. El comportamiento deja entonces de ser natural y pasa a ser únicamente interpretable según su sentido delictivo”, p. 112.

<sup>248</sup> Cfr. Hassemer, Winfried, *Persona, mundo...*, cit., p. 180: la diferencia entre la imputación colectiva y la individual reside en la incapacidad *lege artis* de distinguir entre las personas individualmente consideradas. La imputación colectiva lanza una única red sobre muchas personas y bajo esa red es imposible diferenciar variantes de participación de cada individuo. Cfr. Mir Piug y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., p. 13; señalan que la teoría del delito ha sido hasta ahora una teoría de la conducta individual, siquiera sea admitiendo la posibilidad de la conexión de varias conductas individuales. En todo caso, no ha sido una *teoría del comportamiento organizado*. Cuando un hecho tipificado por la ley penal tiene lugar en el marco de una organización empresarial se viene a plantear la necesidad de reconsiderar cuestiones como la de quién o quiénes son los verdaderos responsables de la actuación organizada que ha desembocado en el delito.

“Una imputación que pretende justificarse como justa y adecuada, referida a un grupo de personas, pero en la que no se diferencia entre los individuos que componen el grupo, constituye una justificación demasiado débil de las consecuencias penales que afectan a la persona en particular. Para poder tratar estas nuevas formas de delitos se debería construir un sistema jurídico en el que, desde luego, se contengan elementos punitivos diseñados de forma estrictamente preventiva y que, en cualquier caso, renunciara a un reproche personal y a la pena privativa de libertad. Una forma así de derecho de intervención podría integrar tipos de imputación colectiva”.<sup>249</sup>

---

<sup>249</sup> Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., pp. 180-182. Cfr. Hassemer, W. y Muñoz Conde, *La responsabilidad por...*, cit., pp. 171 y 172, que, en cuanto a entender una *imputación* plurisubjetiva, sería en referencia al círculo de imputados y a los presupuestos de la imputación a una pluralidad de personas. Tema en el cual resultan claras las dificultades específicas que supone en la imputación penal: la unanimidad con que estas decisiones se adoptan puede favorecer al individuo concreto que permanece oculto tras los otros responsables, eximiéndose así de su parte de responsabilidad; pero esta unanimidad puede también repercutirle de modo desfavorable cuando no haya prosperado su *propuesta* individual orientada a evitar futuras lesiones durante la toma de decisión común. La imputación penal debe tener en cuenta, con toda precisión, estas diferencias. Si no lo hace, estará agravando o atenuando una conducta de forma desigual y, por consiguiente, injusta... El principio básico que informa la responsabilidad del partícipe en nuestra cultura penal es la imputación individual. En consonancia con los principios constitucionales de proporcionalidad y *nulla poena sine culpa*, un sujeto sólo responde de lo que haya realizado, aunque se den situaciones complejas de participación. Una “responsabilidad de la empresa”, en el sentido de que la responsabilidad sea primero medida de forma global y luego “dividida” de forma general es desconocida en nuestro derecho penal. En páginas posteriores añaden que el problema de la distribución de la responsabilidad penal entre una pluralidad de intervinientes en los hechos que suelen actuar a través del complejo mundo de las sociedades mercantiles, cuya estructura y configuración jurídicas dificulta la individualización de la misma. Salvo que algún día se llegue a admitir una responsabilidad colectiva o una responsabilidad puramente objetiva por hechos ajenos, la responsabilidad penal es, hoy por hoy, tanto en el derecho penal español, como alemán, individual, personal e intransferible, y sólo a partir de la determinación del grado de participación subjetiva de cada uno de los distintos intervinientes en las diferentes fases de fabricación, elaboración, distribución y venta del producto pueden establecerse las correspondientes cuotas de responsabilidad penal. Pero ¿cómo orientarse en la boscosa selva de los distintos niveles de decisión de una empresa en forma de sociedad mercantil, desde los más bajos peldaños de actuación hasta los más altos cargos directivos para decidir a quién o a quiénes y en qué grado corresponde atribuirle la responsabilidad penal por los daños producidos? ¿Deben seguir manteniéndose las mismas categorías y principios de distinción entre autoría y participación, entre acción y omisión, entre causalidad e imputación objetiva, entre dolo e imprudencia?

Este “moderno” derecho penal se caracteriza por:

- una tendencia a la protección de bienes jurídicos de carácter social o institucional antes que individual,
- una anticipación del momento de intervención del derecho penal, castigando ya la mera puesta en peligro,
- un debilitamiento de los presupuestos de la punibilidad, tanto en la constatación de los diferentes grados de imputación objetiva, como subjetiva (tendencia a prescindir en el dolo del elemento volitivo referido al resultado),
- una reducción de las garantías procesales,

Por su lado, de una manera más categórica, Jakobs sostiene que:

“Desvinculándonos del mito naturalista de la comisión de propia mano, hay que formular una pregunta radical: ¿cuáles son las condiciones que deben concurrir para que un injusto sea propio?... en primer lugar debe asumirse que el movimiento corporal que conduce a un resultado lesivo, por sí mismo no es más que un dato naturalista. Sólo así se concibe como expresión de sentido de una persona competente... pero la expresión de sentido de quien realiza actos de ejecución ha de serle imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían. De este círculo forma parte tanto el inductor como el cómplice... para quien quebranta el rol, el quebrantamiento del rol siempre tiene objetivamente sentido... porque al igual que lo hacen todos los intervinientes, configura su organización de tal manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas. El hecho de que no sea la comisión de propia mano, sino el sentido delictivo del comportamiento lo que convierte el injusto en injusto propio. Por tanto, injusto propio es el injusto que es imputado; se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas; y en este marco la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no siempre”.<sup>250</sup>

Tomando como referencia la concepción de injusto que maneja Jakobs, se pueden incluir los aportes objetivos de todos los intervinientes de la organización, sean estos ejecutores o no, sin necesidad de entrar a analizar campos de autoría mediata, coautoría, inducción o participación; esto cuando se habla de un colectivo que, con pleno conocimiento (o viabilidad para conocer) del peligro generado con su aporte individual, crea un riesgo no permitido, y por tanto esos aportes individuales participan de una responsabilidad colectiva, es decir, son responsables del resultado producido por su organización.

Al igual que diversos autores, en el presente trabajo se han manifestado inquietudes en torno a la autoría mediata (una de las principales formas en que a la

---

— el recurso a leyes sectoriales muy técnicas o a normas penales en blanco, dejando, en todo caso, un amplio margen a la discrecionalidad o arbitrio judicial.

<sup>250</sup> Jakobs, G., *La imputación...*, cit., pp. 58 y 59.

fecha se resuelve la responsabilidad penal por organización), pues en muchos casos es cuestionable que exista un verdadero *dominio de la voluntad*, problema que a juicio de Kai Ambos queda disuelto si se distingue con mayor claridad entre injusto individual e *injusto colectivo*; esto cuando sostiene:

“Un principio estricto de responsabilidad ha de fracasar en el contexto del injusto colectivo, porque no puede aprehender el injusto de hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autoresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual. Desde un punto de vista general, es necesario reflexionar y cuestionar las reglas tradicionales del Derecho Penal individual en los supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad. La circunstancia de que el hombre de atrás —a diferencia de los casos ‘normales’ de autoría mediata— no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como ‘autor de escritorio’, emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etcétera) dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un injusto por organización en lugar de injusto individual. Por consiguiente, para la imputación es decisivo que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina sólo en aquel punto en el que ‘faltan los presupuestos precisamente de ese dominio por organización’”.<sup>251</sup>

Por lo que una vez que las órdenes que emanan de altas jerarquías se van diluyendo conforme hay mayor distancia entre éstas y el “ejecutor”, se estará también diluyendo el presupuesto de dominio del hecho, y con ello haciéndose

---

<sup>251</sup> Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 37. Afirma que “el *dominio* de organización siempre tiene como presupuesto el dominio sobre una organización, es decir, sobre un colectivo de ejecutores *sustituibles*, y, con ello, también la concurrencia de un dominio mediante esta organización. Este dominio se acumula y se hace más denso en la medida en que se incrementa el poder de decisión y la disponibilidad de recursos personales...Puesto que sólo la teoría del dominio por organización —a pesar de la necesidad de someterla a una ulterior concreción— aprehende el específico injusto de organización de modo adecuado y satisfactorio, resulta preferible frente a los equivalentes antes mencionados. Al no aportar éstos un beneficio real en determinación, corresponde aún en la actualidad a *Roxin* el mérito de haber desarrollado la única propuesta de solución viable. Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción como punto de partida. La cuestión directriz en este contexto es cuál ha de ser la *estructura y las características de organización* de los colectivos de injusto para poder fundamentar un dominio por organización del hombre de atrás”.

imposible la imputación penal a dicho superior. Esto porque las herramientas dogmáticas con que contamos circundan únicamente en imputaciones individuales.

Estas lagunas quedarían mejor comprendidas si, para el caso de responsabilidad penal por organización, se atendiera a un *injusto* colectivo, el cual deberá contar con su propia sistemática del delito.<sup>252</sup> Esta sistemática se puede concretar de la siguiente forma: una vez que una conducta individual (de acción o de omisión)<sup>253</sup> participa en una organización, cuyo resultado se adecua a los presupuestos objetivos del tipo, y dentro de la estructura subjetiva del mismo, el dolo del individuo se integra con el conocimiento (o la viabilidad de conocer) que tiene sobre el peligro o peligrosidad producido con su conducta, aunado a los elementos subjetivos distintos del dolo, entonces se tendrá integrada una conducta

---

<sup>252</sup> López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal, parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Granada, España, Comares, 2002, pp. 126 y 127; sobre el tema y con base en la postura de los colectivistas, comenta: “Cuando las relaciones sociales son sencillas, puede aplicarse un Derecho penal clásico con su tríptico: acción, relación de causalidad y resultado. Por el contrario, cuando las relaciones sociales son altamente complejas, cuando la masificación ha conducido a la fabricación en masa, con intervención de múltiples personas, y a la venta también de forma masificada, aquel tríptico ya no es capaz de responder. La sociedad de masas crea ampliamente el riesgo y demanda un Derecho penal que pueda resolver los problemas que ella genera. La solución se encuentra en actividades intervenidas, en una amplia red de normativas administrativas con exigencia de permisos y controles, en olvidarse del resultado y acudir claramente al peligro. La generación de riesgos es admisible hasta el límite permitido; a partir de ahí, la superación de dicha frontera hace entrar al Derecho penal; en éste, no es necesaria la producción de un resultado concreto ni el examen de una difícil relación causal, basta con la creación del peligro.

Esto conduce, en el ámbito penal, a resolver la cuestión acudiendo a una ‘responsabilidad penal referida a la organización’, teniendo en cuenta el ‘rol’ que la persona desempeña en la organización y los deberes que viene obligado a observar. Por consiguiente, el problema es el desplazamiento del centro de gravedad del sistema: ya no es la lesión del bien jurídico. Paralelamente, en el ámbito del dolo, de definirse tradicionalmente como conocimiento y voluntad, en las formulaciones actuales se concreta en el conocimiento del peligro concreto generado con la acción, es decir, se ha producido el abandono del elemento volitivo. Así pues, el dolo es actuar conociendo el peligro generado con su acción para la realización del tipo objetivo”.

<sup>253</sup> Jakobs, G., *Problemas capitales...*, pp. 44-46; referente a la omisión en la responsabilidad por organización comenta que “en los delitos de organización está en juego el respeto por la organización ajena, y, en este sentido, una relación negativa (¡no dañes!, o mejor: ¡cuida de que tu organización no se extienda demasiado!), en los delitos de infracción de deber se exige una comunidad con otro, y, en este sentido, una relación positiva (¡ayuda al otro!). Se puede faltar a esta comunidad tanto por acción como por omisión. Agrega que en la competencia en virtud de organización, para que un omitir reciba el significado de que el omitente se ha arrogado una organización ajena, la mala situación del ámbito de organización ajeno tiene que poder ser reconducida no sólo ‘de algún modo’ al ámbito de organización del omitente, y menos aún alcanza con referirse a una mera capacidad de evitación, más bien tiene que descubrirse una vinculación de tal índole que sea imposible hablar tan sólo de una lesión de la víctima a incumbencias a su cargo, de un puro infortunio de ella o de exclusiva competencia de terceras personas”.

típica. En caso de que no existan causas de justificación frente a dicha conducta típica, la misma será antijurídica.<sup>254</sup>

Una vez que se concreta la conducta típica y antijurídica de un colectivo, en la que existen varios aportes individuales igualmente típicos y antijurídicos, el siguiente paso será el análisis del *injusto colectivo*, para el cual, dentro de una concepción dualista moderada, para la integración del *desvalor de acción* bastará con el conocimiento (o viabilidad de conocer) que respecto de su aporte individual tenga el sujeto para determinar en éste, el “*qué quiso*” así como el “*qué lo llevó a determinarse por su conducta lesiva*”; y para el *desvalor de resultado* bastará la peligrosidad o el peligro generado con dicho actuar individual, determinándose así el “*qué hizo*”.

Hasta aquí se tienen, a nivel de *injusto*, todas las conductas individuales que participaron en un resultado colectivo con aportes objetivos conocidos o cognoscibles. De tal suerte que sin los límites “normales” (es decir en el ámbito de la imputación individual) de la autoría y los *delitos cualificados propios* (principalmente), se puede graduar la culpabilidad de cada uno de los intervinientes (en forma individual), desde el más alto mandatario hasta el más “inocuo” de los ejecutores; así como aquellos que, aún sin tener las cualidades propias de un *delito cualificado*, hayan hecho factible el resultado correspondiente con su aporte individual. En esta concepción unitaria del injusto,<sup>255</sup> el hecho colectivo participa de

---

<sup>254</sup>Jakobs, Günther, “Teoría y *praxis* de la injerencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, t. LII, enero-diciembre de 1999, pp. 22 y 23, quien sobre el tema antijuridicidad, comenta que “no basta cualquier comportamiento con efectos causales para la fundamentación del deber, y sí es suficiente una conducta antijurídica... Los deberes de injerencia no sólo quedan fundamentados por un comportamiento antijurídico, sino por cualquier comportamiento previo mediante el cual se asuma frente a la víctima un riesgo especial”.

<sup>255</sup> Peñaranda Ramos *et al.*, *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 105 y 106. Considera que “la teoría de la imputación de Jakobs, refieren que desde ésta óptica, la prohibición de regreso configura el ámbito de intervención no delictiva en el suceso y determina el campo de la ‘no participación (punible)’. A partir de estos postulados, Jakobs propugna una especie de concepción extensiva de la autoría, o mejor dicho, una concepción unitaria del injusto en el que intervienen varios sujetos o ‘sistema unitario de participación’, describiendo a partícipes y autores como creadores de una misma unidad de sentido, y, por tanto como intervinientes en un injusto colectivo. Jakobs llega así a la conclusión de que frente al campo de lo no punible, el hecho conjunto ha de verse delimitado de modo objetivo —y no subjetivo, por medio del *animus* de los intervinientes—, precisamente por estar

la misma responsabilidad, por lo que sólo deben interesar los aportes cuantitativos (es decir, las aportaciones objetivas), no así las aportaciones cualitativas (mismas que se podrán valorar en la culpabilidad).

Por su lado, Jakobs va más allá cuando sostiene que “en Derecho penal el reparto de trabajo no presupone la concurrencia de dolo, sino el mero reparto del trabajo que es necesario llevar a cabo para alcanzar la realización del tipo... no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontezca, competencia que también puede concurrir faltando el dolo”.<sup>256</sup>

Como se observa, en este concepto reviste vital importancia el conocimiento, ya que éste integrará el componente existencial sobrentendido de cada persona que interactúa en esa sociedad. El “conocimiento de la norma es conocimiento de la realidad social, conocimiento de lo cotidiano en la sociedad. Si ello es así, entonces, tiene conocimiento de la norma también aquel que si bien conoce la realidad social no la acepta como válida”,<sup>257</sup> pues la norma no precisa darle gusto a “todos”, sino satisfacer las necesidades de la colectividad, por ello es que las normas existentes dentro de una responsabilidad por organización<sup>258</sup> deberán ser respetadas por todos

---

basada la construcción en la expresión colectiva de sentido creada a través del hecho. Con este punto de partida —con el que no se pretende llegar a un concepto unitario de autor en el sentido de renunciar a distinguir las diversas aportaciones de los intervinientes— parece que la diferenciación dentro del campo de lo punible, entre autores y partícipes, debería llevarse a cabo con base en criterios cuantitativos, y NO cualitativos (puesto que para todos los intervinientes en el hecho colectivo la razón de la responsabilidad es la misma). Aquí Jakobs permanece fiel a su punto de partida de que debe existir un comportamiento con significación comunicativa para que tal conducta adquiera relevancia en el sistema de imputación. trasladado esto al ámbito de la teoría de la participación, ello supone un rechazo de principio a cualquier aproximación subjetivista a autoría y participación. La definición objetiva postulada por Jakobs le lleva también a romper con el concepto unitario de autor”.<sup>256</sup> Jakobs, G., *La imputación...*, cit., p. 67. Agrega, atento al injusto individual, en su artículo “Teoría y praxis...”, cit., pp. 22 y 23, que todos responden exclusivamente de su propio injusto, pero no es cierto que el injusto propio sólo pueda ser el injusto realizado de propia mano; tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa... deriva una nueva concepción de la accesoriadad: quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio”.

<sup>257</sup> Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., pp. 59 y 62.

<sup>258</sup> Jakobs, G., *La imputación...*, cit., p. 68, refiere que “La responsabilidad no estriba en los acuerdos tomados, sino en la común competencia por una configuración del mundo que genera un riesgo no permitido... Lo que de común hay desde el punto de vista jurídico deriva de la competencia que objetivamente hay en común respecto de las condiciones del resultado lesivo y, por tanto, también respecto del propio resultado”.



sus integrantes, y claro está, conocida en tanto sea precisa para el desempeño de su propia función, ya que solamente actuando bajo ese nivel de responsabilidad es que la sociedad misma podrá conservar sus niveles de confianza para cada uno de los integrantes de empresas, cooperativas, entes de gobierno, y demás entes colectivos.

Dejando de manifiesto su inquietud por la actual problemática que, a nivel de dogmática penal revisten los delitos de empresa, y en general la responsabilidad penal por organización, Schünemann, en uno de sus artículos, textualmente comenta:

“El efecto preventivo de las normas penales dentro del ‘sistema autopoyético’ de la empresa es mucho más débil que frente a un solo individuo. Por esta razón, desarrollé ya en 1979 una concepción para evitar las lagunas dogmáticas, consistente en prever sanciones contra la empresa misma y la amplié en un sentido político-criminal a partir del Simposio de Madrid de 1992 para compensar el déficit de eficacia preventiva afirmando la posibilidad de sancionar cumulativamente tanto al individuo que actúa para la empresa, como a la propia empresa”.<sup>259</sup>

De la anterior postura, en el presente trabajo, se dejará al margen la sanción de la propia empresa, ya que principalmente llama la atención, para efectos del tema que se aborda, la necesidad de crear baremos jurídicos-dogmáticos que permitan imputar penalmente y en forma “cumulativa” (como dice Schünemann), aquellos aportes individuales que concatenados dentro de un ente colectivo, generan un incremento del riesgo que no tiene por qué ser tolerado por la sociedad.

Tal como refiere Jakobs, “todos nuestros aportes, todas nuestras acciones tienen repercusión en el mundo que nos circunda, sean individuales o colectivas”;<sup>260</sup>

---

<sup>259</sup> Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 22.

<sup>260</sup> Jakobs, Günther, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp.105 y 106, comenta que “si se encuentra una acción que conduce a la responsabilidad, no necesariamente tiene que ser la de un ser humano como individuo. Puede ser la de un grupo trivial, un pueblo, una raza, un Estado. Por tanto, al hablar del concepto de acción ya se ha producido una opción del Derecho penal *en contra* de que haya responsabilidad por la mera existencia y *a favor* de que la responsabilidad se produzca por movimientos corporales realizados o que podrían haberse realizado, y en este sentido:

por ello no se puede simplemente actuar al amparo de otros, o al amparo de una organización; ni mucho menos, actuar valiéndonos de dicha organización, con la tranquilidad de que las acciones individuales se difuminarán en el complejo entramado de la organización. Solamente una postura preventiva pero firme del derecho penal hará que cada quien asuma su compromiso frente a sus propios actos, incluso respondiendo por ello en la vía penal, pues los costes que está pagando la sociedad a nivel de medio ambiente, salud pública, seguridad social, tranquilidad, dignidad humana, por citar algunos, están resultando muy costosos, y si no se frenan a corto tiempo, ni siquiera la vida misma podrá solventarlos.

Por ello, aunque para muchos resulte radical la propuesta del *injusto colectivo*, para el análisis del presente trabajo es más bien necesaria, pues aun con los riesgos que se puedan correr en ámbitos de legalidad (que es una de las principales críticas, incluso a las teorías objetivas del dolo), permitirá cubrir aquellos vacíos con los que actualmente se enfrenta la dogmática penal. Y más aún, presupone dejar de lado el insano “paternalismo” del derecho penal frente a las conductas disvaliosas que se gestan en ámbitos de organización, y frente a las cuales es la sociedad quien asume dichos riesgos. Se debe reconocer que, en la medida que cada individuo pueda ser penalmente responsable de su aporte individual dentro de la organización, éste evitará conductas disvaliosas, y por consecuencia se disminuirán los resultados lesivos emanados por las organizaciones, los cuales actualmente rayan en la burla e indiferencia, pues todos soportan daños sociales irreparables, mientras unos cuantos obtienen de ello cuantiosas ganancias económicas.

## VI. EL NEXO DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Ligar la conducta de aquellos que forman parte de la responsabilidad colectiva con el resultado típico implica dos apartados, *i*) el aporte cuantitativo individual en la

---

responsabilidad por organización. Y al hablarse de la acción humana, se hace una ulterior opción *en contra* de que haya responsabilidad colectiva y *a favor* de la individualización. Pero, ¿cuál es el grado mínimo de acción que debe concurrir a la hora de imputar al individuo su organización, su comportamiento, y no su mera existencia?”.

cadena del hecho y *ii*) la suma de éste con el resto de los aportes que, de manera conjunta, hacen posible el resultado. Así, aun sin estar a nivel de análisis del nivel de conocimientos con que se hicieron los aportes objetivos, ni en el nivel de culpabilidad, resultará necesario atender al principio de precaución, reconociendo que, más allá de valorar la conducta objetiva desplegada por el sujeto, hay que identificar el grado de previsibilidad que tenía a su alcance previo al despliegue de la misma, pues es este grado de conciencia lo que tiene un mayor peso respecto de la unión que exista entre su conducta y el aporte individual que hizo posible el resultado colectivo, lo cual va ligado con la responsabilidad del sujeto atento al grado de conocimiento y capacidad de conocer el resultado.

### *1. Principio de precaución*

Como ha quedado de manifiesto en los capítulos anteriores, la valoración y aplicación que se haga dentro de la ciencia del derecho penal, en aras de una inserción objetiva y efectiva de la misma, deberá hacerse bajo las implicaciones que circundan a la *sociedad del riesgo* en que actualmente se vive, en donde más allá de las conductas individuales desplegadas por cada sujeto, resultan relevantes las conductas desplegadas de manera colectiva, es decir, todas aquellas conductas que mediante la suma de sus aportes cualitativos generen un resultado de riesgo o de lesión para la sociedad actual. De ahí parten las nuevas responsabilidades que debe asumir el individuo, si es que desea un entorno en el que su vida sea viable, decisión que no le compete a un solo sujeto, sino a la sociedad en su conjunto.

Sin duda, en la actualidad es cada vez más estrecha la relación que existe entre el actuar de una persona para con la vida de terceros, y viceversa, toda vez que muchas de las conductas del día a día generan un impacto que va más allá del plano individual, como manejar un vehículo o un camión de pasajeros, administrar una estación de gasolina, la venta de diversos productos de consumo, cocinar alimentos para su venta, colaborar en una fábrica, entre otras miles de conductas, las cuales no es dable ejercerlas sin la debida precaución, tanto respecto de la información que conlleva ejecutarlas como respecto del actuar mismo.

Esta realidad lleva a darle un tiempo, en esta lectura, al *principio de precaución*, cuyo origen debe situarse en la República Federal Alemana, en torno al derecho del medio ambiente de los años setenta, “donde se consagra con el nombre de *Vorsorgeprinzip*, que luego se identificaría en otros idiomas como *precautionary principle*, *principe de précaution* y “principio de precaución”. Tiempos en los cuales, cita Romeo Casabona, “la política alemana relativa al medio ambiente tenía en la idea de la *Vorsorge* uno de sus principios fundamentales”. Su punto de partida consiste en que, “en la medida de lo posible, los atentados al medio ambiente deben evitarse antes de que se produzcan. En este sentido, la *Vorsorge* implica la detección precoz de todo peligro para la salud y el medio ambiente, una investigación multicomprendensiva y sincronizada, que preste una especial atención a las relaciones de causa-efecto”.<sup>261</sup>

Otros ven el origen de este principio en los riesgos provocados por la industria nuclear, en relación con el principio Alara (*As low as reasonably achievable*) adoptado en 1973 por la Comisión Internacional de Protección Radiológica. También se ha sostenido que el principio se originó en la Conferencia de Estocolmo de 1972, sobre el Medio Ambiente Humano. Finalmente, se ha señalado la Convención de Viena de 1985, sobre Protección de la Capa de Ozono, como la primera implementación del principio de precaución en el derecho internacional.<sup>262</sup>

Su expansión se produce en los inicios de los años ochenta y alcanza la aceptación internacional universal en el Convenio de Río de Janeiro sobre Biodiversidad o Diversidad Biológica de 1992 y en el de Cartagena sobre Bioseguridad,<sup>263</sup> convención que en su principio 15 establece que “con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e

---

<sup>261</sup> Romeo Casabona, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 108 y 109.

<sup>262</sup> Figueroa Yáñez, Gonzalo, *El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil*, [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos\\_de\\_analisis\\_Coleccion\\_Derecho\\_Privado/numero1/principio\\_precaucion\\_figueroa.PDF](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/principio_precaucion_figueroa.PDF).

<sup>263</sup> Romeo Casabona, C., *op. cit.*, p. 109.

irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

El Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, de 2000, señala que sus objetivos se formulan de conformidad con el enfoque de precaución que figura en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Todas estas invocaciones del principio de precaución deben entenderse en el contexto de la acentuación de riesgos, a veces de efectos desastrosos, que caracterizan los tiempos actuales. El fin del siglo XX y los inicios del siglo XXI se han caracterizado por la producción de daños cuantiosos, que han sido a veces consecuencia de decisiones humanas. En ese sentido, comenta Bergel:

"en forma sostenida a lo largo de las últimas décadas, se han privilegiado sistemas y tecnologías de producción que han conducido al planeta a una situación límite (contaminación del aire y del agua, erosión de los suelos, recalentamiento de la Tierra, disminución de la capa de ozono y aumento de las radiaciones, pérdida de la diversidad biológica, etcétera)".

Como consecuencia, "el principio se inscribe en una nueva modalidad de relaciones del saber y del poder. La edad de la precaución —se ha señalado— es una edad en la que se reformula la exigencia cartesiana de la necesidad de una duda metódica. Revela una ética de la decisión necesaria en un contexto de incertidumbre".<sup>264</sup>

De ahí que sus bases surjan en torno a la gran preocupación del mundo ante las conductas que impactan directamente al medio ambiente, y por consecuencia se suscite la necesidad de adecuar el marco jurídico a fin de crear estructuras jurídicas acordes a la protección de bienes jurídicos colectivos como éste y otros tantos.

En su ámbito sustantivo o material de aplicación, el principio de precaución

---

<sup>264</sup> Figueroa Yáñez, G., *op. cit.*

“nace como instrumento de gestión del riesgo, sobre todo, aunque no sólo, en relación con las actividades relacionadas con la ciencia y la tecnología, en particular con el saber científico y tecnológico de un momento determinado”,<sup>265</sup> mientras que en su ámbito funcional de aplicación, dicho principio “apela sobre todo y en primer lugar a los poderes públicos en relación con sus decisiones políticas, sean estas legislativas o ejecutivas”.<sup>266</sup>

El principio de precaución pugna por determinar los niveles de control y limitación razonable del riesgo; razonabilidad que estriba en la necesidad que lleva a *asumirlas* como “toleradas”. Esta diferenciación se hace no en aras de actuar frente a los *riesgos permitidos* con una irresponsabilidad sin repercusiones, sino por el contrario, frente a éstos; si bien es cierto que es permitido su actuar, también se espera del sujeto la diligencia necesaria para su ejecución, pues tal como sostiene Romeo Casabona:

“el riesgo permitido apunta a un riesgo conocido, hasta cierto punto mensurable y previsible, lo que aboca como efecto a la prevención. El dilema que surge ahora en la sociedad postindustrial, del desarrollo biotecnológico y del impacto ambiental, consiste en despejar el interrogante de en qué medida es válido y aceptable aquel paradigma en relación con el riesgo ciertamente sospechado, pero no previsible, del riesgo no cuantificable o mensurable en sus dimensiones esenciales, del riesgo incierto por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo. Se trata de la constatación de un riesgo residual que puede abocar a una situación de peligro (de actividad peligrosa) que, a diferencia de aquél, debe ser evitada”.<sup>267</sup>

Estos razonamientos llevan a preguntarse si es válido exigirle al individuo la previsión de los riesgos emanados de su conducta cuando éste tiene conocimiento de los riesgos y de los nexos causales de ésta, a diferencia de quien, asumiendo

---

<sup>265</sup> Romeo Casabona, *op. cit.*, p. 109.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 103, para quien es en el contexto de la insuficiencia o de las limitaciones de la construcción dogmática de la previsibilidad en donde desempeña su función el principio de precaución.

que llevó a cabo la diligencia debida, tiene total desconocimiento respecto del riesgo que ha generado. Y más allá, ¿qué tan válido es esperar que, ante una *incertidumbre* que implica cierta posibilidad de concreción de un riesgo o un posible daño, el sujeto interrumpa su actuar, so pena de incurrir en una conducta cometida con una carga subjetiva de dolo eventual?, toda vez que habrá *aceptado* la consecuencia vislumbrada ante dicha incertidumbre. Esto es, ¿qué tan válido es que un chofer de un camión de transporte público, que no tiene conocimiento sobre biodiversidad o ciencias aledañas a la protección del medio ambiente, pero a su entender de ciudadano “común” se percata que el camión con el que habrá de atender su “ruta” emite notables bocanadas de humo negro cada vez que acelera la marcha del motor, y a pesar de ello, sin reportar a su jefe tal situación o asumir una actitud de previsión ante el daño que puede generar con tales emisiones de smog, simplemente se determina a utilizar el camión sin mayor remordimiento ni reflexión ante el daño generado al resto de los individuos?, es decir, con total indiferencia o negligencia. Preguntémonos, ¿se tendrán que tolerar los *riesgos* asumidos por dicho sujeto, cuando evidentemente su conducta refleja una total indiferencia hacia la responsabilidad que debe asumir respecto de su actuar en sociedad?

Ante este ejemplo, hoy en día, en aras de la dogmática penal actual, resultaría imposible imputarle al actuar del chofer de dicho camión, un dolo directo, toda vez que se argumentará que *no quiso* el resultado de lesión o peligro generado. A la vez, sería sumamente complejo acreditar un dolo eventual, toda vez que el actuar del chofer no está dirigido hacia un resultado contrario a la norma y respecto del cual se genere la probabilidad de la producción de otro resultado que es asumido por el sujeto, que en el ejemplo en estudio sería la emisión de gases tóxicos al medio ambiente, por lo que no se podría establecer que dicho sujeto ha *aceptado* los riesgos generados con su actuar.

Como es de observarse, existe un sinfín de conductas que simplemente se difuminan ante la responsabilidad penal individual. Esta problemática la viene soportando la sociedad desde décadas atrás, tal como se observa mediante la aportación de Jakobs, quien, desde 1974, desarrolla la *teoría de la evitabilidad individual*, la cual surge ante el desacuerdo de dicho estudioso con el concepto de

“finalidad” sostenido por Welzel, por lo que, en sustitución a éste, sostiene la relevancia del concepto *evitabilidad*, argumentando que la acción será la producción de un resultado individualmente evitable, y un resultado o comportamiento será evitable sólo cuando el autor de éste, de haber tenido un motivo para evitarlo, hubiera podido realmente evitarlo.

En esta misma *teoría de la evitabilidad individual*, para Roxin no es indispensable el conocimiento actual de la evitación, sino que basta con el conocimiento hipotético, esto es, no se precisa que conozca la norma, lo importante es que se haya motivado ante la posibilidad de la evitación de cierto resultado, de tal modo que habrá acción cuando exista la posibilidad de evitación.

Ante la evitación del resultado, igualmente, Jakobs se pronuncia ante la relevancia más allá que del resultado, a la motivación dirigida a la evitación del resultado. Para él solamente habrá ausencia de acción en aquellos casos en que sea inevitable la reacción. Se incluye en el análisis de la *evitabilidad* la valoración de la *posibilidad* de la evitación individual, ya que para él las capacidades de evitación son diferentes entre uno u otro individuo; si hay una inevitable realización de la conducta, por consecuencia se estará ante la ausencia de una expresión individual de sentir, ante lo cual la norma no se verá infringida. Así, mientras el resultado sea evitable, se estará ante una acción susceptible de ser valorada en el momento de precisar el injusto penal de la conducta antijurídica.

Regresando al *principio de precaución*, éste toma como punto de partida dos presupuestos: por una parte, la posibilidad de que conductas humanas causen daños colectivos vinculados a situaciones catastróficas que puedan afectar un conjunto de seres vivos, y por la otra, la falta de evidencia científica (incertidumbre) respecto a la existencia misma del daño temido.<sup>268</sup>

Romeo Casabona enfatiza en la necesidad de precisar el significado de la incertidumbre científica y en qué extremos se aplica, sosteniendo que “debe contemplarse, respecto a varias realidades que van desde la relación de causalidad

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 105.



entre el acto y sus efectos, pasando por la realidad misma del daño, así como la medida, la cuantificación del riesgo o del daño, agregando:

“En cuanto a la naturaleza del daño, está extendida la opinión de que ha de ser grave e irreversible, y por ello se suelen incluir los daños colectivos, que toman la dimensión de catástrofe; y por irreversible aquello que vaya contra el aseguramiento de la continuidad del futuro en relación con el pasado. Valga esta descripción para confirmar la magnitud del riesgo temido que acompaña a las situaciones a las que se quiere vincular el principio de precaución, sin que deba compartirse que en todo caso haya de revestir un carácter catastrófico e irreversible, aunque sí por lo general grave y colectivo”.<sup>269</sup>

Debido al alcance que abarca el *principio de precaución*, resulta idóneo para sentar las bases de una responsabilidad colectiva en defensa de derechos fundamentales sociales; derechos que no pueden pagar costes elevados ante su puesta en riesgo, ya que muchos de ellos, como el medio ambiente, la salud, los derechos del consumidor, entre otros, han sido sumamente vulnerados, y todo daño o riesgo asumido por éstos los va debilitando ante su concreción frente a un individuo en particular. Sin embargo, aun cuando se coincida con esta postura, cabe aceptar que falta establecer límites objetivos que permitan identificar los niveles de precaución que cada acción presupone, así como la capacidad de cada individuo para identificar dichos riesgos, de ahí que, como sostiene Romeo Casabona, el recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente.<sup>270</sup> Por ello, se habrá de dotar de mayor científicidad a los procesos

---

<sup>269</sup> *Idem*.

<sup>270</sup> *Idem*, agregando que “el principio de precaución no parte de una absoluta falta de previsión sobre el futuro, pues se basa en la sospecha de los riesgos que puede soportar una actividad determinada, por lo general con consecuencias de especial magnitud e incontrolables y tal vez irreversibles. Sin embargo, es cierto que se desconoce en realidad tanto la dimensión de ese riesgo como de sus posibles efectos perjudiciales. Esto es, existe una incertidumbre científica sobre los procesos

causales de la conducta, ya que resulta complejo dimensionar la precaución que debe asumir determinado sujeto ante un riesgo en particular.

De ahí que el elemento del riesgo que se pretende prever está sujeto a diversas críticas, sobre todo al cuestionarse la naturaleza jurídica del *principio de precaución*, pues tal como sucede con las críticas hechas hacia los delitos de peligro, y más aún hacia los delitos de peligro abstracto, ante los cuales algunos estudiosos sostienen que éstos presuponen un injustificado adelantamiento al principio de ejecución del *iter criminis*. Sin embargo, en la medida que los riesgos que asumimos conllevan cada vez mayores peligros para la sociedad, es que el juicio de *prognosis* (atento al cual se valora el peligro *ex ante*) no sólo debe abarcar la esfera de la lesión, sino también del peligro generado.

Ante esta realidad y la asunción del peligro que frente a sus correspondientes costes ha asumido la sociedad, el *principio de precaución* se orienta a la prevención de daños que resultarían intolerables para la sociedad, ya que “se debe actuar adoptando medidas de protección con anterioridad a que aparezca el daño, incluso aunque no exista una evidencia científica completamente comprobada sobre la nocividad de una actividad o de un producto. La cuestión del desconocimiento causal puede acrecentarse, dado que a la producción de un resultado dañoso determinado pueden concurrir una pluralidad de factores y, por lo tanto, de actividades humanas”.<sup>271</sup>

Pese a las polémicas que ello plantea, así como el presente trabajo se ha pronunciado a favor de los delitos de peligro abstracto, también se plantea la necesidad de incluir en las valoraciones dogmáticas el juicio de peligro, tal como actualmente se hace en el momento del análisis del *injusto individual* (integrado por el *desvalor de acción* y el *desvalor de resultado*), ya que si el peligro se presenta a nivel de acción, tendríamos una conducta peligrosa, pero entendido como peligro a

---

causales que puede generar o desencadenar una actividad, lo que impide calificarlo como previsible conforme a parámetros objetivos”.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 106; señala este autor que “la precaución ha sido asimilada frecuentemente, tanto por sus detractores como por sus defensores, a una moratoria y a un bloqueamiento de nuevos productos en tanto no se disponga de la prueba definitiva de su inocuidad, a un bloqueamiento del progreso científico y a una inacción general en relación con los productos que no fueran-inofensivos”.

nivel de análisis del *desvalor de resultado*, tendríamos una concepción de presupuesto de lesión del bien jurídico. Esto es, una valoración de la conducta peligrosa, y respecto de la cual no sólo frente a la lesión es que actuará el derecho penal, sino precisamente ante una significativa puesta en peligro, máxime cuando la concreción del daño que dicho peligro conlleva sólo es cuestión de tiempo, como es el caso de las conductas que ponen en riesgo el medio ambiente y por consecuencia la salud de la humanidad.

Para Romeo Casabona, la cuestión en relación con los llamados delitos de peligro es donde el principio de precaución puede ayudar a establecer la peligrosidad de una acción determinada en una situación concreta. El análisis del alcance de la peligrosidad de la acción, desde la óptica de este principio, está especialmente indicada, puesto que uno de los rasgos más marcados del derecho penal actual es su expansión mediante la introducción de nuevos delitos de peligro abstracto o de peligro abstracto-concreto. “Con este proceder el legislador releva al juez de comprobar que haya sido suficientemente acreditada una relación de causalidad con un determinado resultado, pues se prescinde de este tipo correspondiente; teniendo que centrarse aquél únicamente en las características de la acción realizada por el sujeto acusado”.<sup>272</sup> Agrega dicho autor:

“el principio de precaución en relación con los comúnmente llamados delitos de peligro —fundamentalmente los delitos de peligrosidad o de acción peligrosa— podría

---

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 114. Afirma, en franca oposición a los delitos de peligro abstracto, que “como se ha puesto de relieve por la doctrina, existe una imprecisión, cuando no confusión terminológica, fuente de errores, como ocurre con los términos ‘peligro’ y ‘peligrosidad’ —que deben vincularse, respectivamente, al resultado y a la acción—, así como con las categorías de los delitos llamados de peligro abstracto (en los que la acción prohibida es por lo general peligrosa para los bienes jurídicos y esa es precisamente la *ratio legislatoris* para su punición, sin que sea necesario que en la situación concreta un bien jurídico haya corrido peligro), de peligro abstracto-concreto o de aptitud (en los que la acción realizada ha de ser peligrosa de acuerdo con un juicio *ex ante* formulado por el juez, pero sin referirse a un resultado concreto de lesión o de peligro de un bien jurídico) y de peligro en sentido estricto (que se refiere a los delitos en los que se produce un resultado de peligro concreto para el bien jurídico). Por ello se propone por algún prestigioso autor referirse con más propiedad a ‘delitos de peligrosidad’ (de riesgo), para superar la denominación arcaica de los delitos de peligro abstracto; y mantener la de ‘delitos de peligro’ para los que solo en sentido estricto lo son, esto es, los llamados de peligro concreto”.

contribuir a la elaboración de un procedimiento de imputación para alguno de estos delitos, basándose para ello en la innecesariedad de imputar un determinado resultado, y pudiendo prescindir entonces y en consecuencia de la constatación de un nexo causal. En este sentido, este principio podría ayudar a construir una acción peligrosa al margen del criterio de partida de la previsibilidad, pero con semejantes, sino superiores, presupuestos de seguridad jurídica basados en las prescripciones de conducta que tal principio impone”.<sup>273</sup>

Sin duda, los límites abordados dentro del principio de precaución dotarán de seguridad y certeza la implementación del mismo, máxime cuando se habla de valoraciones *ex ante* a la consecuencia propia de la conducta, es decir, bajo esquemas de previsibilidad; necesidades que se centran, en gran medida, en torno a la defensa al medio ambiente,<sup>274</sup> de ahí que dicho principio ha sido ampliamente

---

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>274</sup> Vercher Nochera, Antonio *et al.*, *Responsabilidad ambiental, penal, civil y administrativa*, Madrid, ECOIURIS, 2003, p. 224, quien por cuanto hace al principio de proporcionalidad, utilizados en gran medida para delitos ambientales, establece que “Para poder apreciar la relación causal es necesario un juicio de probabilidad en abstracto del resultado acaecido, en un pronóstico objetivo. El juzgador debe analizar si el daño era previsible en el curso natural de las cosas en el acontecimiento ocurrido. El fenómeno causal debe ser analizado en consonancia con las reglas del comportamiento normal y la respuesta a la pregunta de si la acción del sujeto era la idónea para producir el resultado dañoso nos acercará la posibilidad de imputación.

Pero tratándose de daños ambientales, con la complejidad de los mismos y de sus efectos, el sistema clásico puede no responder a todos los interrogantes que se planteen, cuando nos referimos a daños ambientales pueden ocurrir como consecuencia de su propia naturaleza, que por ejemplo, determinados actos contaminantes de distintas personas diseminados en el tiempo y espacio, no sea posible o muy difícil de identificar que acción y de qué persona produjo el daño ambiental, a la que hay que añadir el estado de la ciencia en cada momento, que no permite dar una solución cierta a cada problema de causalidad que se plantea.

Por ello, muchos sistemas han arbitrado un mecanismo de canalización de responsabilidad donde se señale a una persona previamente determinada en función de la actividad de riesgo de que se trate. De esta forma, con Gomis Catalá, existen instrumentos de canalización estricta, centrados en una persona que tendrá el control absoluto del actividad de riesgo y sistemas de canalización múltiple, donde se sitúa en un mismo plano una serie de personas potencialmente responsables, de manera que la víctima o el poder público pueden dirigirse indistintamente frente a cualquiera de ellas. Y si bien pueden existir ciertas dudas sobre la legitimidad de este principio de canalización, pues puede en ocasiones chocar con los cánones clásicos de responsabilidad de daños, sus ventajas superan los recelos que pudiesen existir, pues contribuye a la aplicación del principio ‘quien contamina paga’, atribuye la responsabilidad sólo a la persona que tiene el control sobre la actividad de riesgo y, lo que es más importante a efectos procesales, es un gran arma de economía procesal, pues facilita y simplifica los procedimientos judiciales, ya que limita los procesos múltiples e identifica *ex ante* a la persona responsable, lo que facilita enormemente a efectos prácticos a la víctima del ilícito ambiental, pues conoce de antemano contra quién debe encauzar la demanda.

incorporado, en varias formas, en acuerdos y declaraciones internacionales y alguna legislación nacional. Se reconoce en todas las instancias en que se ha utilizado el principio de precaución, que éste se utiliza precisamente ante la incertidumbre de la amenaza al ambiente, lo cual no tiene por qué ser una limitación para generar responsabilidades y evitar los daños de los peligros que generen conductas alejadas de los mínimos estándares de precaución. “El Principio de Precaución reconoce que postergar las acciones hasta que exista evidencia suficiente de daño generalmente implica que entonces será muy costoso o imposible evitarlo. El uso del principio promueve acciones para prevenir riesgos de perjuicios serios o irreversibles. Consecuentemente, el principio provee un

---

Pero cuando el sistema de canalización no funcione, habrá que acudir a la prueba del nexo causal al efecto determinar o señalar al responsable del daño ambiental. Lo que implica enormes dificultades, pues hay factores que obstaculizan enormemente la prueba de ese nexo como pueden ser, por poner algún ejemplo, la separación existente entre la industria contaminante y los efectos negativos de lluvia ácida para un bosque situado a kilómetros de distancia, la multiplicidad de fuentes contaminantes, la posibilidad de que el daño ambiental no se manifiesta en el momento de la contaminación sino hasta pasado un tiempo, las distintas explicaciones científicas que pueden tener un mismo hecho dañoso al medio ambiente, lo que puede ocasionar la refutabilidad de las pruebas presentadas por la parte perjudicada o el hecho de que algunas consecuencias del daño ambiental se manifiesten en el transcurso de un largo periodo de tiempo, pp. 225 y 226.

En torno a la responsabilidad por inmisiones industriales, Cabanillas Sánchez, llama la atención sobre el problema del nexo causal y su prueba o demostración.

De gran importancia a efectos de determinar el nexo causal entre el hecho dañoso ambiental y la determinación del responsable del mismo es la definición de causa que da la STS del 14 de julio de 1982. La mencionada sentencia define la causa como ‘aquella que, aun ocurriendo con otras, sea la decisiva y determinante del evento dañoso, en relación con las circunstancias del caso y del buen sentido’, p. 226.

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico también incide en la idea de la problemática de la prueba de la relación de causalidad en un ilícito ambiental causante de un daño al medio ambiente. De esta forma, pone en evidencia que a veces no se puede establecer el nexo causal si el daño es el resultado de actividades provenientes de varios sitios distintos, surgiendo también problemas, si el mencionado daño no se hace patente hasta pasado un determinado lapso o período de tiempo o cuando existen dudas científicas acerca de que el daño ha sido consecuencia de esa actuación, pp. 227.

Existen otras teorías, como la del Derecho anglosajón llamada ‘Market-Share-Liability’ (responsabilidad por cuota de mercado), según la cual la responsabilidad de cada empresa es directamente proporcional a la cuota de mercado que ostente...

De gran interés es el mecanismo colectivo de reparación de la Ley Japonesa de 5 de octubre de 1973, sobre accidentes a la salud por contaminación, donde la carga de la prueba no corresponde a las víctimas, sino a un Consejo de Certificación de Daños. De esta forma, aquellas personas que vivían en un sitio determinado, que sufran determinadas enfermedades y que pasen un examen médico, serán considerados víctimas de contaminación atmosférica y tendrán derecho a una indemnización sin tener que probar la relación de causalidad, ni la culpa del presunto responsable del daño”, pp. 228.

importante fundamento político para anticipar, prevenir y mitigar amenazas al ambiente”.<sup>275</sup>

Sin embargo, no todas las posturas resultan a favor de dicho principio, tal como lo sostienen algunos estudiosos, como Hidalgo, para quien el principio de precaución (PP) se ha constituido en el estandarte de los grupos ambientalistas radicales que ven en la tecnología y los avances científicos una amenaza que debe ser erradicada, aun cuando desde la declaración de Río en 1992 se define a este principio de la siguiente manera: "cuando existen amenazas de daños serios o irreversibles, la falta de certeza científica total no podrá ser usada como una razón para posponer medidas de costo-beneficio con el fin de evitar la degradación ambiental". La versión danesa resume en pocas palabras el significado del PP: "darle a la naturaleza y al ambiente el beneficio de la duda". No obstante, el principio también ha sido adoptado por organizaciones cuyo objetivo primario no está relacionado con la defensa del ambiente, sino con la imposición de barreras proteccionistas al comercio, restricciones al uso de la propiedad privada y el incremento del poder estatal en la vida de los individuos.<sup>276</sup>

#### A. El principio de precaución en el ámbito internacional

Frente a la amplia defensa al medio ambiente, cabe citar algunos ejemplos de la utilización del principio de precaución en diversas estancias internacionales, tales

---

<sup>275</sup> Cooney R. y Dickson B., "Pautas para aplicar el principio de precaución a la conservación de la biodiversidad y la gestión de los recursos naturales", *Fauna & Flora International, Great Eastern House, Tenison Rd, Cambridge CB1 2TT, 2005*, [http://www.pprinciple.net/PP%20Guidelines\\_espanol.pdf](http://www.pprinciple.net/PP%20Guidelines_espanol.pdf).

<sup>276</sup> Hidalgo, Juan Carlos, "Los peligros del principio de precaución", *CATO*, Washington, D. C., 5 de marzo de 2003, <http://www.elcato.org/node/524>, para quien "el principal problema con el PP es que omite tomar en cuenta los costos de dejar de hacer algo. Cuando se previene la introducción de una nueva vacuna al mercado bajo el supuesto de que ésta podría tener ciertas consecuencias indeseadas sobre los seres humanos, se está viendo solo un lado de la moneda. Nunca se piensa en la cantidad de vidas que podrían ser salvadas por la nueva medicina. Agregando que, el Principio de Precaución se ha convertido en un concepto oscuro y simplista. Éste le da al Estado poder discrecional para decidir qué es bueno y que es malo para los individuos, estanca a la ciencia y tecnología, y deprime a la economía al eliminar su principal motor: la innovación. Es un ejemplo en donde la precaución causa más daño que bien".

como:

— *Declaración de Río, 1992, principio 15*

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

— *Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, preámbulo*

Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza,

— *Plan de Acción de Biodiversidad del Reino Unido, 1994, párrafo 6.8*

De acuerdo con el principio de precaución, cuando las interacciones son complejas y la evidencia disponible sugiere que hay una significativa posibilidad de daño a nuestra herencia de biodiversidad, se tomarán apropiadas medidas de conservación, aun en la ausencia de evidencia científica conclusiva de que el daño ocurrirá.

— *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), Resolución Conf. 9.24 (Rev CoP13)*

Al examinar propuestas para enmendar los apéndices I o II, las partes, en virtud del principio cautelares y en casos de incertidumbre en lo que respecta a la situación de una especie o los efectos del comercio en la conservación de una especie, deben actuar en el mejor interés de la conservación de la especie concernida, y deben adoptar medidas concordantes con los riesgos previstos para la especie.

Ha habido mucho debate respecto a la naturaleza del concepto de precaución, particularmente si debe ser aceptado como un principio legal, más que ser un conveniente enfoque de política. Se ha argumentado en contra del reconocimiento de la precaución como “principio” de legislación ambiental, que

implica una amplia obligación de aplicarla en la toma de decisiones, y a favor de emplearla simplemente como un enfoque particular para abordar amenazas inciertas. Aunque es indiscutible que en un creciente número de contextos específicos existe claro requerimiento legal de aplicar la precaución, existe un debate irresuelto sobre si la precaución se ha convertido en parte de la ley internacional consuetudinaria.<sup>277</sup>

Por nuestro lado, consideramos que, en el despliegue de conductas riesgosas, tanto en el plano individual como en el producido por un colectivo (producto de los aportes individuales), el individuo debe responsabilizarse por la amenaza y/o seguridad que genera su conducta, vista ésta expuesta al resultado mismo, ya que de no prever lo previsible, habrá una responsabilidad directa de éste para con el resultado, aun cuando la conducta individual no lo haya producido de manera autónoma, pues bastará haber previsto el resultado colectivo para motivarse por la evitación del riesgo generado con su aporte individual.

En este sentido no podemos quedar atrapados en falta de elementos científicos que impidan comprobar con total certeza los efectos de actividades tecnológicas que ya comienzan a causar estragos en la sociedad, como se cuestiona Beck, ¿La imposibilidad de saber debe ser interpretada como una licencia para actuar o por el contrario, como base para dilatar actividades, para moratorias y quizás para la decisión consciente de no actuar?".<sup>278</sup>

---

<sup>277</sup> Cooney R. y Dickson B., *op. cit.*

<sup>278</sup> Figueroa Yáñez, G., *op. cit.*, concluyendo Figueroa, bajo la óptica del derecho civil: "a) Nadie ha propuesto jamás que —por existir en el mundo experimentos peligrosos y actividades de riesgo extremo— se deroguen las reglas clásicas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, en virtud de las cuales el que causa un perjuicio a otro, debe indemnizarlo. Si esas reglas han de conservarse para el que causa daños pequeños, fácilmente resarcibles, no parece razonable derogarlas o aminorarlas para aquel que causa perjuicios excesivos, invocando para ello el nuevo 'principio de precaución'.

b) La responsabilidad civil que habrá de ser mantenida para todos los que causen daños, habrá de devenir —para los casos de mayor trascendencia— en una responsabilidad objetiva, en virtud de la cual el que genera un riesgo debe asumir la reparación de los daños generados por dicho riesgo. 'Aquel que introduce el riesgo debe preverlo y si no toma suficientes precauciones, en particular la de abstenerse, debe ser declarado responsable'.

c) Las ideas anteriores no significan en absoluto un empobrecimiento o disminución del campo en que hoy se aplican los principios de la responsabilidad civil. Por el contrario, significan tan solo la profundización de una tendencia nacida en la época de la industrialización, que planteó el reemplazo



Así, como sostiene Casabona, “el principio de precaución puede ser un buen complemento para el pensamiento de la prevención y de su instrumento, la previsibilidad, sin que comporte al mismo tiempo una vulneración del principio de culpabilidad”.<sup>279</sup> Por lo que este principio deberá legitimarse en base a límites claros a nivel de la norma penal, en base a los cuales se esté en capacidad de establecer su incumplimiento o indiferencia a la misma, y por ende su consecuente responsabilidad. Agrega este autor:

“El principio de precaución no pretende ser un instrumento a través del cual establecer la presunción de una relación de causalidad como un elemento integrante de los delitos de resultado que ya no deba ser demostrado, ni mucho menos eliminar su exigencia o sustituirla por otros procedimientos, como pudiera ser sustentar el nexo causal en meros cálculos probabilísticos, cuestión extremadamente compleja que está siendo objeto de una intensa discusión doctrinal. Al contrario, la relación de causalidad deberá ser acreditada *ex post* en todo caso en los delitos de resultado material, incluso si *ex ante* no era conocida o suficientemente conocida la ley científica general”.<sup>280</sup>

Por ello, seguirá siendo el nexo de causalidad un elemento relevante dentro de la responsabilidad colectiva, el cual, al igual que la culpabilidad, deberá valorarse

---

de la responsabilidad subjetiva por la responsabilidad del riesgo creado, y que hoy tiene aplicación en diversas actividades del quehacer humano.

d) El principio de precaución tiene su campo de aplicación especialmente en las políticas públicas de seguridad social, que tienen por misión evitar peligros imprevistos o daños excesivos, en cuya implementación el Estado no puede estar sujeto a otras limitaciones que aquellas impuestas por el bien común.

e) En el caso que el Estado no haya adoptado para un cierto asunto en particular, una política de precaución, prevención o resguardo, esa pasividad o silencio no puede constituir para el que generó el riesgo y produjo el daño, una circunstancia que pueda exonerarlo de responsabilidad o disminuir aquella que le corresponda asumir por el riesgo creado.

f) Si el daño probable pareciera excesivo para la empresa que generó el riesgo, ella deberá exacerbar su prevención, para lo cual no parece inadecuado recurrir a la institución del seguro, que permite difundir el riesgo entre varias aseguradoras”.

<sup>279</sup> Romeo Casabona, C., *op. cit.*, p. 128.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 123; afirma que “En relación con los delitos de peligro el principio de precaución puede contribuir a definir *ex ante* la peligrosidad de la acción y, puesto que en ello no es precisa la imputación de un resultado ni tampoco es necesario establecer una relación de causalidad, presenta unas perspectivas de futuro mucho más favorables”, p. 129.

y analizarse en el plano individual, a fin de establecer la relación existente entre el aporte cuantitativo de determinado sujeto, hacia la creación del resultado de riesgo o lesión. Ante lo cual, si bien no basta la precaución asumida *ex ante* al desplegar la conducta, también es cierto que la adecuación de la conducta de ello deberá ser tomada en cuenta al momento de su valoración, pues la evitabilidad de lo evitable es una responsabilidad que nos corresponde a todos, de lo contrario se estará en nivel de injusto colectivo por la indiferencia en el actuar y por ende indiferencia hacia la producción del resultado contrario a la norma y del daño o lesión generado al bien jurídico.

## CAPÍTULO CUARTO

### **ALCANCES DEL MARCO NORMATIVO MEXICANO ANTE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES**

La titularidad de los derechos fundamentales sociales que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos demanda su defensa por cada uno de los sujetos a quienes van dirigidos, pues sólo en la medida en que éstos sean exigibles es que se estará ante una verdadera existencia y salvaguarda de los mismos.

Ante esa necesidad de exigibilidad, surgen los problemas de responsabilidad planteados en capítulos anteriores, pues si bien la vida y convivencia en sociedad han llevado al ser humano a la asunción de diversos riesgos en su diario vivir, también lo es que dichos riesgos no pueden sobrepasar las barreras de contención de lo permitido, si bien hay que avanzar hacia el crecimiento y desarrollo de la propia civilización, a la par hay que tener en cuenta la preservación de la especie humana, animal, vegetal y del medio ambiente, todo lo cual en definitiva permitirá al ser humano lograr en efecto un desarrollo y crecimiento en cuanto civilización. Mientras que, de no lograr una evolución con el equilibrio que conlleva la propia naturaleza y el desarrollo propio de la especie, simplemente se estará ampliando indiscriminadamente el camino hacia la destrucción del ser humano, sin la oportunidad de regreso.

La dinámica social y, principalmente, la económica han llevado al individuo a tener una concepción cada vez más “individual”, en lugar de la visión “colectiva”, lo que sin duda repercute en la indiferencia hacia los daños y riesgos que se generan hacia terceros y hacia el exterior mismo, siempre que dicho actuar genere beneficios individuales. Esta indiferencia hacia las consecuencias de nuestro actuar ha generado preocupaciones reales en todos los países, y por consecuencia han surgido diversos estudios en torno a la responsabilidad por los daños y riesgos causados hacia terceros, y a su vez diversas opciones para sancionar las conductas a las que se les atribuye dicha responsabilidad; labor nada fácil en el ámbito del derecho positivo en que se encuentra inserta la mayor parte del sistema de

impartición de justicia de México, quedando fuera de éste sólo el derecho consuetudinario.

Es en esta parte donde se centrará el análisis del presente capítulo: en el marco normativo con que cuenta México para responsabilizar aquellas conductas que, cargadas de conocimiento y por tanto de contenido cualitativo, se despliegan dentro de un colectivo, y que generan daños y riesgos hacia los derechos fundamentales.

Entre los diversos derechos fundamentales que se han citado en el presente trabajo, retoma principal importancia en el análisis de la doctrina, el derecho ambiental y la responsabilidad por el producto, y como consecuencia de éstos, el derecho a una vida sana, a un ambiente adecuado, el derecho del consumidor, el derecho a la vida misma. Entre todos ellos tiene avances importantes el derecho ambiental, principalmente en el continente europeo, por lo que su análisis permitirá sentar las bases para analizar el sistema normativo mexicano.

Ante estas realidades, no obstante las divergencias doctrinales, va cobrando gran importancia la *responsabilidad objetiva* como un sistema de imputación de la obligación que permite imputar responsabilidad al causante de los daños, independientemente de su intervención dolosa o culposa. Este análisis se está adoptando dada la relevancia de los daños generados por un incalculable número de sujetos que bajo la salida de la falta de acreditación, a nivel de tipo, del elemento subjetivo, simplemente logran evadir su responsabilidad.

Pese a las múltiples críticas que pueda tener dicha postura, se acerca en gran medida a resolver el problema *ex ante* de la causación de los daños, y probar la culpabilidad del responsable al momento de estimar el *quantum* de la pena.

#### I. ¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE DE LA CONTAMINACIÓN DE LAS LAGUNAS DE ALTAMIRA Y DE LA MINERA BUENAVISTA DEL COBRE GRUPO MÉXICO?

En el estado de Tamaulipas se encuentra ubicado el Corredor Industrial de Altamira, donde se asientan más de 38 empresas de distintos giros comerciales. Este corredor se inició desde 1960, cuando la empresa Dupont, S. A. se instaló en este

lugar. A partir de ese momento, se instalaron empresas con actividades industriales, como las del ramo petroquímico, químico, hule y plástico.

Ante el incremento de empresas asentadas en Altamira, se han presentado, en los últimos años, denuncias ciudadanas por irregularidades de las empresas que se encuentran ubicadas en el Corredor Industrial, sobre todo en el arroyo y descarga de los desechos residuales que se vierten en las lagunas del Chango, del Conejo, Estero Garrapatas, las Marismas, el Golfo de México y hasta en el subsuelo.

Las empresas que desechan residuos y descargan sus aguas residuales en las lagunas son Almacenes Miramar, S.A. de C.V.; Basf A.B.S.; Basf Colorantes; Basf Dispersiones; Basf Mexicana, S.A. de C.V.; Basf Poliestireno; Basf Styrolux; Biofilm; Contenedores del Golfo S.A. de C.V.; Crompton Corporation S.A. de C.V.; Cryoinfra S.A. de C.V.; Industriales DM Transportes S.A. de C.V.; Dupont Modernización; Dynasol Elastómeros; Electricidad Águila de Altamira S.A. de C.V.; Estireno del Golfo; Forestal Terranova México, S.A. de C.V.; G.E. Plastics; GEN Industrial S.A. de C.V.; Grupo Enertek S.A. de C.V.; Grupo Primex; Hielo y Agua Purificados; Iberdrola Energía Altamira, S.A. de C.V.; Indelpro; Industrias Negromex; Johns Manville Industrial, S.A. de C.V.; Kaltex Fibers S.A. de C.V.; M & G Polímeros México; M & G Polímeros México; Mc. Millán-Industria de Motores Eléctricos; Nhumo; P.P.G Industries de México, S.A. de C.V.; Petro-Chem Mexicana S.A. de C.V.; Petrocel / Temex, Planta Dmt; Petrocel / Temex Pta.; Policyd; Polioles S.A. de C.V.; PPG Industries de México; Productora de Tereftalatos de Altamira S.A. de C.V.; Royal Group México S.A. de C.V., y Técnica Industrial Tamayo, Fabricación, Reparación S.A. de C.V., entre otras.

Estas empresas industriales arrojan más de 370,000 metros cúbicos diarios de descargas, lo que implica una inmensa contaminación del agua, con altos contenidos de plomo, arsénico, cobre, cadmio, cromo, mercurio, níquel y zinc, rebasando los niveles permitidos por la ley, cuyo resultado más tangible es la alta mortandad de los peces. Peor aún, en junio de 2014, especialistas afirmaron que la política ecológica es “letra muerta” en la zona sur del estado de Tamaulipas, pues en los últimos cinco años se han identificado 60 derrames de hidrocarburos que han dañado los ecosistemas, por lo que están en riesgo un millón de personas.

Lo anterior a pesar de que la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) ha realizado inspecciones a las empresas industriales, las cuales, por iniciativa propia se somete a las auditorías ambientales que ejecuta la PROFEPA en materia de regulación de emisiones a la atmósfera y descargas a los cuerpos de agua.

De acuerdo con la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, específicamente en el artículo 38, sección VII, correspondiente a la “Autorregulación y auditorías ambientales”, las empresas podrán “desarrollar procesos de autorregulación ambiental, a través de los cuales mejoren su desempeño ambiental, respetando la legislación y normatividad vigente en la materia y se comprometan a superar o cumplir mayores niveles, metas o beneficios en materia de protección ambiental”. Estas acciones son de forma voluntaria y se establecen mediante un convenio de trabajo entre las empresas industriales y la PROFEPA.

Cabe precisar que las empresas industriales deben obtener un permiso de descarga, el cual cuesta alrededor de tres mil pesos; las instancias encargadas de otorgar estos permisos son los organismos de cuenca, con fundamento en el artículo 20 de la Ley de Aguas Nacionales. Asimismo, la Ley establece, en el artículo 30, que las empresas deben adscribirse al Registro Público de Derechos de Agua.

En caso de que una empresa incumpla la norma será sancionada de acuerdo con la contaminación que produzca, desde mil hasta 20 mil salarios mínimos vigentes en el D. F., conforme al artículo 122 de la Ley de Aguas Nacionales. Asimismo, la norma establece la clausura de las instalaciones de las empresas, sin embargo, esto no ha sucedido.

En materia penal, se establece, en el artículo 416 del Código Penal Federal, una pena de “uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que ilícitamente descargue, deposite, o infiltre, lo autorice u ordene, aguas residuales, líquidos químicos o bioquímicos, desechos o contaminantes en los suelos, subsuelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua de competencia federal, que cause un riesgo de daño o dañe a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a la calidad del agua, a los ecosistemas

o al ambiente”, no obstante, a la fecha no se ha logrado acreditar la correspondiente responsabilidad penal, a pesar de la innegable afectación a la actividad pesquera en la región, así como graves problemas de salud en la población asentada en las cercanías del parque industrial de Altamira y las lagunas.

Otro lamentable ejemplo de este vacío legal y de falta de voluntad de las autoridades lo constituyen las acciones de la Mina Buenavista del Cobre Grupo México, pues a consecuencia de sus acciones, decenas de miles de metros cúbicos de agua de ríos de Sonora se encuentran contaminadas, derivado de una solución ácida de sulfato de cobre, contaminantes que entraron a la presa Rodolfo Félix Valdés "El Molinito" a través del Río Sonora, de donde se abastece a los 800 mil habitantes de dicha capital.

Según el resultado de muestras del líquido realizadas por laboratorios certificados por autoridades federales, el agua presentó niveles de metales pesados por encima de la norma permitida para consumo humano, como fierro, cadmio, cobre, manganeso, aluminio, arsénico, bario, cromo, níquel, plomo y zinc, los cuales provienen del derrame de un repeso utilizado en la operación de la mina Buenavista del Cobre Grupo México, ubicada en Cananea.

Declarando la Comisión Nacional del Agua (Conagua), que el caudal contaminado avanzó 226 kilómetros por el lecho del Río Sonora, desde el lugar del derrame hasta la presa "El Molinito", a una velocidad de 7 metros cúbicos por segundo; tomando en cuenta que el agua con el característico color cobrizo del contaminante llevaba más de 24 horas ingresando a Hermosillo por la zona conocida como "El Gavilán", calculando 605 mil metros cúbicos de agua contaminada con ácido sulfúrico. El agua presentó niveles de metales pesados por encima de la norma permitida para consumo humano.

Según información dada a conocer, el 6 de agosto de 2014, durante la operación de la mina Buenavista del Cobre Grupo México sobrevino un derrame de 40 mil metros cúbicos (equivalentes a 40 millones de litros) de solución acida de sulfato de cobre al caudal del Río Sonora, el cual atraviesa seis municipios, centenares de ranchos y ejidos que dependen del vital líquido para actividades

agropecuarias, recreativas y para consumo humano de 22 mil pobladores de la ribera, además de 800 mil habitantes de Hermosillo.

Según especialistas en ingeniería química y metalurgia de la Universidad de Sonora, los metales pesados contenidos en el agua del Río Sonora producen efectos nocivos a la salud, a largo y mediano plazo, como daño hepático, pulmonar, renal, reproductivo y neurológico. Daños irreparables incluso para los derechos de las generaciones futuras.

Ante ello, ¿quién o quiénes son los responsables de estas acciones?

Sin que entremos al estudio detallado de todos los eventos que se viven en nuestro país, similares a los de las lagunas Altamira y la Minera Buenavista del Cobre Grupo México, se reconoce que cada vez se presentan más conductas lesivas desplegadas por las empresas, y con mayor lesivo y más impunidad; por lo que para el presente trabajo baste con afirmar que estos eventos se repiten sin control en nuestro país, constituyéndose, por lo menos en cuanto a su eficacia reparadora, en una “actividad al amparo de la oportuna autorización administrativa... que se opone al respeto de los niveles de *permisibilidad* del riesgo en cuestión, de tal modo que aunque aquélla provoque a la postre un resultado lesivo para el bien jurídico que se pretendía proteger, habrá de considerarse permitida”.<sup>281</sup> Ante ello, somos los individuos los que soportamos, a costa de nuestra vida y salud, los costes de dichas lesiones y daños no regulados acorde a las responsabilidades propias de las conductas delictivas y de los resultados generados con éstas.

Los límites de la función y el alcance del “*riesgo permitido*” aparecen plasmados en la legislación medioambiental mediante barremos que, en términos de admisibilidad social, expresan, a decir de Gómez Rivero, “la tensión dialéctica entre el interés por la protección del medio ambiente y la necesidad de no colapsar el desarrollo económico”. Tales límites son el resultado de estudios técnicos cuyas

---

<sup>281</sup> Gómez Rivero, María Carmen, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio (especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 12.



conclusiones son asumidas por la organización administrativa y posteriormente se recogen en normas de obligado cumplimiento. Sin embargo, y como es obvio, dichos estudios carecen del don de la infalibilidad, y podría suceder que la administración autorizara una actividad industrial cualquiera —en estricta aplicación del reglamento— y que, pese a ello, comenzasen a surgir casos de claro deterioro medioambiental en zonas cercanas a la sede productiva; es decir, se habría generado un daño, pero la conducta del autor y de la administración serían irreprochables desde el punto de vista jurídico; en casos como éste tampoco cabría formular reproche penal alguno, pues los actos realizados por el ciudadano carecerían entonces del *desvalor* que reclama la imputación del resultado. Únicamente si se produjeran daños personales (lesiones o muerte) como consecuencia de la actividad industrial, podría entenderse decaída la autorización que en su día se concedió, por considerarse sobrepasado “de hecho” el riesgo permitido; como advierte Heine:

“no se puede justificar la confianza en el funcionamiento de las reglas de cuidado, fijadas para limitar el peligro, cuando es patente en el caso particular que las medidas prescritas no alcanzan para reducir un peligro latente al grado mínimo tolerable. En definitiva, las normas que permiten actividades de riesgo en relación con el medio ambiente no pueden interpretarse soslayando la preservación de bienes jurídicos tan relevantes como la vida o la salud, cuya preponderancia en caso de conflicto cuenta con suficiente apoyo constitucional, sin olvidar que la doctrina ha asumido mayoritariamente una concepción antropológica del ambiente que valora éste en función de los intereses del hombre y nunca a la inversa. En cualquier caso, al margen de la vigencia de la autorización y de la responsabilidad por el delito medioambiental, si la actividad produce finalmente lesiones e incluso la muerte de uno o varios sujetos, habría que apreciar el correspondiente delito de lesiones u homicidio —la mayoría de las veces imprudente—, puesto que aun cuando se mantenga la vigencia de la autorización administrativa, la misma se limitaría a cubrir la lesión del bien jurídico

colectivo medio ambiente, sin poder amparar en ningún caso las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos individuales”.<sup>282</sup>

## II. POSTURA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN FRENTE A LOS PROYECTOS DE DESARROLLO E INFRAESTRUCTURA (PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS RELACIONADOS CON PROYECTOS DE DESARROLLO E INFRAESTRUCTURA)

Los proyectos de desarrollo e infraestructura se han expandido a gran magnitud que los impactos generados por ello son tema toral de los diálogos nacionales e internacionales en pro de la defensa de los derechos humanos que se encuentran confrontados con dicho desarrollo. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo, SCJN) ha mostrado su preocupación en el tema elaborando el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura (en lo sucesivo, Protocolo), el cual, aun cuando no es vinculante, sí se instaura como un referente que en el menor de los casos debe generar un compromiso solidario de parte de los impartidores de justicia cuando se trate de proyectos de desarrollo e infraestructura, entendidos éstos como “aquellos emprendimientos impulsados por empresas y/o el estado, en zonas rurales o urbanas, que tengan fines comerciales o se lleven a cabo bajo el argumento del bien común, y supongan la adquisición, disposición, arriendo u ocupación de espacios territoriales, generando un impacto sobre la vida de las personas o comunidades que en ellos habitan, o de las que ellos dependen, y una posible afectación sobre sus derechos humanos”.<sup>283</sup>

Refiriéndose el Protocolo principalmente a mega proyectos como la industria minera u otra industria extractiva como de gas, *shale* y petróleo, a la construcción de presas, trasvases hídricos, autopistas y vías urbanas, grandes proyectos inmobiliarios, proyectos turísticos, escaleras náuticas, rellenos sanitarios, centros para el manejo de residuos tóxicos, compra o alquiler masivo de tierras,

---

<sup>282</sup> *Ibidem*, pp. 53 y 54.

<sup>283</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura”, México, 2014, p. 11.

transgénicos, corredores industriales, plantas de generación de energía geotérmica, nuclear o proyectos eólicos. Actividades que interesan para el presente estudio, ya que todas ellas requieren de un colectivo que actúa en base a una estructurada división de trabajo, con sujetos fungibles que desempeñan un rol determinado y a quienes se les ha conferido un nivel determinado de conocimientos y de responsabilidad en el quehacer de proyectos con altísimo impacto para la sociedad, tanto en el ámbito económico como por cuanto hace a los riesgos que presuponen para los derechos humanos de la sociedad, frente a lo cual se deberá ponderar la viabilidad del proyecto en relación a la salvaguarda de los derechos fundamentales del ser humano como lo son el derecho a una vivienda adecuada, a la alimentación, al agua, a la salud, a un medio ambiente sano, a la educación, al trabajo, a la seguridad de la persona, a la seguridad del hogar, a la libertad de tratos crueles, inhumanos y degradantes y a la libertad de circulación.

Cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que puede atribuirse responsabilidad al Estado por actos violatorios a derechos humanos cometidos por particulares que actúen bajo su jurisdicción. Contexto en el cuál cobra relevancia la doble cualidad de que gozan los derechos fundamentales, a decir de la SCJN, sosteniendo que “por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), y por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas relaciones que se originan entre particulares (función objetiva)”;<sup>284</sup> lo que en el presente trabajo se ha entendido como responsabilidad horizontal, esto es, responsabilidad de los particulares frente a lesiones a derechos fundamentales de terceros, respecto de los cuáles no solo el Estado es quien debe salvaguardarlos, pues todos los individuos estamos obligados a respetar y no violentar los derechos fundamentales de terceros.

Frente a esta corresponsabilidad de los impartidores de justicia en temas de mega proyectos, la SCJN en su Protocolo ha identificado los principios

---

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 21

indispensables para la comprensión e interpretación de los derechos humanos, a saber: no discriminación, interdependencia, indivisibilidad, pro persona, progresividad, equidad intergeneracional (entendido como la responsabilidad de cada generación de dejar a las nuevas generaciones una herencia de recursos que no sea menos que lo que ellas mismas heredaron, sosteniendo que “la generación actual tiene la responsabilidad de administrar el cuidado de los recursos naturales para las nuevas generaciones”<sup>285</sup>), quien contamina paga, precautorio (principio que antecede a la prevención y cuyo objeto es evitar riesgos cuyas consecuencias puedan ser graves, por lo que se aplica ante riesgos desconocidos y frente a los cuales opera la inversión de la carga de la prueba, esto es, quien pretende llevar a cabo actividades sin certeza científica de sus riesgos, deberá demostrar que en realidad no existen tales riesgos) y reparación integral del daño.

- Principales derechos que pueden ser afectados por proyectos de desarrollo e infraestructura.

En su Protocolo, la SCJN ha identificado los principales derechos humanos que pueden ser violentados por proyectos de desarrollo e infraestructura, frente a los cuales establece directrices específicas como guías para las personas juzgadoras, a saber: 1. Derecho al debido proceso, 2. Derecho a la información, 3. Derecho a la participación y a la consulta, 4. Derechos a la libre expresión, a la protesta y a ser protegidos/as contra la criminalización, 5. Derecho de reunión, 6. Derecho de asociación, 7. Derecho a una vivienda adecuada, 8. Derecho a una alimentación adecuada, 9. Derecho al agua y al saneamiento, 10. Derecho a la salud, 11. Derechos culturales, 12. Derecho a un medio ambiente sano.

En el contexto de los derechos antes citados el Protocolo refiere a la relevancia de diversas fuentes de sustento de la vida diaria, como son: los ríos, fuente de vida para las comunidades tanto para el consumo humano como para el ganado y el cultivo; a la tierra como un factor indispensable para establecer sus viviendas,

---

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 54.

desarrollar el ganado y cultivo, insumos básicos para acceder al derecho a la alimentación, a la salud, al trabajo, entre otros; sobre organismos genéticamente modificados, respecto de los cuales se cuestiona el posible daño a la salud física y mental, así como el menoscabo al derecho a un ambiente sano; al medio ambiente como un factor vital para el sano desarrollo; entre otros. Así, subsuelo, tierra, ríos, aire, el ecosistema en sí se constituye como responsabilidad de todos, pues el menoscabo a estos espacios vitales vulnera derechos fundamentales como la salud, la alimentación, la vida digna, la vivienda, el trabajo, el medio ambiente, la paz, derechos sin los cuales simplemente se extingue la vida, y baste ello para responsabilizar a todo individuo por los daños que, con su conducta, genere a éstos espacios vitales.

Y en esta dicotomía de desarrollo y derechos fundamentales se han presentado problemáticas irreversibles, frente a las cuales se dan testimonios como el expuesto por una víctima de contaminación del Río Santiago, en Guadalajara, Jalisco, quien expresa:

“La situación de degradación ambiental que se vive en los poblados de Juanacatlán y El Salto, es de gravedad. Las aguas que fluyen por el río Santiago se han convertido en un caldo tóxico que al (sic) por la cascada que divide estos pueblos generan gases nauseabundos que son respirados por los pobladores en sus casas, negocios y escuelas; en los parques y los palacios municipales. Esto, obviamente, tiene consecuencias para la salud. Abundan testimonios, tanto de médicos de las localidades como de las y los habitantes del incremento perturbador de cánceres, leucemia, abortos espontáneos y malformaciones congénitas en esta zona. Pareciera, al mismo tiempo, que esta crisis de salud pública no logra provocar acción alguna de parte de las autoridades en materia de agua, medio ambiente y salud.”<sup>286</sup>

---

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 131.

El Protocolo cita el testimonio de otra víctima del Río Santiago, la Mtra. Estela Cervantes Navarro, del Instituto de Valores Integrales y Desarrollo Ambiental, A.C., quien comenta:

“Esos tóxicos en pocos días acabaron con la fauna del río y poco a poco con la flora también. Se dejó de sembrar porque el agua quemaba las plantas; las mujeres no regresaron más a lavar su ropa en esta agua y mucho menos a bañarse. Ahí en fin se acabó nuestro centro de vida y recreación.

Hoy, el río Santiago no es sólo un río muerto, sino un río de muerte, porque sus aguas no son más que desechos del corredor industrial de El Salto y de la Zona Metropolitana de Guadalajara.

En la parte superior de la cascada se construyó un muro que retiene el agua que canalizaba para la planta hidroeléctrica y otras comunidades. Éste retiene el agua con toda la contaminación que lleva y se estanca ayudando a la retención de lodos tóxicos.

Esta agua pestilente y nauseabunda está causando estragos en la salud de los habitantes del lugar. Quiere decir que en Juanacatlán no existe más un equilibrio ecológico, no hay ya aire puro ni agua limpia; no más plantas y animales ni tierras fértiles. No hay más fuentes de recreación y, a cambio de todo esto, tenemos enjambres de zancudos, malformaciones congénitas, abortos, alergias, infecciones respiratorias, asma bronquial, leucemias, linfomas, insuficiencia renal, urticaria, conjuntivitis, vértigo, cefalea crónica, etc.”<sup>287</sup>

Así como el testimonio de un afectado por la Mina Los Filos, Ejido Carrizalillo, en Guerrero, quien comenta:

---

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 145.

“La empresa o los representantes locales dicen que es normal los partos prematuros, las deformaciones, [...] pero en una población tan pequeña como es Carrizalillo no es normal que se salga de un margen, que sea tan frecuente”.<sup>288</sup>

Problemas de contaminación a ríos, subsuelos, tierras y medio ambiente de nuestro país, como los citados en los testimonios transcritos son conocidos por todos, aunque poco se ha hecho al respecto, pese a la responsabilidad de todo interviniente en el manejo de productos químicos, tóxicos, materiales sintéticos, pesticidas, y cualquier material que constituya una amenaza para los derechos humanos como la alimentación, el agua, la vivienda, la salud, el medio ambiente, condiciones de trabajo seguras y saludables, la paz, entre otros.

A su vez, la SCJN consciente que el emprendimiento de mega proyectos si bien conlleva el impulso a algunos derechos, a su vez provoca la afectación de otros, lo que genera colisión de derechos importantes de identificar en pro de la mayor protección a todos los derechos del ser humano; así, el Protocolo establece la relevancia que guarda la *ponderación* como método interpretativo y el *juicio de proporcionalidad* a fin de que los impartidores de justicia den certeza y racionalidad en sus decisiones. Dentro del principio de ponderación resalta el juicio de proporcionalidad, cuyo instrumento interpretativo es “proteger los derechos humanos de restricciones arbitrarias que puedan ir más allá de lo constitucionalmente permitido, evitando así la irracionalidad o desproporción en las decisiones tomadas por las autoridades”<sup>289</sup>. En este tenor, la Corte Interamericana determinó que, “cuando existen dos derechos escogidos por la Convención es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad”<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> *Idem.*

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 31

<sup>290</sup> *Idem.*

De ahí que el emprendimiento de infraestructura sólo se justifica si los impactos que habrán de producir son proporcionales respecto de los beneficios que habrán de generar. Estableciendo, la Primera Sala de la SCJN, jurisprudencia dentro del amparo directo en revisión 75/2009, que las restricciones a los derechos deben superar tres pasos: 1) debe ser admisible constitucionalmente, eso es, debe introducirse para la consecución de un objetivo contemplado en la Constitución; 2) debe ser una medida idónea, lo que implica que la restricción debe ser necesaria para la consecución del fin inicialmente propuesto; 3) debe ser proporcional con respecto a la afectación que hace en otros bienes, derechos o intereses constitucionales. Juicio de proporcionalidad que a su vez deberá superar cuatro fases analíticas, a fin de verificar la legitimidad constitucional de la finalidad del proyecto (que no sea contrario a la norma), en segundo momento, determinar que el proyecto sea idóneo para lograr los fines que busca, posteriormente asegurarse de que no existan otros medios para alcanzar el objetivo, que tengan la misma eficacia y que produzca menores daños a los derechos en juego, y finalmente realizar un análisis de proporcionalidad entre los beneficios y los daños a los derechos o valores en juego.

Así, la SCJN se muestra preocupada y alerta hacia su salvaguarda de los derechos fundamentales de todo ciudadano, de ahí la conminación a los impartidores de justicia a apegarse a las directrices que plantea el Protocolo analizado, el cual si bien no es vinculante, sí genera un nivel de responsabilidad moral suficientemente elevado, que, aunado a la normatividad nacional e internacional vigente, debe ser suficiente como para que los impartidores de justicia reconozcan que existen elementos normativos como para actuar con más eficiencia hacia la salvaguarda de los derechos humanos; de lo contrario, la ineficiente impartición de justicia en temas como los abordados los convertirá en cómplices y partícipes de los daños causados.

A la par de lo anterior, en el presente trabajo se considera que las acciones implementadas a la fecha no resultan suficientes para fincar una verdadera responsabilidad horizontal en el ámbito penal, de ahí que los integrantes de un colectivo u organización que actuaron con conocimiento o capacidad de conocer, y



cuyas conductas, de manera concatenada generaron el resultado lesivo siguen estando impunes, siendo sólo la empresa como ente jurídico quien responde en términos de reparación del daño (en el ámbito civil y administrativo), en el mejor de los casos, pese que ello implique la reiterada repetición de las conductas individuales riesgosas y lesivas para la sociedad y sus derechos fundamentales.

Análisis que se hace sin dejar de lado el impacto que, en la mayoría de los casos estos megaproyectos generan en las comunidades étnicas de nuestro país, para las cuales sus tierras son más que una delimitación geográfica, pues constituyen su propia esencia y su cosmovisión del mundo, por lo que, tal como sostiene Bonfil Batalla, “la creación de condiciones para el etnodesarrollo, en términos de organización social, jurídicos y políticos, exige la capacitación de cuadros procedentes del propio grupo”<sup>291</sup>, ello a fin de evitar seguir replicando actos colonialistas en donde los inversionistas y los grandes capitales se adueñan de lugares sagrados y territorios que representan nuestra identidad nacional, generando cambios estructurales que atentan con la vida misma de las comunidades; de ahí que este autor sostiene:

“El etnodesarrollo, evidentemente, requiere otro tipo de cuadros, capaces de emprender la tarea de la descolonización cultural y, simultáneamente, impulsar la actualización de la cultura propia. Estos nuevos cuadros no pueden ser individuos desarraigados de su grupo de origen, prejuiciados contra su cultura, imitadores serviles de formas y experiencias ajenas. Por el contrario: estos cuadros (los “intelectuales orgánicos” de los pueblos indios, si se quiere decir así) deberán capacitarse a partir de su propia cultura, en el conocimiento de su verdadera historia, valorando sus propios recursos; y también, por supuesto, deberán adquirir conocimientos de los que ellos y sus pueblos puedan apropiarse, y que hoy

---

<sup>291</sup> Bonfil Batalla, Guillermo, “Etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización”, *Obras escogidas de Guillermo Bonfil Batalla*, Tomo 2, México, INAH/INI, p. 476. [http://sic.conaculta.gob.mx/centrodoc\\_documentos/78.pdf](http://sic.conaculta.gob.mx/centrodoc_documentos/78.pdf) Definiendo etnodesarrollo, como “la capacidad autónoma de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo...es decir, gobernarse a sí mismas, de tomar sus propias decisiones, en una serie de asuntos que constituyen el ámbito de su etnodesarrollo, o en otras palabras, la ampliación de su cultura propia, tanto en su modalidad autónoma como en la apropiada”, pp. 478-479.

pertenecen sólo a otras clases y a otros pueblos como un resultado más de la concentración de riqueza (en su sentido más amplio) que fue posible merced al colonialismo”.<sup>292</sup>

En este tenor, ante el desarrollo de mega proyectos, las comunidades indígenas han visto socavados derechos fundamentales citados en el Protocolo, tales como el Derecho a la participación y consulta, Derecho a una vivienda adecuada, Derecho a una alimentación adecuada, Derecho al agua y al saneamiento, Derecho a la salud, Derechos culturales, Derecho a un medio ambiente sano, todos ellos vitales para el desarrollo de las comunidades indígenas y de sus individuos, sin los cuales se está generando el exterminio de nuestros pueblos, lo que conlleva el exterminio de la nación pluricultural que conforma a México. Problemáticas realmente graves que deben frenarse con posturas radicales que logren hacer conciencia y cambiar las conductas que han venido socavando los derechos fundamentales de nuestros pueblos y de nuestra sociedad.

### III. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

El derecho ambiental ha venido a fortalecer la conciencia colectiva en torno a los problemas ecológicos y ambientales, toda vez que ellos repercuten de manera directa el diario vivir de los seres humanos, de ahí la importancia de su inserción en la tutela constitucional, ello por la función social que reviste no sólo para un individuo en particular, sino para todo el colectivo llamado sociedad.

En España, la inserción del derecho penal en la protección del medio ambiente la puso de manifiesto la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal 8/1983, de 25 de junio, al sostener que “La urgencia del tema viene dada por lo irreversible que resultan frecuentemente los daños causados”, y que “Sin duda, unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda la industria o actividad nociva para personas o

---

<sup>292</sup> *Idem.*

medio ambiente, pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad a este problema requiere el auxilio coercitivo de la Ley Penal".<sup>293</sup>

En la doctrina, como en el sistema normativo mexicano, existen tres ámbitos del derecho que analizar para el ámbito de la responsabilidad ambiental: el derecho penal, el derecho civil y el derecho administrativo; ámbitos del derecho que se analizan a continuación.

### *1. Responsabilidad penal ambiental*

Es fácil constatar la forma en que el desarrollo económico mexicano se encuentra íntimamente ligado a la afectación ambiental que hace incidir en una misma persona tanto víctimas como victimarios, toda vez que esa afectación repercute en la dinámica del diario vivir y en la calidad de vida. Dada la importancia del bien jurídico que se tutela, retoma suma importancia la protección del medio ambiente a la luz del derecho penal, pese a lo "agresivo" que pudiera considerarse éste, e incluso pese a las críticas de que el derecho penal en este tipo de temas vulnere el principio de fragmentariedad del derecho.

Así, como sostiene Hormazábal, "La solución al problema pasa por encontrar un modelo que garantice el desarrollo industrial, la conservación del medio ambiente y las condiciones de salud, vida y bienestar de las personas".<sup>294</sup>

Sin duda, la injerencia del derecho penal en bienes jurídicos supra individuales, como lo es el medio ambiente, conlleva innumerables opositores, máxime cuando se centra en la parte de la responsabilidad individual, necesaria para el establecimiento de una sanción acorde al principio de culpabilidad que impera en el sistema penal mexicano. Como bien cita Jakobs, la protección del medio ambiente se trata de "una materia en la que los contornos son todavía difusos

---

<sup>293</sup> Vercher Nochera, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 16.

y en la que se mezclan factores de diversa índole que son difíciles de conjugar para el ciudadano de a pie”;<sup>295</sup> así, dicho estudioso del derecho afirma:

“Esto es así en los ámbitos de la economía, tráfico, medio ambiente, etc. En este sentido, por ejemplo en los negocios de exportación un astuto comerciante y un delincuente económico a menudo no se diferencian como antaño se diferenciaba un ciudadano y un malhechor —aunque, desde luego, esto sigue haciéndolo—, sino que, excepción hecha de la infracción del Derecho, se han vuelto similares. La exactitud de la frontera, característica que se mueve de la manera más llamativa en los valores límite en el Derecho ambiental, forma parte de la idoneidad de la sociedad actual, puesto que ésta no sólo permite, sino que a causa de su dependencia de la economía, necesita que se intente sacar todo beneficio posible hasta llegar al límite”.<sup>296</sup>

Contrario a lo sostenido por Jakobs, Muñoz Conde mantiene la postura que señala que las figuras de peligro obedecen a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales, postura que se comparte, y ante la cual se debe alcanzar un equilibrio que permita la consecución del desarrollo y del respeto a los derechos fundamentales. Como afirma Schünemann, cuando defiende al derecho penal para la protección del medio ambiente:

“ya que en el ámbito ecológico, en el que el derecho penal representa el máximo ético, no se puede prescindir de la fuerza formadora de costumbres, conforme a la antigua denominación, o de su efecto preventivo general de integración, utilizando la terminología actual. Como una forma encauzada y concebida a largo plazo de la legítima defensa de la sociedad contra amenazas elementales, el Derecho Penal tiene su lugar más indicado en la defensa de las bases de subsistencia, no sólo de la sociedad actual, sino también de la sociedad futura”.<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1995, p. 48.

<sup>296</sup> *Idem*.

<sup>297</sup> Schünemann, B., *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 222, citado por Vercher Nochera, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 18.

Afirmación ante la cual cabe preguntarse si el derecho penal mexicano cuenta con los elementos preventivos y sancionatorios adecuados para la defensa de las bases de subsistencia no sólo de las generaciones actuales, sino incluso de las generaciones futuras.

Por su lado, el Tribunal Supremo de España, al sostener la base constitucional de la tutela del medio ambiente a través de las instancias del derecho penal, en la sentencia del 29 de septiembre de 2001 añade:

“La importancia de ese valor aconseja a no recurrir con demasiada facilidad al principio de intervención mínima cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que la violan. El citado artículo 45 de la Constitución Española, en su tercer apartado, proporciona una pauta a seguir en ese sentido al prever que la ley establecerá sanciones penales, o, en su caso, administrativas para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación —deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala— de que el Derecho Penal actúa, en la protección del medio ambiente, de forma accesorio y subsidiario con respecto al Derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica, y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del artículo 347 bis del Código Penal de 1973 —y los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el Capítulo III del Capítulo XVI del Código Penal de 1995— haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima”.<sup>298</sup>

El principio de intervención mínima habrá de encontrar el justo medio con la salvaguarda de derechos fundamentales relevantes para la vida misma, como son la salud, el medio ambiente y la vida misma.

---

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 19.

En el derecho penal mexicano, el principio de intervención mínima frente al medio ambiente se implementa en el contenido del título vigésimo quinto del Código Penal Federal (CPF), relativo a los delitos contra el ambiente y la gestión ambiental. Este título se compone de cinco capítulos: el primero, de las actividades tecnológicas y peligrosas; el segundo, de la biodiversidad; el tercero, de la bioseguridad; el cuarto, relativo a los delitos contra la gestión ambiental, y el quinto, relativo a disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente. Todos ellos redactados en su forma de responsabilidad individual, al referirse en términos como, 'al que ilícitamente realice actividades de producción... que causen un daño', 'a quien emita, despida, descargue en la atmósfera, lo realice u ordene, gases, humos, polvos o contaminantes', 'al que ilícitamente descargue, deposite o infiltre, lo autorice u ordene, aguas residuales, líquidos químicos o bioquímicos, desecho o contaminantes', 'el que introduzca recursos forestales', 'el que trafique flora o fauna silvestre', 'quien ilícitamente transporte, comercie, acopie, almacene o transforme madera', entre otros, todos ellos con la única posibilidad de configurarse en una de las formas de autoría establecidas en el artículo 13 del Código Penal Federal, esto es, a una responsabilidad individual, con un nexo causal e injusto penal también individuales, aun cuando se hable de coautoría o de participación. Lo que resulta insuficiente al tratarse de conductas que se despliegan dentro de un entramado organizacional en donde no es sólo una conducta individual la que genera el resultado típico de daño o lesión a derechos fundamentales, sino la concatenación de conductas cargadas de conocimiento que conforman un injusto colectivo.

Del citado título vigésimo quinto del CPF se desprende un total de 10 artículos que describen diversas conductas típicas, de las cuales 17 conductas se encuentran consagradas en el *numerus clausus*, y por tanto contemplan la sanción de aquellas conductas que hayan sido desplegadas en forma culposa. De estos tipos penales habrá que tener claro el bien jurídico que tutelan, y a partir de ello estar en capacidad de determinar la individualidad o colectividad de los mismos.

Los bienes jurídicos que conlleva el medio ambiente, como bien jurídico tutelado, no se centran sólo en la definición propia del término, sino en el bien jurídico que se salvaguarda mediante éste, como lo son la vida, la salud, el

patrimonio, el ambiente sano y adecuado, principalmente, todos ellos con un carácter colectivo intrínsecamente vinculado al individuo. Estos bienes jurídicos no se agotan en el individuo, ni en las generaciones actuales, sino que devienen de la humanidad misma, entendida como un colectivo de ayer, hoy y del futuro. De ahí que Schünemann considere que “El debate acerca de una construcción antropocéntrica o una ecocéntrica de los bienes ambientales no cumple ningún papel, pues la protección penal directa de los bienes ambientales mismos se deja deducir sin más, tal como aquí también ha ocurrido, de los intereses de las generaciones actuales y futuras del *homo sapiens*, y abarca también, de todos modos, en la forma de la dimensión contemplativa, un ecocentrismo moderado”.<sup>299</sup>

El legislador penal debe aceptar la realidad de las infinitas posibilidades de dañar al medio ambiente, que hace imposible prescindir de las normas administrativas que ejercen una función preventiva en el ejercicio de cada actividad, pues esas normas, cuya aplicación es de carácter preferente, han de delimitar precisamente el marco de lo permitido. En este sentido, no se trata de sancionar como primera medida, sino de armonizar los intereses económicos y ecológicos para evitar una sobreutilización del ambiente. Frente a lo cual, igualmente, se deberá evitar una sobrerregulación del derecho penal sin dejan de pugnar por un derecho penal eficaz y eficiente en la prevención hacia lo comisión de este tipo de delitos.

Ante el debate entre la supremacía, o bien, complementariedad entre el derecho penal y el derecho administrativo en la tutela de bienes como el medio ambiente, se destaca el principio *non bis in idem*, respecto del cual cabe aclarar en qué puntos ambos derechos pueden ser complementarios sin que éstos lleguen a

---

<sup>299</sup> Schünemann, citado por Vercher Nochera, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 26; sostiene dicho autor que “La accesoriadad respecto del Derecho administrativo, es decir, el reconocer el efecto justificante o incluso excluyente de la tipicidad que poseería cualquier autorización administrativa para contaminar el medio ambiente, independientemente de que la autorización de la autoridad administrativa fuera acorde con las leyes específicas para la protección del agua, el aire o el suelo, o las infringiera... Si toda autorización administrativa, aunque fuera ilegal, excluyera la posibilidad de penalizar, por ejemplo, la contaminación de las aguas, el límite del Derecho Penal ya no sería fijado por el legislador, sino por el Poder Ejecutivo”, p. 47.

obstruir al otro una adecuada implementación de la justicia. Ante ello cabe destacar el criterio asumido por el Tribunal Constitucional de España en su sentencia 152/2001, de 2 de julio, en la que se manifestó:

“El planteamiento del recurrente supone, de prosperar, que el efecto de aplicación del principio *nos bis in idem* en el sentido reclamado sería el de limitar el gravamen punitivo de la conducta del recurrente a un nivel muy inferior al que hubiera sido posible, de haberse ejercitado la potestad punitiva penal como única a la cual era obligado según el régimen legal vigente en el caso de confluencia entre la potestad administrativa más exigua incorrectamente impuesta y tolerada con su pasiva actuación, le serviría de escudo frente a la correcta imposición de la sanción penal más grave”.<sup>300</sup>

De tal suerte que la complementariedad de un derecho con el otro no debe presuponer la obstaculización entre ambos, por lo que, dada la implicación de una sanción en vías del derecho penal frente a la importancia del bien jurídico salvaguardado, cabría la primacía de éste, y no así de un derecho penal administrativo, que como se verá, se centra en sanciones económicas, principalmente, las cuales no resuelven el problema, menos aun cuando las empresas prefieren pagar las sanciones económicas impuestas a cambio de generar riquezas a costa del daño a derechos fundamentales, como el medio ambiente adecuado a que todos los ciudadanos tenemos derecho.

Por otro lado, y como se analizará a detalle en el próximo capítulo, la dogmática penal actual, al centrarse en la responsabilidad penal individual y al correspondiente nexo de causalidad e injusto individual, hace sumamente complejo el configurar responsabilidades penales frente a conductas desplegadas dentro de un colectivo, a pesar de existir responsables concretos del daño causado, ya que no se valora la suma de conductas concatenadas cargadas de conocimiento o posibilidad de conocer, y más aún, no se valora un injusto colectivo como el que se

---

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 48.



propone en el presente trabajo para llegar a fincar una responsabilidad colectiva que permita responsabilizar de manera más amplia a todos los intervinientes de ilícitos tan graves como son la lesión al medio ambiente y a otros derechos fundamentales.

#### A. *Las normas penales en blanco*

Ante la asunción de la tutela de los bienes jurídicos colectivos, como lo es el medio ambiente, la salud, el derecho del consumidor, la paz, entre otros, nos encontramos ante una indiscutible vinculación entre el derecho penal y el derecho administrativo, como anteriormente se ha sostenido, realidad que lleva a atender las “normas penales en blanco”.

La norma penal en blanco no se integra con una delimitación cerrada del supuesto de hecho típico, sino que se integra como una norma incompleta de contenido preceptivo que se deberá completar con otra instancia legislativa o reglamentaria. En este contexto, dice Vercher:

“Cuando hablamos de infracciones administrativas comprendemos como tales todas las infracciones administrativas, incluso aquellas que están siendo toleradas o consentidas por la Administración. De no ser así, la Administración acabaría convirtiéndose en un verdadero árbitro con capacidad de decidir sobre la aplicación o no aplicación del Derecho Penal ambiental. Sin embargo, y precisamente porque no existe en la actualidad un anclaje legal claro con relación a la tolerancia administrativa, especialmente en temas ambientales, es por lo que quizás se producen casos de tolerancia con más frecuencia de la que pudiera parecer normal en un país con un aceptable nivel de desarrollo económico y jurídico”.<sup>301</sup>

Se ha visto cómo las *leyes penales en blanco* han ido incrementando su normatividad en la medida que la sociedad se enfrenta a mayores riesgos que repercuten a los intereses colectivos. Como sostiene Gómez Rivero:

---

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 50.

“el recurso a las normas penales en blanco permite la necesaria coordinación entre ambos sectores del ordenamiento jurídico —penal y administrativo— dando paso a lo que se ha dado en llamar la *accesoriedad del Derecho administrativo*, dicha técnica no sólo dota de agilidad a la regulación penal, sino que garantiza a la postre una mayor seguridad jurídica que la que podría ofrecer la inclusión de los presupuestos administrativos en el tipo penal... si se dirige a normas de carácter *general* —leyes o reglamentos—, se habla de ‘accesoriedad del *Derecho*’... por el contrario, si el legislador requiere la inexistencia de la autorización administrativa como *elemento típico* se dice que el precepto responde al modelo de ‘accesoriedad del *acto*’.<sup>302</sup>

...en el recurso a la técnica de los delitos de *peligro abstracto*, verdadero punto de apoyo de esta nueva función preventiva que el Derecho penal pretende asumir. Esta tendencia conduce a lo que Hassemmer ha denominado ‘*Dialéctica de la Modernidad*’, de tal modo que el derecho penal de hoy tiende a perder su carácter de *ultima ratio* para equipararse con el resto de los instrumentos de solución de conflictos sociales; o lo que es lo mismo, para convertirse en ‘un medio de arreglo de conflictos el cual no se percibe distinto por su actitud y peligrosidad de otros medios de solución de conflictos; el Derecho penal, a pesar de sus severos instrumentos, deviene una ley blanda’.<sup>303</sup>

Por su lado, *el sistema moderado de accesoriedad administrativa* es aquel en donde la reacción penal no surge de la mera contravención de la normativa administrativa, sino que requiere una situación de especial actitud lesiva, cifrada en la posibilidad de un *riesgo grave*, bien para los sistemas naturales, bien para las personas, situación de riesgo que acuña el genuino signo de identidad del injusto penal. Ello determina que la relevancia penal sólo surja cuando concorra dicha situación especial de riesgo, y cuando sea ese el caso, lo normal es que tampoco se hubiera concedido hipotéticamente la correspondiente licencia, esto es, que dichas conductas no fuesen susceptibles de ser autorizadas.<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> Gómez Rivero, M., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 56.

Frente a las sanciones administrativas, habrá que dejar en claro que éstas podrán imponerse siempre y cuando la conducta desplegada no sea constitutiva de un delito, pues de ser así, será el derecho penal el encargado de su valoración.

Cabe reconocer que un sector amplio de la doctrina ha cuestionado la legitimidad de los tipos en blanco, bajo la crítica de la necesidad de que éstos cuenten con un complemento, mediante disposiciones de inferior rango al exigido por el principio de legalidad que decida cuándo una determinada conducta se convierte en punible.

## *2. Responsabilidad civil ambiental*

La finalidad que tiene el derecho civil lleva a cuestionarse si es el instrumento idóneo para salvaguardar el bien jurídico que se tutela con la protección al medio ambiente. Esta reflexión deberá tener en cuenta que el derecho civil y especialmente la responsabilidad extracontractual “son ramas e instrumentos del Derecho que intentan resolver conflictos interindividuales, entre los particulares o como mucho entre éstos y la Administración cuando ésta también actúa como privado. Sus soluciones son, por tanto, individualistas y no sirven, salvo que se cambien sus postulados, para dirimir otros conflictos que no sean estrictamente entre particulares”.<sup>305</sup> Por ello, sin cerrar la puerta al análisis, se ve difícil que el derecho civil pueda tutelar la salvaguarda de los bienes jurídicos que se encuentran insertos a la protección del medio ambiente.

Para buscar la protección de un bien jurídico, el primer tema a aclarar es: ¿quién ostenta su titularidad?, que es el primer punto de divergencia en ámbitos de la doctrina, ya que para diversos autores no existen los bienes jurídicos supraindividuales. Mientras que la postura que se asume en el presente trabajo es la contraria, esto es, la que sí defiende los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, ante los cuales la titularidad individual del derecho civil no puede hacer mucho. Así, Vercher y otros sostienen:

---

<sup>305</sup> Vercher Nochera, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 91.

“cuando el medio ambiente como víctima del daño, en su definición por todos conocida, viene lesionado, no podemos afirmar que jurídicamente estemos ante un daño patrimonial, para cuyo concreto resarcimiento está pensado el mecanismo de la responsabilidad civil, porque los bienes ambientales carecen de titularidad jurídico privada, no integran el patrimonio de un sujeto determinado, razones que llevan a afirmar que, cuando lo que se daña es el medio ambiente y no al particular o a sus bienes, el Derecho Civil positivo y el sistema de responsabilidad vigente poco pueden hacer, salvo proponer la utilización de acciones de carácter individual, que tutelan intereses individuales, pero que de manera indirecta no refleja proteger el medio ambiente”.<sup>306</sup>

Ante las presentes reflexiones, y no obstante las bondades de las leyes ambientales implementadas en nuestro país, como son La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Cambio Climático, y la Ley General de Bienes Nacionales; así como aquellos ordenamientos cuyo objeto o disposiciones se refieran a la preservación o restauración del equilibrio ecológico y la protección del ambiente o sus elementos, de nueva cuenta se insiste en que ninguna rama del derecho por sí sola resolverá los problemas de lesiones al bien jurídico intrínseco al medio ambiente, sino sólo la conjunción de las diversas ramas del derecho y la creación de mecanismos idóneos podrán salvaguardar lo que realmente es importante para el ser humano.

---

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 95; sostienen dichos autores que “Para lograr el objetivo de la prevención y, en último caso o en caso extremo, el de la reparación de los daños al medio ambiente es imprescindible hacerlo desde un enfoque interdisciplinar. Ni el Derecho Civil puede servir para remediar todos los problemas de reparación de daños, ni el Derecho Penal puede por sí solo prevenirlos. Es necesario, por ello, estructurar un mecanismo en el que estén presentes todas y cada una de estas ramas del Derecho, porque sólo aunando esfuerzos se puede lograr el mantenimiento y subsistencia en óptimas condiciones de los recursos naturales”.

- Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

En este contexto, resulta importante destacar la emisión de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013, cuyo objeto es regular la responsabilidad ambiental que nace de los daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de dichos daños cuando sea exigible a través de los procesos judiciales federales previstos por el artículo 17 constitucional, los mecanismos alternativos de solución de controversias, los procedimientos administrativos y aquellos que correspondan a la comisión de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental; cuyo proceso judicial se dirige a determinar la responsabilidad ambiental en términos patrimoniales, administrativos o penales.

No obstante, de su lectura integral se aprecia que su enfoque central está en la reparación civil y administrativa del daño, entendida esta como restauración, restablecimiento, tratamiento, recuperación o remediación, y claro la sanción económica. A la par de lo cual, conforme lo dispuesto en su artículo 9 son el Código Civil Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles los que actuarán supletoriamente ante lo no previsto en la legislación en comento.

Mientras que el apartado dispuesto para la Responsabilidad penal en materia ambiental (consagrado en su Título Tercero), prácticamente deja la esfera penal a lo dispuesto en el Código Penal Federal y a su correspondiente Código Procesal, es decir, en nada abona por cuanto hace a elementos que permitan analizar y acreditar la responsabilidad penal de quienes lesionan o ponen en riesgo el medio ambiente. Aunado a ello cabe destacar la preocupante redacción de su artículo 56, en donde limita el carácter de víctima de delitos contra el ambiente a aquellos que “se constituyan como denunciadores ante el Ministerio Público”, al señalar:

Artículo 56.- Atento a lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se considerará víctima de los delitos contra el ambiente a toda persona habitante de la comunidad posiblemente afectada por el ilícito cuando se constituya como denunciante ante el Ministerio Público. (énfasis añadido)

Exposición normativa que deja ver una clara contradicción a lo establecido en el artículo 17 constitucional, atento al cual las acciones colectivas trascienden la esfera individual, o bien, aun teniendo tal carácter, tiene una relación entre varios titulares que los vincula por circunstancias de hecho o de derecho, y se habla precisamente de derechos colectivos o difusos. Lesiones a derechos colectivos que se dilucidarán ante Tribunales especializados, y frente a los cuales no se requiere la comprobación de víctimas específicas, pues basta incluso de dañar o poner en riesgo derechos de tercera generación, esto es, derechos fundamentales de las generaciones futuras. En este tenor, si bien la vía penal tiene su propio proceso, cabrá tomar en cuenta conceptos de víctima más amplios cuando de materia ambiental se habla.

Por otro lado, vemos positiva, pero riesgosa, la postura establecida en el artículo 24 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, el cual establece que la persona moral será responsable del daño al ambiente ocasionado por sus representantes, administradores, gerentes, directores, empleados y quienes ejerzan dominio funcional de sus operaciones, cuando sean omisos o actúen en el ejercicio de sus funciones, en representación o bajo el amparo o beneficio de la persona moral, o bien, cuando ordenen o consientan la realización de las conductas dañosas, toda vez que, por una lado resulta positivo que la persona moral asuma la correspondiente responsabilidad por lo que sucede en su interior, y responda, principalmente por el tema de reparación del daño ambiental (reparación del daño que, en términos generales quedaría fuera del alcance del o los sujetos penalmente responsables); pero por otro lado, esta responsabilidad por el daño que se le finca a la persona moral en ningún momento debe excluir la responsabilidad penal de quienes produjeron el efecto de lesión o daño al bien jurídico tutelado. De ahí que el artículo en comento debería contener tal precisión.

Sin duda hay muchas aristas, derechos y responsables que circundan el tema de protección al ambiente, y de la eficiente conciliación de responsabilidades dependerá la eficiente salvaguarda de los derechos humanos, tal como sostiene Velcher, “seguramente conciliar los intereses de todos los afectados por un impacto ambiental es una tarea complicada, aún mayor con vistas a una legislación general

de la materia. Sin embargo, cuando, en el seno de la Unión Europea se utiliza la expresión ‘desarrollo sostenible’ están presentes en ella todos estos implicados, puesto que de la mejor conciliación entre ellos depende no sólo la conservación del medio ambiente, sino también la evolución y el progreso del mercado y de la sociedad en su conjunto”.<sup>307</sup>

Por su lado, y siguiendo con el alcance de la responsabilidad civil, cabe señalar que en el Libro Verde de la Comisión Europea del 14 de mayo de 1993, se “examina la utilidad de la responsabilidad civil como medio para imponer la obligación de costear la restauración medioambiental”, y al mismo tiempo plantea “investigar la posibilidad de reparar el daño medioambiental, en aquellos casos no resueltos a través de la responsabilidad civil mediante lo que se denominan sistemas colectivos de compensación”. Ante ello, Vercher y otros sostienen que en el citado documento existen 3 casos paradigmáticos:

- a) La llamada contaminación anónima o crónica en que el daño al medio ambiente es el resultado acumulativo de numerosísimos actos y omisiones realizadas por una pluralidad indeterminada de sujetos, a los que resulta imposible identificar y mucho más aún sujetar a la obligación de reparar.
- b) El caso de la llamada contaminación histórica en el daño al medio ambiente se produce por efecto de depósitos de materiales o residuos, llevados a cabo en un pasado más o menos remoto por personas o entidades que identificables, pueden haber dejado de existir, devenido insolventes o haber actuado en el momento en que lo hicieron con plena sujeción a la legislación que estuviera vigente.
- c) El caso de los daños ecológicos internacionales. Si la ecología nos ha enseñado algo es la trabazón o la solidaridad entre las diferentes partes de un conjunto. Por supuesto, las fronteras nacionales no son barreras físicas que impidan la difusión de los daños ecológicos, pero, además,

---

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 100.

cualquier incidente en un punto del conjunto repercute en todo él. No hace falta volver a mencionar aquí las repercusiones que en todos los países del mundo pueden producir los agujeros de la capa de ozono, donde hay también un caso de contaminación anónima o crónica, ni el efecto que la progresiva desaparición de la selva amazónica puede producir en la península ibérica.<sup>308</sup>

Todos estos daños conllevan a la lesión de un bien jurídico que pertenece a todos los individuos, y como se ha sostenido, no sólo en cuanto al deterioro al medio ambiente, sino en torno al menoscabo de todos aquellos bienes jurídicos que conlleva la tutela del medio ambiente.

Para la doctrina mayoritaria, existen dos sistemas que pueden utilizarse para enjuiciar la obligación del causante de un daño ambiental de repararlo:

“En primer lugar, el llamado sistema objetivo (o más correctamente, por riesgo), en el que el agente contaminante responderá del daño causado por el ejercicio de la actividad peligrosa sometida a la Ley, aunque no haya habido culpa o negligencia por su parte y sólo podrá exonerarse probando que el daño se debió a una fuerza mayor inevitable e irresistible (se suelen citar como ejemplos de sistemas objetivos los de Alemania, EE.UU y Libro Verde de la UE)... para que funcione adecuadamente un sistema objetivo de responsabilidad, es indispensable delimitar los riesgos típicos que se someten a este régimen, de tal suerte que el daño debe haberse producido con motivo del desarrollo de su actividad de riesgo.

La segunda posibilidad es la de establecer un sistema subjetivo: El agente responderá del daño causado siempre que se haya debido a culpa o negligencia (Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Italia, Francia y Holanda). Se trata de un mecanismo reparatorio que tiene en cuenta el comportamiento de los sujetos causantes de los daños... Se suele afirmar que este tipo de responsabilidad hace a las personas más responsables y cuidadosas, además de producir un efecto psicológico importante al explicar al responsable de dónde surge su obligación de

---

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 102.



reparar. Pero si bien un sistema de responsabilidad basado en la culpa del agente puede poseer grandes ventajas en orden a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas que se derivarán de un comportamiento no adecuado a los deberes específicos de diligencia, origina grandes dificultades en lo que se refiere a su régimen probatorio. En su día fueron precisamente estos problemas, unidos al desarrollo del maquinismo y la masificación social los que originaron la mutación del sistema de responsabilidad, prescindiendo del criterio de la culpa en algunos supuestos de alto riesgo de producción de daños (circulación de vehículos a motor, energía nuclear, caza, navegación aérea, entre otros).<sup>309</sup>

Sin duda, el debate que se suscita en torno a la dinámica “verde” genera múltiples dificultades, a la vez de múltiples divergencias, entre las cuales se hacen presentes los intereses económicos, los cuales se convierten en la más férrea dificultad en cuanto el alcance de un equilibrio tal que permita al ser humano evolucionar en su economía y desarrollo, y a la vez conserve un ambiente que efectivamente le permita contar con la salud, ambiente adecuado, paz y calidad de vida para que dicha evolución y desarrollo económico en realidad se pueda disfrutar. Lo que implicaría el presupuesto necesario para la actuación del derecho; así, como cita Vercher:

“si existe un presupuesto necesario para que la responsabilidad civil pueda surgir ése es el de la existencia de un daño o una lesión a un interés legítimo digno de tutela por el ordenamiento. Si se afirma que la finalidad del instituto de la responsabilidad civil es la de reparar, no cabe duda de que ésta no actuará en el caso de que el daño sea inexistente, por mucho que la conducta del agente haya sido antijurídica y culpable”.

Además habrá de tener en cuenta que “el daño debe ser cierto, realmente existente, lo que excluye a los hipotéticos, eventuales y difusos, pudiendo, eso sí, tratarse de un daño futuro que surgirá con posterioridad a la reclamación de la

---

<sup>309</sup> *Ibidem*, pp. 103 y 104.

indemnización, siempre y cuando haya una racional certidumbre de acaecimiento”.<sup>310</sup> Por su lado, Díez-Picazo sostiene:

“ha sido muy discutido el tema de la ilicitud del comportamiento del sujeto causante de los daños o, lo que es igual, del cumplimiento de la normativa como causa de exoneración o de atenuación de la responsabilidad. Como es sabido, es tradicional ya encontrar normas que advierten de la no exoneración de la responsabilidad por el cumplimiento de la normativa aplicable y la tenencia de las autorizaciones administrativas pertinentes para desarrollar la actividad”.

No obstante estas dificultades, contamos con jurisprudencia española que se ha ocupado de la justicia cumulativa, al sostener en la sentencia pronunciada por el Tribunal Español del 17 de mayo de 1981 que:

“Aún en los casos de funcionamiento de una industria, previas las precauciones señaladas en los Reglamentos, su ejercicio ha de guardar el debido respeto a la propiedad ajena, de modo que deberá indemnizar a los particulares los daños anormalmente derivados de esa explotación permitida, radicando entonces el deber de indemnizar, más que en la antijuridicidad del acto, que hasta cierto punto no sería contrario a Derecho, en la exigencia de justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque autorizado, ha de resarcir a quien hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho de propiedad, igualmente ha de verificar las instalaciones precisas, de forma que pueda evitar la producción de daños acudiendo a los medios que la técnica impongan para eliminar las posibles contaminaciones”.<sup>311</sup>

Igualmente, cabe aludir a la sentencia del Tribunal Supremo de España del 7 de abril de 1997, dictada con motivo de la supuesta emisión de parte de fincas rurales y los consecuentes daños, al declarar que:

---

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>311</sup> *Idem*.

“el número segundo del artículo 1908 del Código Civil, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades..., pues aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por la fábrica recurrente hayan podido respetar... los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida exploración industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños de terceros”<sup>312</sup>

De esta sentencia se hace hincapié en la última parte del párrafo antes transcrito, esto es, en lo relativo a que “lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida exploración industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños de terceros”, ya que resalta la relevancia de los aportes cualitativos cargados de conocimiento que de manera conjunta producen el resultado de lesión o de peligro, tal como se ha sostenido en el presente trabajo.

Como se ha sostenido en capítulos anteriores, el deber de evitación está directamente vinculado al concepto de previsibilidad, pues es en base a dicha previsibilidad que se podrá considerar o no la evitación del resultado. Ante ello, la conducta se debe valorar en el momento de la previsibilidad, esto mediante un juicio de prognosis y de probabilidad *ex ante*. Y es precisamente ante dicha previsibilidad que cobra sentido analizar los aportes cualitativos exteriorizados por los integrantes del colectivo, pues de ellos nos interesa su contenido comunicativamente doloso, así como la asunción de la lesión o peligro generado en conjunto con el resto de los aportes. Esta conducta difícilmente podrá ser valorada por el derecho civil en salvaguarda de los derechos fundamentales que se pretenden salvaguardar, ya que dicha instancia se centra en la reparación económica de los daños, situación que

---

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 136.

no genera la suficiente prevención, puesto que el poder económico de la empresa puede pagar altas multas, y no resarce el daño generado al medio ambiente, daño que no se compra con dinero.

Agrega Díez-Picazo que para la teoría de la responsabilidad subjetiva, está obligado a indemnizar quien ha causado un daño a otro por su propia negligencia, y no lo está quien a pesar de haber originado una lesión se ha comportado diligentemente. Mientras que para la teoría o sistema objetivo o de riesgo, quien ha causado un daño responde, independientemente del grado de diligencia que haya mostrado en su comportamiento. Por consiguiente, la víctima de la lesión ha de probar la entidad del daño y que éste ha sido ocasionado (causa-efecto) por la conducta del agente.<sup>313</sup> Esta diferenciación también se vislumbra cuando se analiza una conducta a la luz tanto del injusto civil como del injusto penal.

La mayor parte de la doctrina se ha inclinado por establecer una responsabilidad civil ambiental objetiva, esto es, una *responsabilidad por riesgo*, llegando incluso a prescindir de la culpa para fincar la responsabilidad. Ante esta situación, de no establecerse un adecuado sistema de causalidad, se corre el riesgo de fincar responsabilidades sin causalidad, lo cual conlleva el riesgo de responsabilizar incluso a quien no ha desplegado conducta alguna. De ahí la relevancia de identificar un proceso causal claro y objetivo entre la conducta y el resultado de lesión o de riesgo, según sea el caso. A decir de Díez-Picazo y otros autores, en algunos casos pueden existir presunciones de causalidad, como ocurre en los supuestos de demanda a un miembro indeterminado del grupo, que pueden aplicarse cuando son empresarios diferentes los que concurren a contaminar, aunque podrá observarse que en estos casos el problema es más de cuantificación de la concurrencia que de causalidad en sentido estricto.<sup>314</sup>

---

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>314</sup> Díez-Picazo, "Responsabilidad civil ambiental", citado por *ibidem*, p. 158. Dice la autora que es "necesario que una responsabilidad civil de este tipo se imponga a empresas de una cierta envergadura con posibilidad de hacer afinados cálculos de costos, lo que no es por supuesto el caso de cuando se habla genéricamente de actividades con incidencia medioambiental. Por otra parte, como ya se ha dicho, puede tratarse de estar preservando las condiciones de la concurrencia comercial, que es, al parecer el fondo de la cuestión en la llamada responsabilidad por productos

Cabe precisar que, en términos de responsabilidad, no se podrá ir más allá de lo establecido en la norma, de ahí que convenga considerar las diferencias más importantes entre la regulación del derecho civil y la del derecho penal, que a decir de Díez-Picazo son únicamente tres:

“1. Se encuentra en primer lugar, el reconocimiento en el Código Penal de una responsabilidad con un deber de indemnización por equidad de los imputables, del que hay que decir que si bien no se encuentra consignado en el Código Civil, nada impide con base en el Código Penal una interpretación extensiva de aquél.

2. En segundo lugar, el Código Penal contiene una regulación de la responsabilidad civil en el caso de concurrencia de circunstancias de exclusión de la responsabilidad penal, por la concurrencia de causas de justificación o de causas de extinción de la culpabilidad (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, fuerza, miedo insuperable, error de prohibición).

4. Por último se encuentran los supuestos de responsabilidad por hechos ajenos, que son, probablemente, los puntos en que la diferencia entre uno y otro tipo de Código son más acentuadas. El carácter especial de este tipo de responsabilidad obliga a pensar que cada Código tiene al respecto su propio punto de aplicación, si bien nada impide que la responsabilidad entre uno y otro pueda integrarse a través de interpretaciones sistemáticas”.

En este tenor, el ámbito sancionador del derecho penal permitirá disuadir al individuo a fin de que, de no conducirse de forma respetuosa a la norma, será incluso su privación a la libertad la que restablecerá la confianza de la sociedad en la norma.

### *3. Responsabilidad administrativa ambiental*

---

defectuosos. Más si el sistema de responsabilidad por productos defectuosos no es fácilmente trasladable, pues aunque en él los fabricantes de productos sean heterogéneos entre sí las directivas europeas y las leyes se cuidaron de excluir algunas y básicamente de beneficiar casi en exclusiva a los consumidores”.

El derecho ambiental nace con un enfoque preventivo y reparador de los desastres en el equilibrio natural, todos ellos causados por el hombre, quien resulta el sujeto imputable de dichos resultados, máxime cuando es a éste a quien más interesa contar con un ambiente adecuado para la consecución de sus objetivos de vida.

Para estudiosos como Castañón del Valle, “una de las tareas pendientes de política ambiental es abordar con rigurosidad una educación ambiental de calidad, de raíz y para todos, ya que concientizar a la población, generar actitudes en las personas a través de la educación debe ser una prioridad inaplazable si queremos que el respeto al medio ambiente esté cada vez más presente en la sociedad”.<sup>315</sup>

Frente a dicho espíritu con que nace el enfoque del derecho administrativo en protección al derecho ambiental, en cuanto derecho fundamental, cabe recordar la íntima relación que tiene con la responsabilidad penal, toda vez que las conductas a valorar son las mismas, y en la mayoría de los análisis a la luz de derecho administrativo nos encontramos con la configuración de tipos penales ambientales, sean completas o bajo leyes penales en blanco, pero finalmente relacionadas con el nivel constitucional que tienen los bienes jurídicos salvaguardados.

El modelo predominante es la accesoriedad relativa del derecho administrativo al derecho penal, pues en el derecho administrativo se describe el comportamiento que se pretende incriminar, de manera general, pero el injusto penal se define plenamente o se completa con una remisión a la regulación administrativa. De este modo, el derecho administrativo determina en cierta medida los límites de la penalidad, sin que ello signifique consagrar como bien tutelado una pretensión estatal de obediencia. Lo que viene constituyendo el talón de Aquiles del derecho administrativo.

Sin duda, entre ambos derechos habrá que cuidar el no incurrir en una doble sanción, y atender al principio *non bis in ídem*, a fin que, de no reaccionar el derecho penal por falta de acreditación del delito, sea el derecho administrativo el que debida

---

<sup>315</sup> Castañón del Valle, Manuel, “Responsabilidad administrativa ambiental”, citado por *ibidem*, p. 178.

a su propio proceso sancionador; por el contrario, de haberse sancionado la conducta por el derecho penal, éste absorberá la jurisdicción administrativa.

Así, resulta innegable la repercusión que para el derecho sancionador administrativo tiene el derecho sancionador penal, en donde, a pesar de una identidad sustantiva, en el ámbito sancionador habrá de prevalecer sólo uno de ambos derechos.

Sin embargo, respecto a la misión preventiva del derecho, cabe reconocer el mayor alcance *mediático* con que dispone el derecho administrativo, pues más allá de la mera “amenaza” de la pena inserta en el derecho penal, el derecho administrativo faculta a las autoridades administrativas para ejecutar acciones previas al propio riesgo o lesión calculable, de tal suerte que la inspección se centra en la inmediatez de comprobación de los hechos que puedan ser causantes de estos riesgos o lesiones, facultad que si bien no es absoluta y de libre acceso, pues requiere de cierta normatividad y autorización para la intromisión al “*domicilio*” de la empresa, pero en la medida que esté regulada en instrumentos normativos administrativos, sí resulta eficiente. Las inspecciones permitirán, entre otros, verificar el tipo de productos empleados, el cumplimiento de niveles de seguridad, existencia o no de sistemas de depuración internos, el funcionamiento de evacuación de aguas o emisiones contaminantes, comprobar la existencia de riesgos y las medidas tomadas para contener los mismos dentro de las barreras de permisión, aspectos todos que inciden en una debida prevención de los riesgos medio ambientales que nos ocupan.

En este sentido, sostiene Castañón:

“la finalidad de la función inspectora es biface, a saber: en primer lugar, la inspección ambiental responde a un fin meramente preventivo, es decir, entender la actividad inspectora como una actividad policial de vigilancia lleva implícito un muy importante factor de disuasión para futuros incumplimientos de la normatividad ambiental (de todos es conocido que la ausencia de control la Administración alienta a la indisciplina de empresas y particulares, sobre todo, en materia ambiental) y en segundo lugar, dicha inspección ambiental responde a una finalidad también correctora, pues cuando

se descubre a través de la actividad inspectora que una industria está realizando vertidos tóxicos y peligrosos a un río, el propósito de la inspección es el restablecimiento de la normativa ambiental conculida, adoptando, en su caso, las medidas que sean necesarias para evitar la consumación de la lesión del ambiente perturbado...las actas de inspección administrativa... sustituyen a la Administración en funciones eminentemente públicas, teniendo el deber de informar a la Administración acerca de las actuaciones irregulares de las empresas que inspeccionan”.<sup>316</sup>

Pese a lo anterior, las medidas preventivas en torno a la protección del medio ambiente no han resultado suficientes, de ahí que se precise analizar y definir las formas idóneas para responsabilizar a cada uno de los sujetos que con su conducta comunicativamente dolosa contribuye a generar un resultado de riesgo o de lesión para dicho bien jurídico. Ante lo cual cabe reconocer que la sanción pecuniaria, que es el tipo de sanción ordinaria del derecho administrativo y administrativo (generalmente económica), o bien, la clausura de la empresa, no resultan suficientes en aras del daño que se genera al individuo, máxime cuando estamos hablando de daños irreparables, ante los cuales lo único realmente efectivo es la evitación de los mismos.

Ante esta realidad, en España existen algunas normas ambientales legislativas a través de las cuales se ponderan los casos en que el beneficio resultante de la infracción sea mayor a la sanción impuesta, supuestos en los que la sanción se incrementa en su cuantía de forma proporcional al beneficio obtenido. Esta ponderación de costes-beneficios permite ir más allá de la reparación simplista por una responsabilidad muchas veces incalculable en cuanto a los daños; por lo que más allá de que la empresa se conforme con pagar una sanción, en muchos de los casos ínfima en proporción a las ganancias obtenidas con su actuar, lo que se debe buscar es que la responsabilidad de la empresa, en cuanto al daño o riesgo generado, sea realmente proporcional a la lesión al bien jurídico tutelado, pues de

---

<sup>316</sup> *Ibidem*, pp. 196-198.



lo contrario sólo estaremos ante instancias normativas que, al aplicarse, aunque resulten irrelevantes en cuanto la tutela de los bienes jurídicos a salvaguardar, estén legitimando el actuar de las empresas, ya que éstas quedarán “exoneradas” con el simple pago de una multa, o con el cese de la empresa (a pesar de que al día siguiente estén en posibilidad de instaurar una nueva razón social con el mismo objeto social).

Estos problemas se deben abordar ante temas cardinales y complejos como la salvaguarda al medio ambiente y al resto de los derechos fundamentales, en donde se resume aquello que permite al ser humano existir, a saber, la vida, la salud, el derecho a un ambiente sano, el disfrute de los bosques y preservación de la especie, la seguridad en los bienes de consumo, entre otros. Esta reparación ambiental, como sostiene Blanco Lozano, “encuentra una dificultad insalvable en su propia imposibilidad. En efecto, hablar de reparación ambiental es en muchos casos una verdadera utopía, pues los efectos de una catástrofe nuclear, de una marea negra, de la extinción de una especie vegetal o animal son irremediables. No estamos ante un simple perjuicio patrimonial, sino ante “*mutilaciones del entorno vital*”,<sup>317</sup> ante lo cual no tienen cabida las meras sanciones económicas.

De ahí que se coincida con lo sostenido por Castañón en cuanto que, la adopción de mecanismos preventivos no sólo *ex ante*, sino también *ex post*, destinados a evitar la repetición del hecho dañoso ambiental, es de crucial importancia, pues de lo contrario estaríamos fomentando el derecho de dañar indemnizando.<sup>318</sup> Por ello, sea mediante la vía civil, administrativa o penal, debe encontrarse la forma adecuada para determinar la responsabilidad por causar daño o peligro al medio ambiente, y en base a la misma establecer las medidas restauradoras y preventivas suficientes para salvaguardar el entorno saludable en el que desea vivir todo ser humano.

---

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 237.

#### IV. RESPONSABILIDAD AMBIENTAN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Sin duda, temas tan relevantes como la tutela del medio ambiente, la salud, el derecho de los consumidores, la paz, entre otros derechos fundamentales que constituyen los pilares centrales de nuestra vida y de la convivencia en sociedad, resultan de vital importancia en los análisis jurídicos de todos los países, por ello nos permitimos citar algunas consideraciones internacionales que ponen el tema en el centro de la discusión jurídica, lo que demuestra que esta problemática tiene hilos sueltos que no se logran controlar, y cuyo efecto está constatando la pérdida de bienes jurídicos fundamentales para el diario vivir. Experiencias internacionales ante las cuales cobran mayor fuerza los tratados internacionales suscritos por México en materia de medio ambiente, recursos naturales y especies, como lo son el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, el Convenio de Róterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional, el Convenio de Viena para la Protección dela Capa de Ozono, el Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Kioto a la Convención Marco de las Naciones unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, entre otros.

##### *1. Unión Europea*

###### *A. Libro Verde*

En la Unión Europea existe una encomiable experiencia internacional provista a través del “Libro Verde sobre la reparación del daño ecológico”, aprobado por la Comisión Europea el 14 de mayo de 1993, que ofrece, de manera sistemática, todos los puntos que deben ser tratados a fin de estar en capacidad de regular la materia ambiental y ecológica. La finalidad del documento, a decir de Vercher, era:

“provocar una amplia discusión sobre el tema de la reparación del daño ambiental de manera que se pudiera gozar de una mejor información de cara a las medidas futuras que se adoptaran en este campo. El objetivo trazado en aquél era doble: en primer lugar, examinar la utilidad de la responsabilidad civil como instrumento para imponer la obligación de costear la restauración ambiental, en aquellos casos no resueltos mediante el uso de la responsabilidad civil, a través de sistemas colectivos de compensación”.<sup>319</sup>

Con base en el referido documento, la Unión Europea plantea diversas soluciones:<sup>320</sup>

“1. La utilidad del sistema de responsabilidad civil para solucionar algunos problemas ambientales: sostiene que las soluciones del Derecho Civil en general y de la responsabilidad extracontractual son eminentemente individualistas y no sirven, salvo que se cambien sus postulados, para dirimir otros conflictos que no sean estrictamente privados”.

Agrega que se puede afirmar que, con la introducción de algunos supuestos especiales en el ámbito de la responsabilidad civil (energía nuclear, residuos, medio ambiente), la finalidad originaria de la responsabilidad civil se ha visto ensanchada al incluirse en ella la prevención, a veces la punición solapada de determinadas conductas y, en todo caso, la imposición de los gastos de reparación de daños.

---

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>320</sup> *Ibidem*, pp. 113-116.

“2. Establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva, pero sólo para aquellas actividades que sean potencialmente nocivas para el medio ambiente y sólo en la medida en que sean causantes reales de daños ambientales.

3. Utilización de un concepto amplio de daño ecológico que abarque tanto el medio natural como el patrimonio histórico artístico y tanto el impacto repentino de un accidente o episodio aislado, como el resultado de un proceso crónico de polución.

4. Utilización de un concepto abierto de actividad peligrosa. Quedando fuera de responsabilidad aquellas actividades amparadas por una autorización administrativa legalmente obtenida.

5. Imposición de responsabilidad al operador. Se debe invertir y establecer que sea el operador quien pruebe la ausencia de nexo causal entre el daño ecológico y su actividad peligrosa.

6. El aseguramiento del riesgo ecológico. Es necesaria la implantación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil ambiental para aquellas actividades peligrosas porque de lo contrario se hace inviable el régimen de responsabilidad objetiva.

7. La legitimación activa y el problema de las llamadas *class actions*. La acción pública no debe concederse de forma indiscriminada, sino que debe restringirse a aquellos daños que sean presuntamente constitutivos de delito y a aquellos otros en que demostrada la existencia de un daño ecológico, ni los particulares afectados, ni los poderes públicos ejercitasen sus acciones civiles de resarcimiento”.

### *B. Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*

Otro de los documentos que ha impulsado el trabajo legislativo de la Unión Europea en materia de responsabilidad civil ambiental es el “Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental de 9 de febrero de 2000”, del cual resulta relevante mencionar algunos apartados de la opinión de la Comisión:<sup>321</sup>

“— En la medida en que la protección de la salud también constituya un importante objetivo medioambiental y, por motivos de coherencia, el régimen comunitario habría

---

<sup>321</sup> *Ibidem*, pp. 122-124.

de aplicarse tanto a los 'daños tradicionales' (es decir, los causados a las personas y a los bienes) como a los daños causados al medio ambiente.

— Se estructura un desdoblamiento de responsabilidades: una responsabilidad objetiva para los daños causados a la biodiversidad, independientemente de que la actividad sea o no peligrosa, y una responsabilidad por culpa cuando los daños hayan sido causados por una instalación no peligrosa.

— Los tres elementos indispensables para que el daño ambiental pueda repararse de manera efectiva con un régimen de responsabilidad civil son: identificación de los agentes causantes, existencia de un daño real y cuantificable y el establecimiento de una relación de causalidad entre el daño y los contaminadores. De este modo, la Comisión es consciente de que la responsabilidad no es un instrumento adecuado para los casos de contaminación generalizada, de carácter difuso, en que es imposible vincular los efectos negativos sobre el medio ambiente con las actividades desarrolladas por determinados agentes (por ejemplo, efectos sobre el cambio climático producidos por las emisiones de CO<sub>2</sub> o la lluvia ácida).

Como se observa, no obstante las bondades del referido Libro Blanco, éste se centra principalmente en la responsabilidad civil, resaltando que éste tipo de responsabilidad no puede abarcar la tutela de derechos difusos, ante los cuales le resulta imposible vincular el efecto causal de los efectos negativos. A su vez, resulta relevante la valoración puesta para una responsabilidad objetiva para daños causados a intereses colectivos, como lo es la biodiversidad, ello independientemente de que la actividad sea o no peligrosa, esto es, habrá una valoración objetiva de la conducta hacia el resultado lesivo que se haya generado, lo que permite, en su caso superar las dificultades de la parte subjetiva del dolo.

### *C. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad Ambiental*

El 25 de junio de 2002 en el *Diario Oficial* de la Comunidad Europea se publica la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre

Responsabilidad Ambiental en Relación con la Prevención y Reparación de Daños Ambientales. En su exposición de motivos se destaca que:

“desde el accidente de Seveso en julio de 1976 hasta los accidentes de Baia Mare y Baia Borsa en enero y marzo de 2000 podrían confeccionarse una larga lista con los casos que han causado graves episodios contaminantes u otros perjuicios importantes para el medio ambiente. Por supuesto, lo mejor sería que tales daños no llegasen siquiera a producirse, por lo que la prevención es también un objetivo de gran valor en este contexto. Cuando no obstante se causan daños al medio ambiente, la cuestión que inevitablemente se plantea es ‘quién paga la factura’. El principio con arreglo al cual ‘quien contamina, paga’ constituye la base de la política de medio ambiente de la Comunidad y significa que en muchos casos la responsabilidad económica corresponde al operador que produce el daño”.

Propuesta que no incluye los daños tradicionales, los suscitados pese al cumplimiento de disposiciones administrativas, ni los atendidos en convenios internacionales que regulan la responsabilidad civil en materia ambiental, tampoco cuando los daños sean de carácter amplio o difuso y resulte imposible establecer el vínculo causal entre los daños y las actividades causantes. A su vez enfatiza sobre la existencia de excepciones que eximen la responsabilidad del ejecutor de la conducta, las cuales no aplican cuando se haya actuado con negligencia; destacando a su vez la responsabilidad solidaria en los casos que existan varios agentes causantes del daño y no sea posible acreditar su cuota de responsabilidad.

En este tenor nos encontramos frente a una norma de carácter internacional que se centra en la reparación del daño por la vía económica, y en donde resulta complejo atribuir responsabilidades penales a los causantes directos de los daños para, en su caso centrar responsabilidades en la empresa. Pues reconoce la dificultad que existe para imputar la relación causal entre conducta y resultado cuando de daños difusos se trata, pese a que, en términos ambientales la mayoría de los daños son generales y difusos, daños que incluso ponen en riesgo los derechos del no nacido, de las generaciones futuras.

## *2. El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos*

### *A. La Novena Conferencia Internacional Americana y los derechos humanos*

A través de los años, los Estados americanos, en ejercicio de su soberanía, han adoptado una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos. Dicho sistema normativo, contenido en los Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, reconoce y define estos derechos, estableciendo obligaciones tendentes a su promoción y protección, y crea órganos destinados a velar por su observancia.

Este sistema interamericano se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual se adoptó la propia Carta de la OEA que proclama los “derechos fundamentales de la persona humana” como uno de los principios en que se funda la Organización.

### *B. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

En vista de la devastación causada por la Segunda Guerra Mundial, los Estados americanos decidieron examinar los problemas de la guerra y prepararse para la paz. En febrero y marzo de 1945, la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en la ciudad de México, adoptó, entre otras, dos resoluciones de importancia capital en el desarrollo del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos: la Resolución XXVII sobre “Libertad de Información” y la Resolución XL sobre “Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre”.

En la primera resolución, los Estados americanos manifiestan su “firme anhelo [de] asegurar una paz que defienda y proteja, en todas las regiones de la tierra, los derechos fundamentales del hombre”. La segunda resolución es la

predecesora directa de la Declaración Americana, ya que proclama “la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre”, dentro de la cual se afirma la postura a favor de un sistema de protección internacional. En su preámbulo señala que “para que esa protección sea llevada a la práctica se requiere precisar tales derechos —así como los deberes correlativos en una Declaración adoptada en forma de Convención por los Estados—”.

El proyecto de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preparado por el Comité Jurídico Interamericano, fue presentado y aprobado en el marco de la Novena Conferencia celebrada en 1948. La Declaración se convirtió en el primer instrumento internacional de su tipo, ya que fue adoptada con antelación a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el seno de las Naciones Unidas.

La Declaración Americana estableció “el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”. En otra cláusula introductoria, la Declaración indica que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Por lo tanto, se sostiene que los Estados americanos reconocen que cuando el Estado legisla en esta materia, no crea o concede derechos, sino que reconoce derechos que existían antes de la formación del Estado, derechos que tienen su origen en la naturaleza misma de la persona humana.

Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han dictaminado que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA.



### *C. Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Los antecedentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se remontan a la Conferencia Interamericana celebrada en México en 1945, la cual encomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de Declaración, idea que fue retomada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que se reunió en Santiago de Chile en agosto de 1959 y decidió impulsar la preparación de una convención de derechos humanos.

La entrada en vigor de la Convención, el 18 de julio de 1978, constituyó un paso fundamental en el fortalecimiento del sistema de protección, y permitió incrementar la efectividad de la Comisión, establecer una Corte y modificar la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que se basa la estructura institucional.

Conforme a lo dispuesto en el primer párrafo de su preámbulo, la Convención tiene como propósito “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

### *D. Protocolos de la Convención Americana*

Durante su decimoctavo periodo ordinario de sesiones, celebrado en 1988, la Asamblea General abrió a la firma el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). El preámbulo de este instrumento señala que los Estados partes de la Convención Americana reconocen la estrecha relación existente entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales “por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente...”.

Los Estados partes recuerdan, igualmente, que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean las condiciones

que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Al ratificar el Protocolo, los Estados partes “se comprometen a adoptar las medidas necesarias... hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Este instrumento reconoce el derecho al trabajo y a las condiciones laborales, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, salud, un medio ambiente sano, alimentación, educación, a los beneficios de la cultura, al derecho a la familia y de los niños, así como a los derechos de los ancianos y discapacitados.

### *3. Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”*

Convención que se funda en el respeto de los derechos esenciales del hombre; reconociendo en su preámbulo “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

Agregando que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

En este contexto cabe destacar lo dispuesto en su artículo 26, en donde resalta el compromiso de los Estados Partes a “adoptar providencias” para el logro efectivo de los derechos económicos, sociales, de educación, ciencia y cultura. En donde cabe el análisis planteado en el presente trabajo, a fin de generar las instancias penales que permitan responsabilizar debidamente las conductas desplegadas dentro de los entes colectivos, a fin de que los resultados generados

por éstas no violenten los derechos humanos de las generaciones presentes ni futuras.

### “CAPÍTULO III. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

#### Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

El “Protocolo de San Salvador”, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se instaure como un Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del cual nos permitimos destacar sus artículos 9 y 10, por ser disposiciones básicas en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, en temas relevantes como la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. A saber:

#### “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

#### Artículo 10. Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados se comprometen a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
  - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
  - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
  - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
  - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole”;

Por su lado, de manera relevante y con un compromiso categórico a cargo de los Estados Parte, se encuentra la obligación de garantizar el goce del derecho al medio ambiente sano, el derecho a la alimentación, a la educación, tal como lo establece en sus artículos 11, 12 y 13 que acto continuo se transcriben:

#### “Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

#### Artículo 12. Derecho a la Alimentación

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.
2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

### Artículo 13. Derecho a la Educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
  - a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
  - b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
  - c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
  - d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
  - e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.
4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.
5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.

Este instrumento fue firmado por México el 17 de noviembre de 1988, y fue ratificado el 16 de abril de 1996, lo que obliga al Estado a su aplicación, so pena de las sanciones correspondientes a los encargados de impartir justicia y salvaguardas nuestros derechos fundamentales, por los daños que su inaplicación pudiera generar.

#### 4. España, ejemplo de sentencias

Ejercicios de justicia internacional que nos permiten conocer los criterios con base a los cuales se responsabilizó con pena de prisión al responsable del resultado arrojado por un colectivo, sin dejar de lado que sólo se responsabilizó al gerente o a un solo autor, a pesar de que no fue el único aporte objetivo que generó el resultado, sino que debió existir un número mayor de sujetos con alguna responsabilidad en torno al resultado. A saber:

- Sentencia del 26 de septiembre de 1994 <sup>322</sup>

Resumen de hechos: la empresa municipal SMASSA tenía por objeto la retirada de vehículos abandonados en la vía pública y la posterior destrucción y transformación de la chatarra resultante. Si bien contrató con otra empresa las labores de destrucción y achatarramiento, conservó la gestión de la operación, la cual producía residuos de aceite, gasolina y otros contaminantes que se vertieron a la zona acuífera, provocando el envenenamiento de las aguas de una Reserva Natural. SMASSA no contaba con autorización alguna para el depósito y vertido de los residuos.

La sentencia de la Audiencia de Barcelona condenó al acusado, responsable en calidad de gerente de la Societat Privada Municipal “D’Aparcaments Serveis, SA”, como autor de un delito contra el medio ambiente con las penas de un mes y un día de arresto mayor y multa de 175,000 pesetas.

---

<sup>322</sup> Gómez Rivero, M., *op. cit.*, pp. 110 y 111.

El TS declara haber lugar al recurso del Ministerio Fiscal y dicta segunda sentencia en la que condena al acusado como autor en su calidad de responsable y gerente de la Societat Privada Municipal “D’Aparcaments Serveis, SA”, de un delito contra el medio ambiente agravado por la clandestinidad sin haber obtenido la preceptiva autorización y haber desobedecido las órdenes de la autoridad administrativa, a las penas de seis meses y un día de prisión menor y una multa de 6,000,000 de pesetas.

El gerente de la Societat Privada Municipal “D’Aparcaments Serveis, SA”, (SMASSA), que tenía por objeto la retirada de vehículos abandonados en la vía pública de la ciudad de Barcelona y la posterior destrucción y aprovechamiento de la chatarra resultante, pudo establecer a tal efecto las normas de gobierno interno y de régimen de administración y gobierno, mediante la ordenación, organización y reglamentación de los “servicios técnicos” y administrativos de la sociedad, con lo que era el máximo responsable del funcionamiento de la empresa; consecuentemente, se homologa con el autor directo y material de la ejecución del hecho al haber aportado una contribución decisiva a la realización de hecho.

- B. Sentencia del 1o. de febrero de 1997 <sup>323</sup>

Resumen de hechos: Realización de vertidos por una empresa que contaba con una autorización provisional del 4 de octubre de 1984 de la Comisión de Aguas del Pirineo Oriental. Dicha autorización provisional requería para obtener la definitiva autorización administrativa de vertido, entre otras condiciones: 1) la construcción de una estación depuradora, ya que la existente desde 1979 era insuficiente para su cometido; 2) el ajuste de vertido depurado de la misma a determinados límites de contaminación; 3) la llevanza de un libro-registro de control de funcionamiento de la depuradora, en el que se reflejasen las incidencias de la misma. No obstante, la depuradora de la empresa funcionó desde 1989 sin llevar a cabo el proceso de depuración requerido por la administración pública, por lo que las aguas residuales,

---

<sup>323</sup> *Ibidem*, pp. 112 y 113.

nula o insuficientemente depuradas, provocaron la contaminación de las aguas de los ríos y animales domésticos que pudieran utilizarlas afectando a las condiciones de los cauces públicos y de la vida animal y vegetal, y en general de los ecosistemas naturales de ríos Tuta, Sorreig y Ter.

La sentencia de la Audiencia de Barcelona, de 6 de junio de 1995, condenó al acusado como autor de un delito continuado contra el medio ambiente, a la pena de cuatro años y dos meses de prisión menor y multa de 9,500,000 ptas. con arresto sustitutorio de seis días en caso de impago. El TS dicta segunda sentencia en la que mantiene todos los pronunciamientos del Tribunal de instancia a excepción de sustituir la multa impuesta por la 7,500,000 ptas. con igual arresto sustitutorio.

Casos en los que queda claro que sí fue posible sancionar el quebrantamiento de la norma por parte del sujeto responsable, quien al haber omitido actuar con el debido cuidado, ejecutó conductas indiferentes hacia el resultado lesivo. En sentido opuesto cabe destacar la importancia de contar con ordenamientos claros y efectivos que regulen cada una de las conductas que se desenvuelven en una organización, pues atento a la división de trabajo, sólo en base al cumplimiento de las obligaciones específicas del sujeto se podrá acreditar su actuar conforme a la norma, incluso independientemente del resultado de lesión o peligro generado por el colectivo hacia un buen jurídico tutelado.



## CAPÍTULO QUINTO

### REFORMA DE ESTADO Y LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA NORMATIVO *AD HOC* PARA REGULAR LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

#### I. PRECISIONES VALORATIVAS EN LA RESPONSABILIDAD PENAL POR ORGANIZACIÓN

Ya se han expuesto las consideraciones respecto del elemento *volitivo del dolo* como parte toral o central para la integración de éste, toda vez que, en el momento de su puesta en práctica, el tema se enfrenta ante ciertas inconsistencias, como los paliativos suplidos por el “querer”, tales como “aceptar”, “tolerar” y otros similares, los cuales constituyen un parámetro de segunda importancia frente al precedente del conocimiento (de los elementos objetivos del tipo), con base en el cual ya se ha generado el suficiente aporte cargado de determinación por su actuar,<sup>324</sup> conocimiento que incide directamente en la determinación de la conducta del sujeto, la cual, en definitiva, es la que despliega un resultado de lesión o de peligro, que es el que interesa responsabilizar. Dicho conocimiento no implica que el sujeto conozca la ley, pero sí las circunstancias o situaciones que rodean a su conducta, y la realidad en que, a su juicio, se inserta la misma, y queda a “juicio del jurista el valorar si dicho conocimiento de la realidad es el que describió el legislador en el tipo”.<sup>325</sup>

El presente análisis, hecho en torno a las conductas desplegadas en una organización, reviste aún mayor importancia, dada la trascendencia de cada uno de los aportes cargados con mayor o menor grado de conocimiento (o factibilidad de conocer), los cuales se concatenan en la producción de *un resultado común*, que si bien no reúne los elementos establecidos por la figura de la *coautoría* en la actual

---

<sup>324</sup> Díaz Aranda, E., *Proceso penal acusatorio...*, cit., p. 695, sostiene: “No debemos confundir el dolo con la voluntariedad de la conducta a que alude el artículo 7 del CPF puesto que la voluntad sólo se refiere a la capacidad de autodeterminación que tiene el sujeto sobre sus movimientos corporales, mientras que el dolo se refiere a la dirección que el autor imprime a su conducta. Agregando que, es indiscutible que el sustento fundamental del concepto de dolo radica en el elemento cognitivo, pues el conocimiento es el ‘presupuesto de la intención, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce; como señala Hassemmer, ‘no se puede concebir una voluntad vacía de contenido’”, p. 708.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 709.

dogmática penal, se tiene claro que, independientemente de la voluntad de cada uno de los sujetos, sus aportes han sido objetivos, y han generado un resultado, el cual es en definitiva el que transgrede la esfera de terceros.

Esto implica para algunos autores que lo relevante es la valoración normativa de las conductas, tema que quedó precisado en el capítulo tercero, ya que no sólo se tutela al individuo, sino a la sociedad misma que ha dado valor a ciertos comportamientos bajo la tutela de la norma. Así, Cancio Meliá, sostiene que posterior a la evolución del elemento subjetivo del delito, “nos hemos percatado que estamos ante una normativización de todas las categorías del delito, y no es ajena a ella el tipo penal, donde precisamente se encuentra el dolo; cuya problemática actual está determinada por la relación normativa con la imputación objetiva y la búsqueda de la relevancia del elemento cognitivo en desmero del volitivo, cada una de estas ya no en un sentido psicológico, sino netamente normativo”. Aunado a ello, para el presente trabajo la relevancia del elemento *cognitivo* no viene a “devaluar” el elemento *volitivo*, sino simplemente a ubicarlo en otro sitio de la sistemática del delito, en la culpabilidad, atendiendo a su verdadera trascendencia valorativa.

A juicio de Jakobs, la responsabilidad de cada sujeto frente al cumplimiento de la norma viene dado en la existencia misma de la norma, a la cual no se puede acceder o pretender conocer a “voluntad”, sino que todos los individuos tienen la responsabilidad de adecuar sus conductas acorde a la misma, por lo que comenta:

“La explicación de una menor punibilidad de una conducta sin conocimiento del tipo es adecuada sólo para la imprudencia como error, pero no para el desconocimiento selectivo, basado en el desinterés sobre el destino de los demás...Para tales personas, ciegas ante los hechos por indiferencia o incluso por hostilidad, no sólo no se adecua la explicación dada, sino que, respecto de ellas, el límite trazado por el derecho vigente entre conocimiento del tipo, por un lado, y desconocimiento del tipo, por otro, es totalmente equivocado. No hay ninguna razón para gratificar *per se*, con una pena menor, la falta de conocimiento del tipo de un indiferente; pues una falta de conocimiento es, *per se*, un déficit psíquico, y nada más, y el límite entre reproche de

culpabilidad más grave y el más leve no puede orientarse según psicologismos, sino sólo según la relación con determinados fines”.<sup>326</sup>

Por lo tanto, si se analizan las conductas desplegadas dentro de un colectivo, se tiene que, una vez que se acredite el conocimiento, o la factibilidad de adquirirlo, se tendrá por integrado el elemento *cognitivo* del dolo, de tal manera que la conducta desplegada hacia el exterior, que contiene dicho contenido *cognitivo*, ya habrá merecido una relación causal con el resultado, y por tanto, de no contar con una causa de justificación que elimine la antijuridicidad del hecho, se entrará en terrenos de un *injusto colectivo*, en donde precisamente el desvalor de acción es el haber actuado u omitido la conducta a valorar, cuando el sujeto cuenta con una carga de conocimiento o factibilidad de conocer que fue la que lo determinó a desplegar su conducta. En esta situación se está ante un dolo de autor, toda vez que se relaciona con la debida motivación del cumplimiento de la norma,<sup>327</sup> en correspondencia con el principio de confianza, lo cual permitirá participar de un mismo injusto, dejando al margen o a la periferia, el actuar del partícipe (como actualmente lo hace la teoría de la autoría y participación).

Atento a lo anterior, en la responsabilidad penal por organización se irá más allá de las formas de autoría que para la responsabilidad individual provee la dogmática penal actual, a saber: la coautoría, la autoría mediata, *delitos cualificados propios* y la participación, entre otras tantas conductas que, aun cuando llevan

---

<sup>326</sup> Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., p. 39.

<sup>327</sup> Cfr. Horn, citado por *ibidem*, p. 72, sostiene: “Desde el punto de vista psicologizante, se sostiene que una ‘capacidad para conocer’ presupone al menos que exista una ‘representación de la posibilidad de que el proyecto de acción estaría de algún modo prohibido’. Agregando el propio Jakobs, en página subsecuente: “Pero si esta representación existe y no significa nada para el autor, él no seguirá orientándose por este hilo. Es decir, incluso esta representación da un motivo no en el sentido psicológico-individualizante, sino en un sentido normativo: ella debe dar un motivo. En otras palabras, el autor reaccionará a la representación sólo si a él le importa acatar el derecho; pero dado que el derecho no puede dejarse desplazar porque el autor no se ocupe de él, el motivo para acatar el derecho es sencillamente presupuesto; nadie puede invocar que le falta ese motivo... No es decisivo si el individuo se ve motivado; más bien el derecho presupone como dado un motivo para activar todo lo disponible; se satisface esta exigencia determinada normativamente en el ámbito de lo que estereotipadamente es conforme al derecho mediante el conocimiento de la conformidad al derecho”.

consigo una carga valorativa dolosa, no encuentran cabida para imputar la responsabilidad colectiva, nos referimos a la configuración del *injusto colectivo*, pero dejando claro que en ningún momento se deberá confundir con una concepción unitaria de autor, como se analizará más adelante.

Las complejas y numerosas aportaciones desplegadas dentro de una organización pueden ser abarcadas con mayor amplitud mediante la *responsabilidad colectiva*, resolviéndose así, actuales e intolerables problemas de impunidad. Para ello hay que tener en cuenta la toma de conciencia y responsabilidad que deberá asumir cada individuo al exteriorizar una conducta dolosa en los términos aquí expuestos (con un dolo integrado por el elemento cognitivo y la determinación de desplegar la conducta cargada de determinado conocimiento o factibilidad de conocer). Ello auxiliará a delimitar la casi “invisible” línea delimitadora entre el dolo eventual, y la culpa con representación (o culpa consciente) que se citará a continuación; así como la real problemática que en su valoración jurídica genera, dentro del ámbito de la impartición de justicia, la impunidad de cientos de conductas desplegadas en el día a día por gente simplemente irresponsable e indiferente en su actuar; riesgos y lesiones que viene soportando la sociedad, el medio ambiente e incluso las futuras generaciones.

### *1. El conocimiento dentro del dolo eventual y la culpa consciente*

Dado el sentido alarmista de los medios de información, así como de la mentalidad que se ha ido formando el individuo ante los acontecimientos que implican un reproche social, son los delitos dolosos los que más llaman la atención tanto del sistema de impartición de justicia como de la sociedad misma. Ante ello, se han dejado de percibir los grandes riesgos que la sociedad enfrenta ante la gran cantidad de conductas desplegadas de manera negligente o *culposa*. Es sorprendente encontrarse con altas estadísticas de delitos cometidos bajo la forma *culposa*, incluso en mayor porcentaje que los delitos dolosos.

De alguna manera, se considera que los delitos dolosos pueden ser controlables o predecibles, en tanto que se puede influir en el sujeto a efecto de que

cambie el curso causal entre elemento volitivo (subjetivo) y el resultado (objetivo), pues en su psique y voluntad está el determinar en qué momento detiene o retrotrae su conducta, y por ende, si lo desea, puede evitar que se produzca el resultado, generando un cambio en el curso causal. Esta situación no se puede prever tratándose de delitos culposos, en los cuales no se puede anticipar el curso causal de una manera consciente, pues, precisamente, se trata de delitos en los que impera la imprudencia, la negligencia, la falta de cuidado, de previsión, en sí, de atención al “deber de cuidado”, y otros tantos; todo ello hace imposible que terceras personas influyan en el sujeto imprudente, pues toda vez que éste no desea el resultado, sería imposible evitar lo que no se quiere realizar, ya que si fuera factible anticipar todos los resultados que devienen de los delitos culposos, presupondríamos *ex ante* su comisión, lo cual ya los alejaría de un delito culposo, y podría llevar a la comisión de un delito cometido con dolo eventual o con culpa con representación, en donde el sujeto sí es consciente del riesgo, y más aún, lo asume o tolera.

Antes de precisar las diferencias entre dolo eventual y culpa con representación, se tendrá presente la *evolución propia de la culpa*, a fin de atender a la relevancia que para dicha figura reviste el *conocimiento*.

Partamos de Binding, quien consideró a la culpa como “delito intencional evitable”, y no como infracción involuntaria, por creer que todo delito culposo es “obra de la voluntad”. Otro antiguo origen de la culpa, en su primera acepción, lo considera como “falta más o menos grave cometida a sabiendas y voluntariamente”. Luego, en Roma, se empleó de un modo ambivalente, y en muchos casos, de manera incierta para expresar no sólo la culpa genérica, sino también la negligencia o impericia.

De estas incertidumbres etimológicas y de su primitiva significación genérica, surgen las vacilaciones en emplear el término romano *culpa*, que tras la evolución que tuvo en el derecho civil de Roma y en los glosadores, adquirió un contenido terminante de *negligencia, imprudencia o impericia* (según los casos). Desdeñando el término propio, se ha designado la *culpa stricto sensu* con las palabras *falta, imprudencia, negligencia, cuasi-delito*, etcétera. Incluso, sin menosprecio para la

expresión correcta, dice Pannain que el Código Penal italiano de 1930 no define la “culpa”, “sino el delito culposo”.<sup>328</sup>

Por su lado, Ferri define al delito culposo como “delito involuntario”, denominación que figura en el artículo 319 del Código Penal francés. El Código Penal español, desde su redacción de 1848, escribió en su texto “imprudencia”, desdeñando, sin motivo, la más exacta fórmula de *culpa*, que figuraba en el de 1822. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, en sus innumerables sentencias, ha empleado hasta hace muy poco el mismo término legislado. Sólo recientemente, aunque sigue manejándose el vocablo *imprudencia*, aparecen junto a él, para esclarecerlo o completarlo, frases en que se usan expresiones más propias, como “delito culposo”, “trasgresión culposa”, “conducta culposa”, “culpa”, etcétera. Habla también el Código Penal español de *negligencia*. Asimismo, el CP mexicano de 1929 designó los delitos culposos con el término de delitos por *imprudencia*, que perdura en el Código de 1931, junto a la expresión de delitos *no intencionales*.<sup>329</sup>

Comenta Jiménez de Asúa que, en suma, podríamos decir que “la culpa, en su sentido más amplio y general, es la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente causa un efecto dañoso; concepto que se basa en la previsibilidad y, por ende en la voluntad que debió prever”.

Sostiene Rodríguez Muñoz que el dolo penal tiene dos dimensiones: “no sólo es la voluntad *tendente* a la realización del acto, sino también la voluntad que *domina* dicha realización”, lo cual se interpreta como la “posibilidad de influir con la conducta final en el resultado típico”.<sup>330</sup> Ante lo cual podemos configurar un *injusto*

---

<sup>328</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del delito*, México, IURE, 2003, p. 415.

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 416.

<sup>330</sup> Cfr. Díaz Aranda, *Proceso penal acusatorio...*, *cit.*, p. 701, quien dice que “ello implica que ‘el dolo exige: a) el conocimiento de las circunstancias del hecho ya existentes; b) la previsión del resultado, y c) la previsión del curso de la acción (de la conexión causal)’. Concepción que permite a la doctrina dejar a un lado el *dolus malus* para concebir al dolo como un *dolo neutro* o *dolo avalorado*”, p. 702.

*penal* con el análisis del *qué hizo* y el *qué quiso*, esto es, con el *desvalor de acción* más la graduación de su injusto con el *desvalor de resultado*.

Por otro lado, diversos estudiosos del derecho consideran que el *desvalor* de la conducta en los delitos culposos se acredita principalmente con dos factores: a) en el injusto, cuando la conducta infringe el deber de cuidado, y b) en la culpabilidad, si el autor podía cumplir ese deber de cuidado, para ver si se le puede reprochar o no su conducta antijurídica. Mientras que el Código Penal Federal mexicano define tanto el obrar *doloso* como *culposo*, atento a la descripción del artículo 9o. transcrito a continuación:

“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

Dentro de estas concepciones (dolo y culpa), tenemos una especie de subdivisión, a saber: *dolo eventual*, que se puede entender como el “tomar como viene” o “conformarse con” la realización de los elementos del tipo penal,<sup>331</sup> para el cual se “requiere un conocimiento de saber o tener como posible la realización del tipo penal”,<sup>332</sup> mientras que en la *culpa consciente o culpa con representación*, se toma como principio que el sujeto no quiere causar la lesión, pero el autor advierte dicha lesión o peligro como *posible*; de tal forma que “en la culpa consciente se reconoce el peligro de la situación y se *confía* en que no se dará lugar al resultado (si se deja de confiar habría dolo eventual)”.<sup>333</sup>

---

<sup>331</sup> Schünemann, Bernd, citado por Quintino Zepeda, R., *Diccionario de...*, cit., p. 234.

<sup>332</sup> *Idem*.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 461.

Del citado artículo 9o. del Código Penal Federal podemos extraer una clara diferencia entre dolo y culpa; sin embargo, en la práctica constantemente se tienen dificultades en atender a la línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa consciente, pues el punto toral de dicha diferencia lo constituye la previsibilidad, misma que deviene del elemento *cognitivo* de parte del sujeto. Así como la previsibilidad es un ejercicio intelectual del sujeto, con más razón lo es el nivel de confianza que puede tener un sujeto en la producción o no de un resultado, mismo que si bien ha tenido la oportunidad de prever, “confía” por su experiencia personal en que no se habrá de realizar, por lo que resulta de suma importancia dejar totalmente a un lado la posibilidad de incurrir en un dolo eventual, pues pareciera existir una línea muy delgada entre ambos; sin embargo, el elemento subjetivo del injusto será el factor que permita contar con dicha diferenciación, toda vez que en los delitos culposos se atenderá, como elemento subjetivo del injusto, a la propia imprudencia que le generó dicha confianza, con base en la cual no actúa en forma distinta, evitando así el resultado lesivo. En torno a este análisis, comenta Gimbernat que el delito imprudente de acción viene caracterizado porque el foco de peligro causante del resultado ha traspasado el “punto crítico” de lo permitido a lo prohibido a consecuencia de la conducta negligente del autor.

Por otro lado, no se puede considerar que, por sí mismo el análisis del deber de cuidado implicará todas las formas de manifestación de la culpa; “la causación del resultado más imprudencia no es en todo caso también causación imprudente del resultado”;<sup>334</sup> ello deja ver que si el sujeto acredita haber tenido el cuidado debido, será secundaria su conducta imprudente; realidad que, en aras de los aportes dentro de una organización, generarían un problema aún mayor.

Actualmente, el deber de cuidado es analizado por la teoría de la imputación objetiva, misma que considera equiparada o sustituida la referencia a la norma de cuidado por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no permitido, típicamente relevante o socialmente inadecuado; es decir, el injusto va más allá del

---

<sup>334</sup> Jakobs, G., *Moderna dogmática...*, cit., p. 329.



mero cuidado que se tenga sobre el actuar del sujeto, pues independientemente de éste, será relevante para el derecho penal toda aquella conducta que se ha dirigido en forma socialmente inadecuada, y que ha generado un resultado lesivo. No se trata de un mero proceso hipotético bajo la *conditio sine qua non*, sino de un análisis objetivo del nexo de causalidad, atento a la norma de cuidado que se ha infringido; pues no podemos pretender que el subjetivo vocablo “deber de cuidado” genere un correctivo en el nexo de causalidad, y menos aún, que un presupuesto de la antijuridicidad presuponga una excluyente de culpabilidad, por tratarse de una conducta imposible de imputarle a determinado sujeto, independientemente de su actuar negligente y dañino para terceros.

Comenta Feijóo que, para la valoración normativa de la conducta de una persona, se deben tener en cuenta principalmente dos aspectos: a) los conocimientos, capacidades instrumentales y experiencias que el autor ha ido adquiriendo a lo largo de su vida o antes del hecho, y b) los datos objetivos de la situación concreta que esa persona había llegado a conocer o que tenía a su disposición.

El deber de cuidado ha pasado a considerarse como una “planificación de riesgos”, pues independientemente del primer aporte, todo sujeto es corresponsable de las conductas desplegadas en sociedad, ello en la medida que interactúan con las de terceros, de tal manera que todos los *riesgos* que se asumen al desplegar el *rol* determinado llevan consigo una planificación tal que sea capaz de salvaguardar los bienes jurídicos de terceros. Existe gran cantidad de actividades (lícitas) que desarrolla el individuo como profesionista, empleado, ciudadano, empresario; en fin, todos los aportes dependen de la capacidad y conocimientos personales, así como al *rol* que desempeña cada sujeto, quien deberá planificar los riesgos asumidos, es decir, no actuar más allá de los límites de permisión del riesgo, así como de la propia norma.

Cabe retomar la trascendencia que en el campo de la responsabilidad penal por organización reviste la conducta calificada bajo *dolo eventual* frente a otra considerada como *culpa consciente*, entendiendo que ambas están cargadas del mismo contenido de *conocimiento* sobre el peligro que se generará con dicho

aporte; solamente que para el primer supuesto (*dolo eventual*), el sujeto se “conforma” con el resultado, mientras que para la *culpa consciente*, el sujeto “confía” en que éste no se produzca. Es preciso preguntarse, de acuerdo con el principio de confianza que rige la distribución de trabajo propio de una organización, ¿no basta con el conocimiento de ambos sujetos, para que comprometan el resultado final de la organización?, ¿no es suficientemente peligroso el sujeto que se “conforma” y el que “confía”, pero que finalmente no hace nada para evitar su aporte peligroso?

Frente a esta realidad, se identifica que la verdadera trascendencia de los aportes individuales dentro de un trabajo que se realiza en aras de una organización lo constituye el conocimiento de cada uno de sus intervinientes, bastando su acreditación para formar parte del injusto colectivo correspondiente. En definitiva, al sujeto pasivo le resulta irrelevante la subjetiva diferenciación entre el *conformarse* y el *confiar*, pues ambos repercuten directamente en la asunción del riesgo, e incluso en la lesión propia que ha recibido el sujeto pasivo.

Lo anterior implica una diferencia categórica en términos de imposición de la pena, ya que si el juzgador considera que si bien ambos sujetos parten de la misma base de conocimiento, para el primero sobresale el elemento subjetivo “conformarse” con el resultado, por lo que será sancionado bajo las penas impuestas para los delitos dolosos, ya que la punibilidad establecida en el Código Penal Federal no diferencia entre dolo directo y dolo eventual; mientras que si considera que el elemento subjetivo se sustenta en la “confianza” de que no se produjera el resultado, le impondrá la pena correspondiente al delito culposo, la cual, en principio, es más benéfica; además hay otro supuesto: la no imposición de sanción alguna, en caso que el *tipo penal* en cuestión no se encuentre inserto en el *numerus clausus* (es decir, en aquellos delitos culposos descritos en el artículo 60 del Código Penal Federal). Esto deja ver la gran diferencia y trascendencia que en ámbitos de la pena presentan ambas formas de conducta.

La ironía antes planteada reviste una real trascendencia en ámbitos de la responsabilidad, máxime cuando la conducta se valora dentro de aquellas desplegadas por un colectivo, ya que resulta más fácil que se difuminen las responsabilidades individuales, pues quien recibe las lesiones y peligros emanados

de conductas cargadas de conocimiento o factibilidad de conocer, y que atento a ello se determinaron por exteriorizar su conducta, no le importa si el sujeto “confió” en que no se produjera un resultado determinado, sino que, lo que interesa como sociedad es qué tanto “evitó” la realización de dicho resultado.

## 2. Ubicación del elemento volitivo del dolo en la culpabilidad

Conforme a la sistemática del delito, compartida por la responsabilidad penal por organización, aquí propuesta, por un lado, la antijuridicidad presupone una conducta contraria a derecho, mientras que en la *culpabilidad* se valora el hacer del sujeto, de donde se desprenderá la necesidad y merecimiento de la pena, valoración que en la actualidad se hace atento al análisis individual de su conducta.

Para Roxin, “en la categoría delictiva de la ‘responsabilidad’ se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El presupuesto más importante de la responsabilidad es, como es sabido, la culpabilidad del sujeto. Pero ésta no es el único presupuesto, sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de punición”.<sup>335</sup>

Estos presupuestos de merecimiento y necesidad de la pena (valorados en la culpabilidad) son propuestos por Roxin, al generar un puente de unión entre la dogmática penal y la política criminal, resaltando con ello la importancia que merece la prevención general en el derecho penal. La prevención general, en términos de los aportes cuantitativos de los intervinientes en una organización, estriba en la responsabilidad asumida en su fuero personal, respecto de todas sus aportaciones hechas en dicha organización, así como en la creación de conciencia sobre la trascendencia de dichos aportes, que, por mínimos que sean, generan un aporte comunicativo, es decir, concatenadas con otras conductas generan un resultado y por tanto una adecuación al curso causal.

Sin embargo, para llegar a niveles de culpabilidad, antes se debe contar con un *injusto*, basado éste en la posición objetiva *ex ante* del sujeto respecto de su

---

<sup>335</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Madrid, España, Civitas, 2003, t. I, p. 222.

actuar u omitir; como sostiene Mir Piug, “el núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la realización voluntaria de la conducta social que el derecho pretende prevenir”.<sup>336</sup> De esta postura se extrae una concepción objetiva del injusto, misma que no se aparta en su totalidad de elementos volitivos, sino que no se sustenta en éstos; lo anterior nos permite dejar a salvo el elemento *volitivo* del dolo para una valoración individual y subjetiva a nivel de culpabilidad, mas no dentro de una aportación cargada del elemento cognitivo, que presupone *ex ante* el peligro generado con dicha conducta.

Así, una vez identificados los aportes individuales dolosos (con puro elemento cognitivo) o culposos, se analizará su concreción en el *injusto colectivo* (con el desvalor de acción, consistente en la determinación de su conducta cargada del elemento cognitivo; y con el desvalor de resultado, consistente en la lesión o incluso la puesta en peligro) con todos los presupuestos previos que conlleva. Posteriormente se analizará en lo individual el aporte *volitivo* de cada sujeto que ha conformado dicho *injusto colectivo*; de esta forma, se estará atendiendo al reproche en proporción de la determinación de desplegar una conducta, en el campo axiológico o valorativo de la conducta de cada sujeto.

Aquí se hará un paréntesis a fin de recordar la postura utilizada por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 122, que dice: “...el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal”, de tal manera que se incluyen también los elementos subjetivos. Postura diversa es la que mantiene el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168, el cual sostiene que “...Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. La probable responsabilidad del

---

<sup>336</sup> Mir Piug, citado por Márquez Piñero, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, México, UNAM, 2003, p. 168.

indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”. Consideraciones establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, dentro de su artículo 406 relativo a “Sentencia condenatoria”, en los siguientes términos:

“[...]

El Tribunal de enjuiciamiento solamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate.

Al dictar sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.

La sentencia condenatoria hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica.

En toda sentencia condenatoria se argumentará por qué el sentenciado no está favorecido por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.”

Por su lado, del Código Penal Federal se desprende la integración del cuerpo del delito con elementos objetivos o externos y normativos, a su vez que analiza el

dolo y la culpa en el tipo, pues establece que la probable responsabilidad se tendrá por acreditada una vez que se haya configurado la conducta como dolosa o culposa.

Lo anterior resalta la importancia del dolo en la teoría del delito, lo que lleva a destacar los análisis vertidos por Gallas, en los inicios del finalismo, quien deja ver la importancia que para él revestía el dolo tanto para el ámbito del injusto como para ámbitos de la culpabilidad, cuando sostiene que:

“Cabría pensar, en que el respectivo tipo de injusto implica el contenido específico de culpabilidad, desde el momento en que el contenido de este reproche se agota en la responsabilidad subjetiva por razón del injusto cometido... Sin embargo, es condición previa que también en el ámbito de la culpabilidad la consideración formal se complete por la material, y que se vea en ella, no sólo el resultado de una atribución subjetiva sino también la expresión de un ánimo reprochable. Solo entonces se llega a un concepto de culpabilidad susceptible de graduación, sólo entonces hay, junto a los grados del injusto (E. Kern), grados de culpabilidad.

En todo caso, nuestro concepto de tipo, orientado a la figura de delito puede ser interpretado en varios sentidos: por una parte en su sentido total, simplemente como tipo, relacionándolo con el contenido de punibilidad de la figura delictiva, en el que todavía no se han separado los aspectos de injusto y culpabilidad. Pero además ese concepto puede ser referido exclusivamente ya a las características del injusto, ya a las de culpabilidad de la figura delictiva, distinguiendo de este modo entre tipo de injusto y tipo de culpabilidad”.<sup>337</sup>

Con todos los análisis y adecuaciones propias de la teoría de la doble posición del dolo, expuesta por Gallas, se aprecia cómo esta teoría conceptualiza el dolo tanto en la tipicidad como en la culpabilidad. Así, los elementos cognitivos y volitivos del dolo pertenecen a la tipicidad, mientras que los elementos emocionales del dolo pertenecen a la culpabilidad.<sup>338</sup> Incluso el propio Roxin sostiene la importancia del análisis del dolo en el tipo, así como en la culpabilidad, para graduar la forma más

---

<sup>337</sup> Gallas, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona España, Bosch, 1959, pp. 42 y 43.

<sup>338</sup> Quintino Zepeda, R., *Diccionario de...*, cit., p. 236.

grave o más leve de la culpabilidad del sujeto,<sup>339</sup> siendo así posible analizar el merecimiento y necesidad de la pena en la individualidad del sujeto.

Por su lado, Díaz Aranda sostiene que la “motivación” a que se refiere el CFPP se acreditará con todos los medios de prueba que sirvan para demostrar que, en el momento del hecho, el sujeto conocía las circunstancias objetivo-materiales y valorativas que lo rodeaban y quiso realizar la conducta, queriendo, aceptando o previendo como posible un resultado (perspectiva *ex ante*). En esta construcción, el resultado efectivamente verificado (perspectiva *ex post*) sólo servirá para determinar si estamos ante un delito consumado o uno tentado”.<sup>340</sup> Para este autor “es preferible sustentar el dolo en los elementos cognitivos del autor y menos en la parte subjetiva”,<sup>341</sup> por lo que se inclina más por una concepción cognitiva del dolo, y menos hacia una volitiva, dado el gran problema de prueba a que esto nos enfrenta.

### 3. Verdadera trascendencia del elemento volitivo

La postura sostenida por la teoría de la doble posición del dolo deja ver la importancia de atender los elementos subjetivos del tipo (dolo, culpa y elementos subjetivos distintos al dolo) en la culpabilidad. Por ello, sin adherirse plenamente a este análisis del dolo (entendido como elemento cognitivo y volitivo), es factible que, si ya a nivel de tipo se configuró el dolo al haberse determinado el sujeto por la voluntad de exteriorizar su conducta con determinada carga de contenido *cognitivo* o factibilidad de conocer (dados los aportes cuantitativos (objetivos)), a nivel de culpabilidad se analice el elemento *volitivo* del dolo, en donde se valorarán los

---

<sup>339</sup> *Idem*.

<sup>340</sup> Díaz Aranda, E., *Proceso penal...*, *cit.*, p. 716.

<sup>341</sup> *Idem*, agrega el autor que “los elementos subjetivos de la conducta-típica observan hoy en día una creciente intromisión de conceptos puramente cognitivos, dejando cada vez menos espacio a los intencionales para la integración del dolo, salvo en aquellos supuestos en los que el tipo requiere específicamente ánimos o deseos, también llamados elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo”, p. 717.

aportes cualitativos (subjetivos) de la conducta en cuestión, estructura del tipo en donde incluso se puede valorar qué quería lograr el sujeto con su conducta.

De esta manera, se estará en capacidad de graduar el *quantum* de la pena en su debida individualización, atendiendo principalmente a los factores de previsibilidad, niveles de conocimiento, factibilidad de conocer, motivación a evitar riesgos a la sociedad, conciencia colectiva, calidad de garante y posibilidad de evitación. Estos aportes subjetivos no determinan cambio alguno en el resultado producido, pero sí revisten trascendencia en la individualización de la pena, y dejan a salvo la integración de la antijuridicidad y por tanto las figuras de autoría periféricas a la del autor directo (que lo realiza por sí).

Bajo la óptica de la imputación objetiva, y atento a la base normativa de la teoría funcionalista sistémica, Jakobs plantea dos posibles soluciones para que el conocimiento de la norma pueda dar base al reproche de culpabilidad:

“Primera, podría serle formulado al autor un ‘reproche indirecto de culpabilidad por el hecho’, cuando el desconocimiento inevitable al momento del hecho se base en que antes, ‘en forma reprochable’, no se haya informado sobre el estado de las normas, con lo cual se presupone el reproche de que el aceptar la actividad en el ámbito especial ya debió ser previsto en el momento previo. La construcción es similar a la de la culpa por asunción en la imprudencia, es decir, cuando se asume una actividad respecto de la cual quien la asume no está en condiciones, cognosciblemente, de llevarla a cabo correctamente... en esta propuesta, no está en juego un reproche indirecto del hecho, sino un reproche directo por la hostilidad general frente a la norma, respecto de lo cual, sin embargo, falta un tipo, justamente un tipo de hostilidad general frente a la norma. Segunda, el concepto de desconocimiento inevitable se interpreta normativamente; sería no conocido de modo inevitable no ya todo aquello que al autor le es actualmente inaccesible incluso con la mejor buena voluntad, sino sólo aquello inaccesible por cuya imposibilidad de acceso no es competente al autor. Formulando de otro modo, no se pregunta por la existencia real del variable conocimiento del autor al momento del hecho, sino por la existencia debida; si el autor es competente por el conocimiento, si, por tanto, al menos el conocimiento variable integra la existencia debida, esa situación significa ‘evitabilidad’, si es incompetente,



significa 'inevitabilidad'. A esta propuesta de solución no se le puede negar, al menos, coherencia externa: si el derecho no espera que el autor quiera acatarlo, sino que presupone la voluntad de acatamiento, ¿por qué debería esperar a que el autor se haya informado sobre la situación normativa, y no podrá presuponer más bien el estar informado?"<sup>342</sup>

De la postura de Jakobs se aprecian los presupuestos de confianza y del *rol* que cada individuo desarrolla; pero lo que interesa resaltar de su postura es la importancia que este reconocido dogmático alemán da al *conocimiento*, y el cómo la *existencia debida* de dicho elemento puede ser un presupuesto para el reproche individual que se determinará a nivel de culpabilidad, y en donde lo importante es el compromiso asumido por cada individuo que participa en una organización, responsabilizándose frente a la sociedad del riesgo que le ha "confiado" su propio actuar; y que más allá de los subjetivismos o psicologismos de su conducta, lo determinante es el debido cumplimiento y motivación por la norma, o por las reglas dadas en una sociedad, ante lo cual, el desconocimiento evitable constituye por sí un merecimiento de reproche.

Con ello se tiene que, en términos de una responsabilidad penal por organización, los aportes cuantitativos basados en el mero *conocimiento* (o factibilidad de conocer) de los elementos objetivos del tipo,<sup>343</sup> han generado suficiente comunicación social, y por tanto adecuación al curso causal en el resultado (incluyendo los niveles de peligrosidad y peligro); mientras que siendo esa conducta individual contraria a derecho, constituirá ya un *injusto colectivo*, cuyo grado de reproche se individualice en la culpabilidad atento al elemento *volitivo* de cada aporte.

---

<sup>342</sup> Jakobs, G., *Problemas capitales...*, *cit.*, pp. 68 y 69.

<sup>343</sup> Cfr. Molina Fernández, F., *op. cit.*, pp. 283 y 284, quien sostiene que "En todo delito de dañosidad social del hecho depende, en primer lugar, de las circunstancias objetivas que desembocan en la lesión del bien jurídico a cuya protección se destina el tipo y, en segundo lugar, de las circunstancias personales del ofensor. En este segundo sentido puede afirmarse que la reprochabilidad personal del autor condiciona (en parte) la dañosidad social de su hecho".

Con lo analizado previamente se pretende dejar clara la postura aquí defendida ante la relevancia de los elementos que integran al dolo, tanto el *cognitivo* como el *volitivo*. Simplemente que ellos habrán de analizarse bajo una sistemática nueva del delito, a fin de atender la responsabilidad penal por organización bajo baremos objetivos hasta el nivel del injusto colectivo, y en el juicio de reproche atender a los elementos axiológicos de cada aporte.

En una organización, si bien no todos los sujetos que intervienen son responsables en el mismo grado, sí lo son, en conjunto, del resultado generado con las conductas desplegadas,<sup>344</sup> pero, con las actuales herramientas que brinda la dogmática penal, gran cantidad de conductas se difuminan en el entramado de las organizaciones, y se hace imposible la imputación penal a aquellas conductas que generan riesgos latentes al diario vivir. En la sociedad del riesgo en que nos ha tocado vivir, cada vez se depende más de las conductas de terceros, por lo que debemos generar márgenes de confianza cada vez más sólidos, pero a la vez más determinantes, y por ende, estructuras jurídicas acordes a dichas necesidades y a las responsabilidades que como integrantes de esta sociedad va asumiendo cada persona en el día a día.

Lo anterior implicará mayores exigencias a los impartidores de justicia, quienes deberán estar debidamente preparados para llevar un proceso de investigación científico y suficientemente sólido que permita valorar y comprobar el injusto colectivo y el reproche correspondiente a cada una de las conductas individuales responsables del resultado colectivo. Tarea nada sencilla dada la cuestionable idoneidad de los actuales impartidores de justicia y el elevado índice de corrupción existente en nuestro país. No obstante, como sociedad debemos exigir el compromiso de estos actores, so pena que la norma escrita siga perdiendo su vigencia ante la ya preocupante impunidad en que vivimos.

---

<sup>344</sup> *Cfr.* Jakobs, G., citado por Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 26, autor que comenta: “la culpabilidad supone una identidad de la persona mediante consciencia, es decir, que la persona se sepa libre, o sea como un espíritu consciente de sí mismo que concibe su ser como su posibilidad”.

## II. PROPUESTA DE AUTORÍA EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA PARA EL CÓDIGO PENAL FEDERAL DE MÉXICO

Respecto a los delitos ambientales contemplados en el Código Penal Federal, se tiene que sí se analiza la tipificación de los mismos, y se pueden encontrar un sinnúmero de verbos núcleo del tipo, diversos bienes jurídicos tutelados, diversos sujetos pasivos específicamente señalados (algunos incluso *cualificados*), normas permisivas y prohibitivas, penas y medidas de seguridad; en general, una gran cantidad de hipótesis o presupuestos de hecho, mismas que, ante la realidad que vivimos, resultan insuficientes, pues más que crear un código que describa todas las posibles hipótesis del actuar humano, se debe atender a una dogmática jurídica precisa y adecuada a la interpretación y aplicación de dichas leyes. Además, en la normatividad en comento, todas las hipótesis son dirigidas “al que”, “a quien”, es decir, a la esfera individual, ¿pero qué sucede cuando este aporte individual por sí mismo no es relevantemente comunicativo?, ¿ya no estará atacando el centro del injusto?, entonces, ¿qué hacer cuando la concatenación de varios individuos sí ataca dicho injusto, y sin embargo, no se integra una coautoría?

Esto da la pauta para comentar la limitante que presenta el artículo 13 del Código Penal Federal, pues los “cabos sueltos” de los aportes individuales que se difuminan en una organización, con muy forzadas valoraciones se podrían encuadrar en las fracciones VI, VII y VIII del artículo en comento, con los riesgos que conlleva una endeble integración en su autoría y con una pena reducida de hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito que se trate, como lo indica el artículo 64 bis del citado Código. A continuación se transcribe el artículo 13 del Código en comento, a fin de analizar realmente en qué fracción se puede circunscribir el actuar de cualquiera de los empleados de la organización dedicada al tratamiento de aguas que simplemente “no atendieron las nuevas medidas de seguridad”, implantadas en la empresa, aun cuando su aporte en conjunto generó el inadecuado tratamiento de las aguas y la correspondiente contaminación de algunos ríos, o el conductor de un camión de carga que a pesar de ver las deterioradas condiciones del mismo y las grandes emisiones de humo que de éste

emanan, simplemente se dedica a “conducir” y entregar el material a otro de sus compañeros que lo recibe en el sitio de la construcción, percatándose igualmente de las emisiones de humo que expide el camión. Todas estas conductas están cargadas de conocimiento, pero sin duda de gran indiferencia, las cuales se concatenan para obtener resultados tutelados en la esfera penal.

### “CAPITULO III

Personas responsables de los delitos

ARTÍCULO 13. Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- II. Los que los realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código”.

Como se observa, lo más “adecuado” para salvaguardar los derechos fundamentales, que brinda la legislación, es la figura de autoría prevista en la fracción VIII del artículo 13 antes transcrito, con todo y la vergonzosa aceptación de no poder precisar el resultado que cada quien produjo. Esta situación puede ser cuestionable en cuanto a su legalidad, por un lado, y por otro, es una puerta muy ancha para una defensa procesal, pues es seguro que se enfrentará a la dificultad de determinar, en terrenos de culpabilidad por el hecho, el ¿qué es lo que se le imputa al sujeto?, y segundo, si en terrenos de la responsabilidad penal por

organización se sigue atendiendo a la configuración del dolo con la acreditación del elemento *volitivo*, grandes problemas se presentan cuando, frente a una conducta cargada de conocimiento y adecuación al curso causal, se tenga una buena defensa de “ausencia” de voluntad, al sostener “que ellos” no deseaban el resultado y nunca determinaron su conducta hacia el sentido que lo hizo el autor directo.

Por otro lado, la fracción III tampoco nos ofrece una solución viable, ya que se refiere a una coautoría que se analiza bajo el lente de una dogmática *individualista*, y respecto de la cual se requiere intervención en la fase ejecutiva y un plan común (entre otros), a pesar que en el fondo, estamos hablando que dicho injusto típico se configurará con la acción colectiva<sup>345</sup> de sus intervinientes. Esta realidad, como se ha comentado en capítulos anteriores, es insuficiente para incluir esos aportes en la figura de la coautoría, por lo que gran cantidad de conductas relevantes para el resultado, quedan fuera de imputación penal porque no cumplen con las exigencias de esta figura de autoría.

Frente a esta realidad, se presenta la necesidad de una concepción colectiva, precisamente, para encuadrar, de una manera jurídico-dogmática, la responsabilidad penal por organización, de tal manera que sean también responsables *aquellos que formando parte de una organización, hayan contribuido con sus aportes cuantitativos cargados de conocimiento o factibilidad de conocer, en la creación de un resultado o un riesgo para la colectividad.*

Esta relevancia que se da al *conocimiento* se sustenta aún más en la capacidad comunicativa de las circunstancias objetivas a que se refiere el último párrafo del artículo 54 del Código Penal Federal, al considerar un aumento o disminución de la pena de acuerdo con el conocimiento que se tenga respecto de dichas circunstancias objetivas que puedan rodear incluso a terceros; de ello se puede extraer la importancia de considerar un *injusto colectivo* con aportes exclusivamente objetivos o cuantitativos, sustentados en el conocimiento de los

---

<sup>345</sup> Ruiz Antón, citado por Díaz Aranda, E. y García Conlledo, M., *La autoría en el derecho penal*, España, distribuciones Prosell, 1991, p. 517. Explican “la coautoría en el CP español con el siguiente ejemplo: “Los coautores son autores, y por tanto la conducta de todos ellos origina colectivamente el desvalor que fundamenta directamente el injusto típico”.

elementos objetivos del tipo o la indiferencia ante su conocimiento; las valoraciones subjetivas se analizarán, como refiere el artículo en cita, sin capacidad comunicativa para con el resto de los intervinientes de la organización, pues los motivos de cada uno serán relevantes sólo para su propia culpabilidad, no así para el resultado o riesgo generado en colectivo. Artículo que se transcribe para mejor referencia:

“Artículo 54. El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas”.

En el mismo sentido el último párrafo del artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativo a los criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad, establece:

“El aumento o la disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no serán aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Sí serán aplicables las que se fundamenten en circunstancias objetivas, siempre que los demás sujetos tengan conocimiento de ellas”.

Toda vez que el aumento o disminución de la pena se analiza a nivel de culpabilidad, es ahí donde debe hacerse el análisis del grado de conocimiento de las circunstancias objetivas a que se refiere el artículo antes transcrito. Esto, sin duda, guarda una complejidad particular, ya que hay un sinfín de calidades de sujetos, relaciones personales y sobre todo de circunstancias subjetivas que requieren ciertos tipos penales, que no pueden ser identificadas de manera objetiva por los terceros intervinientes, de ahí que baste con la imposibilidad de acreditar dicha “comunicabilidad” entre el autor y los “demás sujetos”, para no tener por acreditado el aumento o disminución de la pena basado en el artículo en cita. Problemática que incluso, como se ha detallado en capítulos anteriores, conlleva la complejidad de la

figura del “partícipe”, quien necesariamente requiere la concreción del autor para estar en posibilidad de valorar su conducta de manera accesoria o circundante a la del autor.

Lo anterior queda solventado cuando nos centramos en un análisis dogmático del *injusto colectivo*, y para conductas desplegadas dentro de una organización se sanciona mediante la *responsabilidad colectiva*. Esto es, responsabilizar a todos los aportes cargados de conocimiento o factibilidad de conocer, pues son estos sujetos los que verdaderamente generan un riesgo para la colectividad, máxime dada la invulnerabilidad con la que la ley protege sus conductas individuales, pues en un hecho desplegado dentro de un colectivo, la responsabilidad es la misma: evitar lesiones y daños a bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

De lo anterior se desprende un análisis sobre las *excusas absolutorias*, dada la imposibilidad de considerar comunicabilidad entre valoraciones subjetivas, ya que dichas *excusas* se valoran a nivel de culpabilidad, y de acuerdo con cuestiones de política criminal, esta excluyente de culpabilidad se puede conceder para el supuesto de una comunicabilidad social mínima o la falta de necesidad de la pena. Por ello, en el caso de responsabilidad penal por organización, igualmente se dejará a salvo la facultad de que el juzgador otorgue o no dicho “beneficio” a aquel aporte que cumpla con los requisitos propios de la *excusa absoluta*, misma que presupone que el resultado generado con la conducta del autor de alguna manera lleva ya inserta una pena en su esfera personal, por lo que aun cuando exista merecimiento de pena a nivel de culpabilidad, no habrá necesidad de la imposición de la misma.

Retomando la trascendencia de las aportaciones individuales desplegadas dentro de un colectivo, y de la corresponsabilidad de éstas dentro de los resultados emanados en una organización, junto a la ya referida problemática de los *delitos cualificados propios*, así como a las lagunas que en aras de la responsabilidad penal por organización presenta la actual teoría de la autoría y participación, se consideran legítimamente resueltas por el *injusto colectivo*; pues más allá de que interese la cualidad del sujeto que interviene en la organización, para este tipo de *injusto* interesará su aporte cuantitativo, pudiendo así incluir también a los sujetos

*no cualificados* requeridos en los delitos especiales, y claro está, para el caso de que se cuente con la *cualificación* especial que pide el tipo, o con una calidad de *garante* determinada. Dichas particularidades se considerarán en la culpabilidad, toda vez que los *tipos penales especiales* tienen su razón de ser dada la confianza que se brinda a algunas personas para la realización de determinadas funciones; pero no por ello estos *delitos cualificados propios* deben presuponer una puerta abierta para aquellos que aun cuando no tienen una calidad de sujeto específica puedan ampararse en ello, por lo menos no en la responsabilidad penal por organización, donde el aporte objetivo de dicho sujeto es sumamente relevante para la sociedad como para dejarlo impune.

Por otro lado, la sistemática con que hoy se estudia el tema del *error* no tendría por qué modificarse con el planteamiento del *injusto colectivo* ni del planteamiento de la integración del dolo con puro elemento *cognitivo* que aquí se ha expuesto. Por su lado, el *error de tipo* en sí es el desconocimiento de los elementos objetivos del tipo, y en la propuesta de este trabajo, el dolo está constituido por el elemento *cognitivo*, por lo que igualmente el error de tipo destruirá el dolo, generando la atipicidad de la conducta en caso de ser un error invencible, o bien, un merecimiento de pena por culpa en caso de ser vencible.

Respecto al *error de prohibición*, y toda vez que éste es analizado en la culpabilidad (dado que ahí se valora la conciencia de la antijuridicidad), seguirá eliminando la culpabilidad en caso de ser invencible, y en caso de ser vencible atenuará la pena (reglas establecidas en el artículo 66 del Código Penal Federal). De esta forma, las figuras de participación aledañas a las conductas que cuenten con una causa de exclusión del delito, previstas en el artículo 15 del Código Penal Federal, seguirán tratándose como hasta ahora lo viene haciendo la dogmática penal.

Ante este escenario, se propone incluir en el artículo 13 del CPF la fracción IX, que determine la autoría en su forma de *responsabilidad colectiva*, así como un párrafo último que precise los alcances de ésta, a quedar como sigue:



“ARTÍCULO 13. Son autores o partícipes del delito:

[...]

IX. Los que, formando parte de una estructura organizacional intervengan en su comisión mediante conductas individuales no clasificadas en las fracciones anteriores, que integren la responsabilidad colectiva con sus aportes individuales desplegados con conocimiento o capacidad de conocer el resultado, sin previsión del resultado siendo previsible, o con previsión del resultado confiando en que éste no se produciría.

...

...

Para efectos de la fracción IX la responsabilidad colectiva se integrará con las conductas desplegadas por los integrantes de una estructura organizacional, cuyos aportes cuantitativos individuales conforman la cadena del hecho, sea porque se actuó con conocimiento o capacidad de conocer el resultado, sin previsión del resultado siendo previsible, o con previsión del resultado confiando en que éste no se produciría. Debiéndose determinar la culpabilidad de forma individual, siendo relevante valorar el grado de conocimiento o factibilidad de conocer el resultado de parte del sujeto, y si se actuó en apego a lo dispuesto por los principios de evitabilidad y precaución.

En este tenor, para la *responsabilidad colectiva* se propone una sistemática de análisis de la conducta bajo la siguiente estructura, en donde las propuestas de reforma del presente trabajo se identifican con letra cursiva:

1. Conducta

- a. Acción
- b. Omisión

2. Tipo

a. Elementos objetivos

i. Elementos objetivos

ii. Elementos subjetivos

iii. *Resultado generado por el colectivo*

- iv. *Nexo causal del colectivo hacia el resultado*
  - b. *El dolo como único elemento subjetivo del tipo*
    - i. *Dolo directo (se integra con el conocimiento del peligro o peligrosidad de su conducta)*
    - ii. *Dolo eventual (se integra cuando se prevé el peligro o peligrosidad de su conducta)*
  - c. Elementos normativos
3. Antijuridicidad.
4. *Injusto colectivo*
- a. *Desvalor de acción (determinarse por la conducta cargada de elemento cognitivo),*
  - b. *Desvalor de resultado (lesión o puesta en peligro generada con el aporte individual sumado al del colectivo)*
5. Culpabilidad
- a. Imputabilidad
  - b. Conciencia de la antijuridicidad
  - c. Exigibilidad de otra conducta
  - d. Graduación de la pena
    - i. *Elemento subjetivo del dolo (querer y tolerar o aceptar)*
    - ii. *Nivel de conocimiento o factibilidad de conocer el peligro o peligrosidad generado con su conducta, con la cual contribuyó dentro del colectivo al que forma parte.*
    - iii. *Nexo causal individual (conformado por i) aporte cuantitativo individual a la cadena del hecho, y ii) la suma de éste con el resto de los aportes que, de manera conjunta hacen posible el resultado).*

En este caso, la conducta conserva la misma estructura utilizada para la responsabilidad individual.

Para el *tipo* se propone:

- a. un cambio en el “nexo causal”, a fin de analizar en este nivel el *nexo causal del colectivo hacia el resultado*; ello permitirá superar la dificultad de establecer el

nexo de causalidad entre la conducta de un solo individuo con el resultado del colectivo, pues aquí lo que interesa es el resultado del colectivo, el cual se generó con los aportes individuales de sus integrantes, aunque de manera individual no exista suficiente carga comunicativa para con el resultado, pues efectivamente éste se alcanzó con la suma de todos los aportes individuales.

- b. Se agrega la consideración del *Resultado generado por el colectivo*.
- c. Se propone integrar el “dolo” como *único elemento subjetivo del tipo*, el cual se subdividirá en *dolo directo (que se integra con el conocimiento del peligro o peligrosidad de su conducta)* y *dolo eventual (se integra cuando se prevé el peligro o peligrosidad de su conducta confiando en que no se produzca el resultado)*. A la vez, el dolo se integrará sólo con la parte *cognitiva*, por lo que en la *responsabilidad colectiva*, para la integración del dolo, no interesa el “querer” ni el “tolerar o aceptar” del sujeto, y basta con el elemento cognitivo, es decir, con el conocimiento o capacidad de conocer (previsión) el peligro o peligrosidad de su conducta, pues a pesar de ello se motivó a desplegar su conducta y sumarla a los aportes del colectivo, generando en conjunto el resultado contrario a la norma.
- d. Se propone eliminar la “culpa” como elemento subjetivo del tipo; ello superará la barrera que genera el *numerus clausus* al dejar fuera de responsabilidad penal los delitos no consagrados en el artículo 60 del Código Penal Federal, a la vez que permite incluir todas aquellas conductas que tienen conocimiento o capacidad de conocer el resultado que generará el colectivo del cual ellos están siendo partícipes. Frente a estas conductas dolosas sí será posible atender al fin de la pena como aquella que busca el restablecimiento de la norma, y que es capaz de fincar una adecuada *responsabilidad colectiva* lo suficientemente objetiva como para que todo individuo tenga en cuenta que su actuar con conocimiento o factibilidad de conocer presupone una responsabilidad que, mal empleada, lo hará merecedor de las consecuencias penales a que haya lugar. A la vez, se eliminará el “permiso” que otorga el legislativo a actuar de manera “culposa” dentro de una organización, pues no se puede beneficiar a los indiferentes con penas atenuadas o con exclusión de imposición de sanciones,

cuando son precisamente estas conductas la que más están causando estragos al desarrollo humano.

La antijuridicidad se analizará en los mismos términos que se hace para la conducta individual.

Se propone configurar el *Injusto colectivo*, el cual se integrará por: i) *el desvalor de acción (implica determinarse por la conducta cargada de elemento cognitivo)*, y ii) *el desvalor de resultado (lesión o puesta en peligro generada con el aporte individual sumado al del colectivo)*. En este nivel se integrarán todos los aportes individuales cargados de conocimiento, independientemente de “calidades de autor”, de elementos volitivos, o cualquier otra limitación a la suma de aportes individuales que concretaron el resultado colectivo.

A nivel de culpabilidad, se propone graduar la pena de todos los que conforman el injusto colectivo mediante la valoración individual de: a) *el elemento subjetivo del dolo (querer y tolerar o aceptar)*, b) *nivel de conocimiento o factibilidad de conocer el peligro o peligrosidad generado con su conducta, con la cual contribuyó dentro del colectivo al que forma parte*, y c) *nexo causal individual conformado por i) aporte cuantitativo individual a la cadena del hecho, y ii) la suma de éste con el resto de los aportes que, de manera conjunta, hacen posible el resultado*. Esta forma de individualizar la pena permitirá atender motivaciones de política criminal y de utilidad de la pena, ya que habrá niveles de conocimiento y cursos causales individuales que resulten ínfimos hacia la suma del resto de los aportes de la colectividad, y que por su inocuidad resulte innecesaria la imposición de una pena o sanción. Por el contrario, habrá niveles de conocimiento tan elevados que, independientemente que el nivel de causalidad individual sea mínimo o muy lejano al resultado, tengan bastante grado de responsabilidad y por ende un merecimiento severo de pena o sanción.

Por último, en la presente propuesta se conservará el análisis de las figuras dogmáticas del *error* (de tipo y de prohibición) en el nivel de la estructura del delito en que hasta ahora lo ha venido haciendo la dogmática. Igualmente, conservará la valoración de las *excusas absolutorias* a nivel de culpabilidad, atento a la

comunicabilidad social mínima (sustentada en el escaso conocimiento o cognoscibilidad) y a la falta de necesidad de la pena.

### III. PERSPECTIVA COLECTIVA PLANTEADA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El 29 de julio del año 2010 se publicó en Diario Oficial de la Federación la reforma legislativa que adiciona el párrafo tercero, recorriéndose el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a quedar en los siguientes términos:

“Artículo 17.

[...].

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Entre los argumentos torales vertidos por las cámaras de Senadores y de Diputados, en su calidad de Cámara de Origen y Cámara Revisora, respectivamente, reconocen los avances en la identificación de los derechos fundamentales de primera (civiles y políticos), de segunda (económicos, sociales y culturales) y de tercera generación (colectivos y de solidaridad); enfatizando que no basta con su incorporación en la norma, pues requieren de mecanismos e instrumentos procesales que en forma sencilla y accesible hagan posible tanto el ejercicio pleno de dichos derechos como su defensa o acceso a la justicia.

A su vez, ambas Cámaras reconocen que, el término ‘derechos colectivos’ comprende los llamados derechos difusos, los derechos colectivos en sentido estricto (derechos e intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible, de los que es titular una colectividad indeterminada (derechos difusos) o determinada (derechos colectivos en sentido estricto) cuyos miembros se encuentran vinculados por circunstancias de hecho o de derecho) y los individuales de incidencia colectiva

(derechos individuales con circunstancias comunes de hecho o de derecho que permiten su protección y defensa en forma colectiva).

En estas reflexiones, las Cámaras reconocen que las normas existentes cumplieron las expectativas y las demandas existentes en su momento en materia de protección de los derechos de las personas, pero hoy resultan insuficientes dada la elevada complejidad de las relaciones entre los miembros de la colectividad y el surgimiento de nuevas formas de interacción entre ellos. Por lo que, en su análisis reconocen que la legislación ha sido rebasada por esta nueva realidad.

Frente los cambios propuestos por ambas Cámaras, éstas sostienen que “los juzgadores tendrán un papel fundamental en la efectiva protección de los derechos e intereses colectivos, así como la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con espíritu de éstos y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades. Ello implicará necesariamente que nuestros juzgadores deberán comenzar a elaborar estándares y guías que le auxilien en su labor, pues los paradigmas procesales individuales actuales, en muchos aspectos, serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de las acciones y procedimientos colectivos”.

Como se observa de los argumentos antes transcritos, y tal como se ha sostenido en el presente estudio, los derechos fundamentales sociales para ser legítimos requieren que su exigibilidad, por parte de sus titulares, sea real y factible, esto es, que existan los mecanismos normativos y procesales acordes a su exigibilidad y tutela.

De ahí que los legisladores se preocuparen por establecer una figura que permita al ciudadano no sólo hacer uso de sus derechos individuales, sino que, entendido éste como parte de una sociedad y por consecuencia identificado con los problemas de su grupo, pueda exigir los derechos colectivos que se encuentran salvaguardados en la Constitución. Así, aun cuando en México se cuenta con el juicio de amparo como instrumento procesal constitucional para la defensa de los derechos de la persona, éste sólo atiende la esfera individual del quejoso, siendo

improcedente cuando se trata de violaciones a derechos sociales exigidos por un colectivo.

Lo hasta aquí analizado tiene relevancia para la presente investigación, toda vez que, sin abundar más en la legitimidad que rodea a los razonamientos vertidos por los legisladores, y la postura coincidente con éstos, cabe remarcar la importante propuesta de reforma, al incluirse un nuevo párrafo tercero en el artículo 17 constitucional, el cual establece:

“El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las **acciones colectivas**. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”.

En este tenor, las acciones colectivas pueden entenderse como instituciones procesales que permiten la defensa, protección y representación jurídica colectiva de derechos e intereses difusos y colectivos cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas o grupo dentro de una sociedad; los cuales tutelan intereses colectivos relacionados con diversas materias, como lo son el patrimonio, el espacio público, la seguridad pública, el ambiente, la libre competencia económica, los derechos de autor, la propiedad intelectual, derechos del consumidor, entre otros, con el objeto de evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o la reparación del agravio sobre los mismos.

Así, las acciones colectivas van más allá de la esfera individual, y se instaura, como lo sostienen los propios legisladores, como un mecanismo eficaz para cambiar las conductas antijurídicas de las empresas del sector privado, inclusive las del sector público, así como de los particulares en general que afectan a grandes sectores de la sociedad.

Derivado de la reforma Constitucional en comento, mediante Decreto publicado en el 30 de agosto de 2011 en el Diario Oficial de la Federación se reformaron y adicionaron el Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Civil Federal, Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al

Consumidor, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Sin que a la fecha los legisladores hayan logrado emitir una la ley que reglamente el párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De las reformas en comento cabe destacar la hecha al Código Federal de Procedimientos Civiles, al incluir el Libro V, denominado “De las Acciones Colectivas”, en el que se precisó el alcance de la norma constitucional en comento, estableciéndose qué tipos de derechos e intereses colectivos serán objeto de tutela, los procedimientos que se seguirán; la autoridad judicial competente para conocer de ellos, qué sujetos están legitimados para iniciar los mismos, los alcances y efectos de las sentencias, así como la forma de resarcir la vulneración de los derechos en disputa. Definiendo en su artículo 581 que Acción colectiva en sentido estricto es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

Código de procedimientos civiles que en su artículo 579 establece que la acción colectiva es procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas; mientras que en su artículo 580 se precisan las acciones colectivas procedentes de tutela, a saber: I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes, II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una



colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

No obstante las definiciones anteriores, cabe señalar lo que la limitación que éste Código establece para la legitimación activa en términos de acciones colectivas, al establecer en su artículo 585 al establecer que “Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas: I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia; II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y IV. El Procurador General de la República. De donde se desprende una clara limitación a lo que se redactó en sentido amplio dentro de la Constitución, pues las fracciones II y III claramente generan una limitación a la esencia de la acción colectiva y al derecho de defensa de intereses difusos y colectivos, los cuales no se limitan a un número determinado de personas (treinta como establece el Código Federal de Procedimientos Civiles) ni a la constitución de personas morales a que limita este Código.

Cabe destacar que el derecho al ambiente como interés difuso no se encuentra debidamente salvaguardado en estas reformas civiles, ni en la ya analizada Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, y ni qué decir de la nula sanción penal que estas reformas consagran, pues al fin materia civil, se centra, en el mejor de los casos en reparación del daño y en sanciones pecuniarias, las cuales, como se ha sostenido en el presente trabajo, no “aleccionan” al ser humano que sigue desplegando conductas dañinas y riesgosas para intereses difusos y colectivos.

Así, no obstante estos avances legislativos, éstos no son del todo adecuados, ya que presentan graves inconsistencias y limitaciones, haciendo falta adecuar la normatividad secundaria acorde al mandato constitucional para garantizar de

manera efectiva la tutela de los derechos colectivos; por lo que la tarea de los jueces federales aún tiene un saldo pendiente. Destacando por otro lado, las dificultades para distinguir los derechos colectivos de los intereses colectivos, labor que se deja en manos de los jueces al analizar el derecho de pedir en los juicios en concreto, a la vez del compromiso, no asumido en su totalidad, de prepararse de manera debida, y acorde a la necesidad en estas nuevas demandas sociales. La impartición de justicia ya no puede ser vista con los mismos ojos.

De ahí que sea al sistema judicial a quien corresponderá conocer sobre los procedimientos y mecanismos a través de los cuales se salvaguarden las acciones colectivas consagradas en la reforma constitucional. De esta manera, los análisis jurídico-dogmáticos que se hagan en torno a las conductas que generen resultados de lesión o peligro para dicho colectivo serán valorados por los jueces federales, quienes deberán contar con los instrumentos dogmáticos acordes a dichas valoraciones.

Nueva dinámica que lleva a cuestionarse si ¿las acciones colectivas propuestas son concordantes con la responsabilidad individual con que actualmente cuenta el sistema jurídico penal mexicano?, ¿se corre el riesgo de toparse con los problemas que conlleva la responsabilidad individual, planteados en el presente trabajo, y pese al ejercicio de una acción colectiva sea imposible fincar una responsabilidad colectiva?, ¿qué responsabilidad penal podrá fincarse a la conducta cargada de suficiente contenido cognitivo desplegada por varios individuos que integran un colectivo, si en aras de la responsabilidad individual no puede acreditar el nexo causal de su conducta, ni el elemento volitivo de su dolo, a pesar de haber causado un daño o peligro a bienes jurídicos colectivos o difusos mediante una conducta cargada de conocimiento o factibilidad de conocer?

Ante tantas interrogantes, e inconsistencias legislativas, en alusión a la fórmula de Radbruch<sup>346</sup> (la cual defiende un derecho supralegal que invalida la norma frente

---

<sup>346</sup> Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>, pg. 75, fórmula que establece. “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto

a injusticias extremas, y frente a la cual la extrema injusticia derivada del contenido de una norma hace que ésta sea jurídicamente inválida) nos preguntamos si, en el tema de tutela a los derechos fundamentales la normatividad vigente consagra un 'derecho justo', o si, nuestra legislación carece de naturaleza jurídica.

Esta y otras tantas preguntas deberán responderse con modificaciones al nuevo sistema penal, modificaciones que atiendan a un *injusto colectivo* en los términos expuestos en el presente trabajo, y por consecuencia a una *responsabilidad colectiva* que permita responsabilizar a todos y cada uno de los integrantes de un colectivo que desplegaron su conducta con suficiente carga *cognitiva*, respecto de los cuales se individualizará la pena al momento de valorar el elemento *volitivo* de su conducta a nivel de culpabilidad.

Como reconocen los legisladores en la reforma que se comenta, en México no existe un adecuado tratamiento procesal de los intereses y acciones colectivas, tan sólo en algunas materias existe un acercamiento (consumidores y agrario), en un proyecto de socialización en el ejercicio de la acción de amparo, pero de manera limitada, lo que muestra la insuficiencia del derecho procesal mexicano, al no conceder legitimidad activa a los sujetos agraviados, como es el caso de los consumidores y cuyos efectos puedan alcanzar a todos aunque no hubieren promovido la acción.

#### IV. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PARA PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El 29 de diciembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), con el objeto de establecer las normas aplicables a la investigación, procesamiento y aplicación de la sanción de

---

e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”.

los delitos cometidos en el territorio nacional. Establece pautas sumamente modernas en la procuración de justicia, y dentro de un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En resumen, pugna por un derecho penal garantista.

En este contexto, para el legislador y todos los intervinientes de los múltiples análisis llevados en torno a la emisión de este ordenamiento, resultó relevante designar, en su Título X, relativo a Procedimientos Especiales, el Capítulo II para el “Procesamiento para personas jurídicas”, esto es, establecer las bases para el ejercicio de la acción penal en contra de las personas jurídicas. Ello toda vez que, previo a esta disposición garantista, las personas jurídicas sólo eran acreedoras a responsabilidades civiles y administrativas; sanciones que no han resultado suficientemente disuasorias a las múltiples conductas lesivas que han venido desplegando diversas personas jurídicas, y cuyos costes los ha “pagado” la sociedad misma, en perjuicio de sus derechos más elementales, como se ha sostenido en el curso del presente trabajo.

En este contexto, y para el análisis que nos ocupa, interesa resaltar lo dispuesto en el artículo 421 del CNPP, que establece:

“Artículo 421. Ejercicio de la acción penal

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta sólo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido.”

Como lo sostiene el artículo antes transcrito, el ejercicio de la acción penal de las personas jurídicas se dará solo cuando se haya ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido; esto le da un carácter accesorio a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, accesoriedad que lleva al centro de la autoría al autor directo, para lo cual se debe acreditar es el

injusto personal, con la suficiente comunicabilidad entre la conducta desplegada y el resultado, lo que en aras de la defensa de los derechos fundamentales resulta sumamente complicado, ya que el daño a derechos difusos por lo general se produce con la concatenación de varias conductas desplegadas dentro de un colectivo.

Por el contrario, otras posturas sostienen que la persona jurídica debe contar con su propio injusto, el cual se integra por el defecto de la organización; y en donde bastaría acreditar la existencia de una debida organización de la empresa para desacreditar su injusto y por ende la `responsabilidad penal de la persona moral`.

Lo que nos siguen demostrando la relevancia de contar con una persona física en el centro del hecho para, en su caso, lograr una sanción penal a la persona moral; de ahí que, a nuestro juicio no son suficientes las figuras de autoría consagradas en el artículo 13 del CPF, resultado relevante contar la figura de `autoría de responsabilidad colectiva` a la luz de la propuesta hecha en el presente trabajo de incluir, en este artículo 13 del CPF, la fracción IX, relativa a la autoría desplegada dentro de un colectivo, y la correspondiente responsabilidad penal colectiva.

Esto es, con las figuras de autoría existentes a la fecha, y la estructura dogmática del delito tradicional, será un mito llevar a las personas morales al campo del derecho penal, pues al no darse la figura de autoría en el empleado o representante legal de la persona jurídica, por no existir los elementos ya analizados con antelación para la concreción del delito, será imposible concretar el ejercicio de la acción penal en contra de la persona jurídica, y por ende imposible alcanzar el área de la accesoriedad ocupada por la responsabilidad penal de dicho ente colectivo. Lo que nos deja sin instrumentos normativos eficientes para atender la dinámica organizacional e individual que se gesta en las empresas, dinámica que contempla tanto el actuar de cada uno de los individuos que la integran, como el actuar del colectivo mismo, problemática que analiza Tiedemann partiendo del siguiente análisis:

“La desde hace tiempo conocida y creciente división del trabajo conduce, de un lado, a un debilitamiento de la responsabilidad individual y, de otro lado, a que las entidades

colectivas sean consideradas, en base a diversos fundamentos, responsables (también en el orden fiscal y civil), en lugar de las personas individuales. Esta « colectivización » de la vida económica y social sitúa al Derecho penal ante problemas novedosos. En este sentido, la sociología enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también y, sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios (comprendidos aquéllos contra el consumidor), los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, colocan a los sistemas y medios (p. 102) tradicionales del Derecho penal frente a dificultades tan grandes que resulta indispensable una nueva manera de abordar los problemas.<sup>347</sup>

Planteamiento de Tiedemann en el que coincidimos plenamente, en tanto que resulta relevante contar con instrumentos penales, más allá de los civiles y administrativos, que responsabilicen el actuar delictivo de las personas jurídicas; no obstante, con mayor énfasis insistimos en la necesidad de responsabilizar de manera adecuada y con mayor firmeza el actuar individual de aquellos que conforman el entramado organizacional, quienes comúnmente se amparan en el actuar de la organización, generándose la difuminación de las responsabilidades individuales, y por ende la indiferencia y menoscabo en el cuidado debido en el despliegue de sus conductas.

Se insiste pues, en la relevancia del tema de la 'responsabilidad colectiva' para el derecho penal y para la sociedad misma, a la vez, se insiste en la necesidad de contar con nuevos planteamientos dogmático jurídico-penales, como los aquí planteados, para alcanzar el objetivo que buscan reformas como las del CNPP, un derecho garantista que proteja los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras, un derecho penal que responda a las actuales demandas del ser humano.

---

<sup>347</sup> Tiedemann, Kladeus, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, sitio web "derecho penal", julio 1996, [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf)

## V. LA NECESIDAD DE NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Solamente bajo concepciones de verdadera responsabilidad es que las personas podrán desarrollarse en sociedad bajo los debidos niveles de confianza; para ello, el derecho penal deberá contribuir como garante del restablecimiento de la norma que ha sido quebrantada, restituyendo así a la sociedad los niveles de confianza que se han vulnerado; asimismo, con base en una prevención general, se fijará una barrera de contención para conductas con *factibilidad* de lesión. La prevención general estará dirigida a cada uno de los individuos que participen dentro de una organización, a fin de que éste asuma el compromiso que conllevan sus aportes individuales, y que, en la medida que éstos sean desplegados con contenido *cognitivo* o factibilidad de *conocer*, serán parte de un *injusto colectivo*, mismo que facultará al derecho penal a reunir todas aquellas conductas que en forma *cuantitativa* hayan generado un aporte comunicativo a la producción del resultado (sea de lesión o de peligro).

Una forma de fijar límites o fronteras a las obligaciones de previsión será atender al respeto mismo de la norma y a la evitación de riesgos no permitidos; de manera que requiera previsión solamente aquello que se encuentre regulado por ésta, pues, en definitiva, será lo socialmente relevante; estos límites no se encuentran sujetos a la voluntad de cada individuo, sino que por sí mismos implican una exigibilidad para toda conducta desplegada en sociedad. También se debe considerar dentro de los aspectos normativos, que existen cursos causales atípicos que hacen imprevisible lo “aparentemente” objetivamente-previsible. Así, seguimos analizando el curso causal de todo factor respecto de la conducta humana, como de la psique y valoración interna de cada individuo en su interactuar social; esto hace que el individuo sea responsable de sus propios parámetros de previsibilidad en cada una de las conductas; por ello, más que atender al elemento “previsibilidad”, podríamos atender al elemento “interés” por el cuidado y protección de los bienes jurídicos propios y de terceros. Esto dentro de un nivel de conciencia y corresponsabilidad personal.

Como sostiene Díaz Aranda, “si ante la posibilidad de producción del resultado el sujeto se abstiene de seguir adelante, el derecho penal habrá cumplido con su función preventiva: por el contrario, si el sujeto se decide a proseguir con su plan, su acción supone ir en contra del bien jurídico y, aunque internamente tenga la esperanza en que el resultado no se produzca, ello no cambia la situación, y la producción del resultado se le puede imputar a título de dolo eventual”.<sup>348</sup>

Ante la dinámica actual que vive la sociedad y las actividades cada vez más complejas que se despliegan en ésta, los aportes individuales se vuelven cada vez más complejos, y la dogmática se debe adecuar a ellos, so pena de perecer por ineficaz, tal como lo sostiene Sancinetti en la conclusión de su artículo donde cuestiona la *racionalidad del disvalor de resultado* en un concepto de ilícito, pues una vez que se abordan cuestiones dogmáticas de fondo y de suma discrepancia para ciertos barremos ya establecidos, resulta satisfactorio ver que es precisamente a través de las discrepancias que surgen las “buenas ideas”; así, dejando a un lado los análisis profundos, este autor concluye:

“Solo una dogmática que admite un sistema con contradicciones puede sentirse cómoda con un concepto de ilícito penal que se ve más o menos grave, según las consecuencias del quebrantamiento de la norma. Si uno quiere construir un sistema estructurado sobre bases homogéneas, solo puede partir de un modelo de norma y su quebrantamiento en el que el ilícito y la culpabilidad sean definidos según el cuadro de circunstancias y representación del autor acerca de ellos, existente al momento de la motivación defectuosa. Solo así, comisión y omisión, tipicidad y justificación, tentativa y desistimiento, autoría y participación, pueden tener respuestas racionales, coherentes y justas”.<sup>349</sup>

Será ahí, frente a la responsabilidad asumida por la dogmática ante las necesidades propias de un ente colectivo, que tendrán cierto sentido los conceptos de *injusto colectivo* y *responsabilidad colectiva* aquí propuestos; pues las actuales

---

<sup>348</sup> Díaz Aranda, E., *Proceso penal...*, cit., p. 736.

<sup>349</sup> Sancinetti, M., *op. cit.*, p. 239.



concepciones individuales con que cuenta la dogmática jurídico-penal se presentan como insuficientes frente a todos aquellos aportes individuales cargados de comunicación suficientemente dolosa al actuar en conjunto con otros aportes cuantitativos igualmente riesgosos, y respecto de los cuales cada individuo deberá hacerse responsable. En tanto más compleja resulte la vida de una organización, más precisas y contundentes deben ser las “herramientas” dogmáticas con que delimitaremos la responsabilidad penal por organización.

Realidades a las que nos debemos sumar tanto ciudadanos como los sujetos encargados de impartir justicia, ya que tanto es responsable el sujeto que con su actuar genera un aporte hacia el resultado lesivo, como la autoridad que por negligencia, ineficacia, ineptitud o corrupción no es capaz de sancionar dichas conductas, ni retribuir a la sociedad su confianza en la norma.

Elevar el nivel de calidad de vida implica salvaguardar los derechos fundamentales, y si esto requiere cambios estructurales complejos, habrá que hacerlos, pues de lo contrario pereceremos como humanidad y vencerán los miedos al cambio, la impunidad y los abusos en que nos vamos acostumbrando a vivir.

## CONCLUSIONES

El planeta en que vivimos es finito y la existencia del ser humano también, principalmente al estar determinada por niveles de salud y longevidad. De ahí que resulten urgentes las acciones que permitan evitar mayores daños a nuestro planeta, a fin de que el ser humano esté en posibilidad de llevar una vida digna, tendente al sano desarrollo, en donde se piense incluso en la salvaguarda de los derechos de las generaciones futuras, pues conductas de hoy se llegan a concretar en delitos de peligro (concreto y abstracto) respecto de los cuales será incluso el “aún no nacido” el que padezca sus resultados.

La *sociedad del riesgo* en que se circunscribe hoy el ser humano concibe al riesgo como algo inherente a la acción humana, en donde lo relevante es el momento de la toma de decisión por desplegar una u otra conducta, así como la responsabilidad de evitación respecto del riesgo identificado, lo cual dependerá del nivel de conocimiento o factibilidad de conocer de parte del sujeto. Así, la vida del ser humano en esta *sociedad del riesgo* demanda niveles máximos de responsabilidad, a fin de ser capaces de desplegar sólo aquellas conductas que se encuentren dentro del riesgo permitido, y responsabilizar a quien sobrepasando los límites de contención del riesgo, determina su actuar hacia la producción de daños o peligros para terceros. Estas acciones ya no se pueden valorar sólo desde el plano individual, sino que se deben analizar en concordancia con el actuar de todos aquellos que integran un colectivo, tomando en cuenta que cada vez más las conductas del “uno” se interrelacionan con las conductas del “otro”, pues hay acciones que causan daños relevantes para el ser humano, y no es dable atribuir la responsabilidad a la decisión de un solo individuo, pues los resultados dependen de un cúmulo de decisiones concatenadas que, en su conjunto, generan el resultado relevante, dada la comunicabilidad social que se da en el entramado organizacional de un colectivo.

Frente a estas conductas riesgosas, desplegadas dentro de un colectivo, resulta impermisible que una inadecuada estructura dogmática del delito, que no contemple debidamente la *responsabilidad colectiva*, vuelva “permisivas” diversas

conductas sólo por no identificar los cursos causales individuales que permitan responsabilizar al individuo por el mal causado. Problemáticas de la dogmática penal que la teoría del delito se ha planteado y resuelto años atrás para casos como delitos de peligro, delitos cualificados propios, criterios de imputación, entre otros tantos, surgiendo así la teoría del dominio del hecho, con especial referencia al “dominio la relevancia del actuar bajo órdenes, de la fungibilidad de los sujetos de la voluntad por aparatos organizados de poder”, de donde se destaca el hombre de atrás; así como de la teoría de la imputación objetiva, de la que sobresalen sus cuatro pilares, a saber: riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima, con la fórmula de resultado ligado a la conducta cuando: a) se ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, y b) este riesgo se ha realizado en el resultado. Posturas dominantes de la actual dogmática penal en las que sobresale la relevancia del elemento cognitivo del dolo, en detrimento del volitivo.

De ahí que en una *sociedad del riesgo* sean los aportes cuantitativos (cargados de conocimiento) los relevantes para conducirse en sociedad, y por ende los necesarios para responsabilizar penalmente a un sujeto que se determina a actuar con carga cognitiva, pues esto y no su “voluntad” (perteneciente a la psique del sujeto) es lo que repercute en los derechos de terceros, los cuales se instauran como derechos fundamentales, y respecto de los cuales no podemos renunciar ni a su tutela ni a su salvaguarda, pues son éstos los ejes rectores de la vida en sociedad, sin los cuales simplemente no sería viable la vida misma.

Frente a estas conductas cargadas de conocimiento o factibilidad de conocer, y desplegadas dentro de una organización, cabe la configuración de la *responsabilidad colectiva*, en donde más allá de la responsabilidad del Estado, cabe resaltar la responsabilidad horizontal del propio ser humano frente a los derechos que pertenecen a todos: los derechos fundamentales sociales. Así, la *responsabilidad colectiva* accionará el fin de la pena en cuanto “garantía del restablecimiento de la norma”, con el objeto de que todos los sujetos sepan que ya no será posible “protegerse” con el velo societario, personas morales que a la fecha son las que responden sólo por la reparación del daño (en la vía civil y

administrativa), sino que, con adecuadas reformas del Estado será el propio sujeto quien responderá penalmente por su conducta, a la par de la responsabilidad en que incurra la empresa. Ello propiciará sujetos más responsables por su propio actuar, y por ende la erradicación de conductas amparadas en la impunidad.

Basta de acciones indiferentes, negligentes y estúpidas, desplegadas al amparo de las organizaciones, las que, confiadas en que no habrá responsabilidad individual, siguen desplegando conductas que en definitiva son las que generan el resultado colectivo que socaba los derechos de todos. Si la toma de conciencia hasta la fecha no ha surtido efectos, entonces que sea la amenaza de la pena la instancia que obligue al ser humano a responsabilizarse por cada uno de sus actos.

Así, bajo el análisis de la *responsabilidad colectiva* se lleva a las conductas individuales cargadas de conocimiento o factibilidad de conocer (desplegadas dentro de una organización o colectivo) hasta el nivel del *injusto colectivo*, integrado por el *desvalor de acción*, consistente en la determinación de realizar la conducta valorada *ex ante* por el propio autor como riesgosa (sea con el dolo integrado sólo con el conocimiento o probabilidad de conocer o con una culpa verdaderamente carente de conocimiento o con un conocimiento defectuoso invencible), siendo preciso valorar “qué llevó al sujeto a determinarse por su conducta lesiva”, y por un *desvalor de resultado*, que agravará al primero, atento al nivel de conocimiento o cognoscibilidad del riesgo asumido con la conducta desvalorada, lo que permitirá llevar a dichos individuos a un nivel de autoría específico que elimine las “salidas escapistas” que se amparan bajo dificultades como las del elemento volitivo del dolo, la autoría mediata, la coautoría, la inducción, los delitos cualificados propios, el nexo de causalidad, los delitos no consagrados en el *númerus clausus*, principalmente. Lo anterior lleva a la propuesta de incluir en el artículo 13 del CPF la fracción IX, que determine la autoría en su forma de *responsabilidad colectiva*, así como un párrafo último que precise los alcances de ésta, a quedar como sigue:

“ARTÍCULO 13. Son autores o partícipes del delito:  
[...]

IX. Los que, formando parte de una estructura organizacional intervengan en su comisión mediante conductas individuales no clasificadas en las fracciones anteriores, que integren la responsabilidad colectiva con sus aportes individuales desplegados con conocimiento o capacidad de conocer el resultado, sin previsión del resultado siendo previsible, o con previsión del resultado confiando en que éste no se produciría.

...

...

Para efectos de la fracción IX la responsabilidad colectiva se integrará con las conductas desplegadas por los integrantes de una estructura organizacional, cuyos aportes cuantitativos individuales conforman la cadena del hecho, sea porque se actuó con conocimiento o capacidad de conocer el resultado, sin previsión del resultado siendo previsible, o con previsión del resultado confiando en que éste no se produciría. Debiéndose determinar la culpabilidad de forma individual, siendo relevante valorar el grado de conocimiento o factibilidad de conocer el resultado de parte del sujeto, y si se actuó en apego a lo dispuesto por los principios de evitabilidad y precaución.

La forma de autoría propuesta se analizaría bajo la estructura propia de la *responsabilidad colectiva*, en donde la sistemática de análisis para la conducta individual que hasta ahora conocemos tendría las siguientes variantes:

- La conducta conserva la misma estructura utilizada para la responsabilidad individual.
- El tipo tendría las siguientes adecuaciones:
  - a. un cambio en el “nexo causal”, a fin de analizar en este nivel el *nexo causal del colectivo hacia el resultado*; ello permitirá superar la dificultad de establecer el nexo de causalidad entre la conducta de un solo individuo con el resultado del colectivo, pues aquí lo que interesa es el resultado del colectivo, el cual se generó con los aportes individuales de sus integrantes, aunque de manera individual no exista suficiente carga comunicativa para con el resultado, pues efectivamente éste se alcanzó con la suma de todos los aportes individuales.

- b. Se agrega la consideración del *Resultado generado por el colectivo*.
  - c. Se propone integrar el “dolo” como *único elemento subjetivo del tipo*, el cual se subdividirá en *dolo directo (que se integra con el conocimiento del peligro o peligrosidad de su conducta)* y *dolo eventual (se integra cuando se prevé el peligro o peligrosidad de su conducta confiando en que no se produzca el resultado)*. A la vez, el dolo se integrará sólo con la parte *cognitiva*, por lo que en la *responsabilidad colectiva*, para la integración del dolo, no interesa el “querer” ni el “tolerar o aceptar” del sujeto, y basta con el elemento cognitivo, basta con el conocimiento o capacidad de conocer (previsión) el peligro o peligrosidad de su conducta, pues a pesar de ello se motivó a desplegar su conducta y sumarla a los aportes del colectivo, generando en conjunto el resultado contrario a la norma.
  - d. Se propone eliminar la “culpa” como elemento subjetivo del tipo; ello superará la barrera que genera el *numerus clausus* al dejar fuera de responsabilidad penal los delitos no consagrados en el artículo 60 del Código Penal Federal, a la vez que permite incluir todas aquellas conductas que tienen conocimiento o capacidad de conocer el resultado que generará el colectivo del cual ellos están siendo partícipes. Frente a estas conductas dolosas sí será posible atender al fin de la pena como aquella que busca el restablecimiento de la norma, y que es capaz de fincar una adecuada *responsabilidad colectiva* lo suficientemente objetiva como para que todo individuo tenga en cuenta que su actuar con conocimiento o factibilidad de conocer presupone una responsabilidad que, mal empleada, lo hará merecedor de las consecuencias penales a que haya lugar. A la vez, se eliminará el “permiso” que otorga el legislativo a actuar de manera “culposa” dentro de una organización, pues no se puede beneficiar a los indiferentes con penas atenuadas o con exclusión de imposición de sanciones, cuando son precisamente estas conductas la que más están causando estragos al desarrollo humano.
- La antijuridicidad se analizará en los mismos términos que se hace para la conducta individual.

— Se propone configurar el *Injusto colectivo*, el cual se integrará por: *i) el desvalor de acción (implica determinarse por la conducta cargada de elemento cognitivo)*, y *ii) el desvalor de resultado (lesión o puesta en peligro generada con el aporte individual sumado al del colectivo)*. En este nivel se integrarán todos los aportes individuales cargados de conocimiento, independientemente de “calidades de autor”, de elementos volitivos, o cualquier otra limitación a la suma de aportes individuales que concretaron el resultado colectivo.

— A nivel de culpabilidad, se propone graduar la pena de todos los que conforman el injusto colectivo mediante la valoración individual de: *a) el elemento subjetivo del dolo (querer y tolerar o aceptar)*, *b) nivel de conocimiento o factibilidad de conocer el peligro o peligrosidad generado con su conducta, con la cual contribuyó dentro del colectivo al que forma parte*, y *c) nexo causal individual conformado por i) aporte cuantitativo individual a la cadena del hecho, y ii) la suma de éste con el resto de los aportes que, de manera conjunta, hacen posible el resultado*. Esta forma de individualizar la pena permitirá atender motivaciones de política criminal y de utilidad de la pena, ya que habrá niveles de conocimiento y cursos causales individuales que resulten ínfimos hacia la suma del resto de los aportes de la colectividad, y que por su inocuidad resulte innecesaria la imposición de una pena o sanción. Por el contrario, habrá niveles de conocimiento tan elevados que, independientemente que el nivel de causalidad individual sea mínimo o muy lejano al resultado, tengan bastantes grado de responsabilidad y por ende un merecimiento severo de pena o sanción.

— Por último, en la presente propuesta se conservará el análisis de las figuras dogmáticas del *error* (de tipo y de prohibición) en el nivel de la estructura del delito en que hasta ahora lo ha venido haciendo la dogmática. Igualmente, conservará la valoración de las *excusas absolutorias* a nivel de culpabilidad, atento a la comunicabilidad social mínima (sustentada en el escaso conocimiento o cognoscibilidad) y falta de necesidad de la pena.

El análisis de la *responsabilidad colectiva* bajo la estructura del delito propuesta permitirá la activación del *ius puniendi* del Estado hacia conductas que de otra forma se escapan en el entramado organizacional, y que han generado

mayor “confianza” e indiferencia en el superior jerárquico para la consecución de sus objetivos, y con ello mayor impunidad y lesión a los derechos fundamentales, así como súper poderes de las empresas. Por lo que se requiere incrementar la conciencia y responsabilidad de los individuos, ya que cuanto más se sepan comprometidos con el resultado de sus aportes individuales desplegados dentro de una organización, mayor conciencia tomarán respecto de su actuar, dejando atrás las “excusas” del actuar bajo órdenes (a pesar de su ilicitud), o de la “ciega obediencia” del subordinado. En este tenor, deberán conducirse de acuerdo con los niveles de confianza que la sociedad ha depositado en éstos, y a la corresponsabilidad que se tiene frente a la tutela de estos derechos que pertenecen a todos.

La solución no está en engrosar las leyes con hipótesis normativas (o *tipos*), sino en adecuar la dogmática jurídico-penal a las nuevas realidades que rodean a la sociedad y al individuo; estas estructuras dogmáticas retribuirán a la sociedad los niveles de confianza que han sido vulnerados por individuos que, actuando dentro de una organización, con gran indiferencia y negligencia despliegan conductas cargadas de conocimiento o capacidad de conocer el riesgo que generan (aun cuando de manera aislada sean inocuas para el derecho penal), siendo que en una organización, lo relevante para la *responsabilidad colectiva* es la suma de los aportes individuales y la conciencia del rol que éstos desempeñan dentro de dicho colectivo.

Basta de ver al individuo tonto, indiferente y negligente como un “necesitado” de comprensión y de “concesiones” al cumplimiento de la ley. Estos sujetos generan daños considerables día a día, por lo que se requieren instrumentos jurídicos lo suficientemente fuertes y eficientes como para que de una vez se responsabilicen de su actuar.

A su vez la sociedad demanda por autoridades e impartidores de justicia debidamente comprometidos ante los cambios propuestos, pues sólo el verdadero compromiso de estos permitirá salvaguardar los derechos fundamentales que permitan al individuo seguir construyendo la sociedad en que desea vivir. Actores que deberán adecuar las estructuras procesales hacia una eficiente y efectiva



investigación de los hechos, fortaleciendo sus conocimientos a fin de identificar de manera individual, la responsabilidad penal de cada uno de los integrantes del *injusto colectivo*, so pena de que, su negligencia e indiferencia los convierta en responsables, a su vez, del derecho fundamental que les compete salvaguardar y reintegrar a la sociedad.

La sociedad del riesgo en que se vive ya no soportará por mucho tiempo la comisión de conductas no permitidas; el planeta y el ser humano están llegando a límites alarmantes de sobrevivencia, y con las posturas laxas de la aplicación del derecho no se abona en positivo. En este tenor, las propuestas aquí planteadas se instauran en aras de un derecho penal firme y lo suficientemente humano como para colocar en un primer plano los derechos fundamentales del individuo, cuya exigibilidad salvaguarda la dignidad su humana. De ahí que las coincidencias y divergencias con lo aquí expuesto serán diálogos que abonarán en positivo el objetivo común de todo estudioso del derecho, la sana convivencia del ser humano en sociedad, con los niveles más altos de justicia y dignidad humana.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- ALCACÉR GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. LIV, 2003.
- ALEXY, ROBERT, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>, pg. 75
- AMBOS, Kai, “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, *Revista de Ciencias Penales*, Costa Rica, año 12, núm. 17, marzo de 2000.
- , “Sobre el efecto eximiendo del actuar bajo órdenes desde el punto de vista del derecho alemán e internacional penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Colombia, Externado de Colombia, vol. XXI, núm. 67, septiembre-diciembre de 1999.
- ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista mexicana de derecho constitucional*, No. 22, México, <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf>, 2010, p. 1
- ARIAS EIBE, Manuel José, “El nuevo sistema de derecho penal de Vives Antón: notas a un nuevo modelo metodológico normativo”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2006 y 2007.
- AZOLA, MIGUEL, “Responsabilidad moral colectiva. El estatus ontológico de las organizaciones y los límites de la comunidad moral”, Argentina, *Revista de Economía y Estadística*, Vol. XLIII (1), Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Córdoba-Argentina, 2005. [http://ief.eco.unc.edu.ar/files/publicaciones/economiayestadistica/2005\\_43\\_n1/2\\_7-azola-impr.pdf](http://ief.eco.unc.edu.ar/files/publicaciones/economiayestadistica/2005_43_n1/2_7-azola-impr.pdf)
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- BECK, Ulrich, “Las dialécticas de la modernidad: cómo las crisis de la modernidad surgen de las conquistas de la modernidad”, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, abril 2007, [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/09/PERSONALIDADES/ULRICH/DISCURSO%20ULRICH%20-%20ESPA%C3%91OL.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/09/PERSONALIDADES/ULRICH/DISCURSO%20ULRICH%20-%20ESPA%C3%91OL.PDF)
- , *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Surcos, 2006.
- , *Sociedad del riesgo global*, 2a. ed., Madrid, Siglo XXI Editores, 2006.

- BONFIL BATALLA, GUILLERMO, "Etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización", Obras escogidas de Guillermo Bonfil Batalla, Tomo 2, México, INAH/INI, p. 476.  
[http://sic.conaculta.gob.mx/centrodoc\\_documentos/78.pdf](http://sic.conaculta.gob.mx/centrodoc_documentos/78.pdf)
- BURGUEÑO DUARTE, Luz Berthila, *Injusto colectivo (con especial referencia a la responsabilidad penal por organización)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- , "Derecho penal a juicio", en *Diccionario crítico*, México, PGR-Inacipe, 2007.
- CASTILLO GONZÁLEZ LEONEL Y JAIME MURILLO MORALES, COORDS, "Acciones Colectivas, Reflexiones desde la judicatura", Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial, México, 2013.
- CEREZO MIR, José, "Los delitos de peligro abstracto", *Revista de Derecho Penal 2001-2*, Argentina, Rubinzal Colzoni, 2001.
- , "La regulación del *Iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", *Revista Iter Criminis*, México, Inacipe, 1999.
- COONEY, R. y DICKSON, B., "Pautas para aplicar el principio de precaución a la conservación de la biodiversidad y la gestión de los recursos naturales", *Fauna & Flora International, Great Eastern House*, Tenison Rd, Cambridge CB1 2TT, 2005,  
[http://www.pprinciple.net/PP%20Guidelines\\_espanol.pdf](http://www.pprinciple.net/PP%20Guidelines_espanol.pdf).
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2006.
- , (2004), "La garantía de los derechos sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penal supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique *et al.*, *Lineamientos prácticos de la teoría del delito y proceso penal acusatorio*, México, STRAF, 2014.
- , *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, STRAF, 2008.
- , *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, STRAF, 2006.
- y CANCIO MELIÁ, Manuel, *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- , *Dolo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.
- y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, España, Distribuciones Prosell, 1991.
- Diccionario jurídico básico*, 2a ed., Colex, Madrid, 2007.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Los derechos fundamentales a la protección penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), año 26, núm. 78, septiembre-diciembre de 2006.
- DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Martha del Carmen, “El contenido del dolo. Problemática actual”, *XVI Congreso Latinoamericano VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, 2004.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en derecho penal*, México, Ángel Editor, 2002.
- , “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, *Revista de Ajuris*, Brasil, Ajuris, 2000.
- , “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en derecho penal, fundamento y consecuencias dogmáticas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, vol. XXI, núm. 69, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos\\_de\\_analisis\\_Coleccion\\_Derecho\\_Privado/numero1/principio\\_precaucion\\_figuroa.PDF](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/principio_precaucion_figuroa.PDF).
- GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, 1959.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, Bosch, 1999.
- GARCÍA-JARAMILLO, Leonardo, “El concepto de derechos sociales fundamentales”, *Revista Aleph*, núm. 137, año XL, abril-junio de 2006, [http://www.revistaaleph.com.co/article.php?id\\_article=58](http://www.revistaaleph.com.co/article.php?id_article=58).
- GARCÍA MARTÍN, Luis, “¿Qué es la modernización del derecho penal?”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Colombia, núm. 12, julio-septiembre de 2005.
- GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, España, Alianza Editorial, 2004.
- GODINA, Célida, “Reflexiones sobre el principio de responsabilidad de Hans Jonas”, *Revista Observaciones Filosóficas*, 2008, <http://www.observacionesfilosoficas.net/reflexionessobreelprincipio.html>, núm. 6.

- GÓMEZ RIVERO, María Carmen, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio (especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- GRANADOS CHAPA, Miguel Ángel, "Afectados ambientales", *Periódico Reforma*, México, 12 de septiembre de 2008.
- HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría a la imputación en derecho penal*, España, Tirant lo Blanch, 1999.
- y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, España, Tirant lo Blanch, 1995.
- HEFENDEHL, Roland, "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002.
- HIDALGO, Juan Carlos, "Los peligros del principio de precaución", Washington, D.C., CATO, 5 de marzo de 2003, en <http://www.elcato.org/node/524>.
- JAKOBS, Günther, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, Porrúa, 2002.
- , *La imputación objetiva en derecho penal*, México, Ángel, 2002.
- , "Teoría y praxis de la injerencia", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, España, t. II, 1999.
- , *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997.
- , *Problemas capitales del derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*, Argentina, Hammurabi, 1998.
- , *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4a. ed., España, Bosch, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Teoría del delito*, México, IURE, 2003.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana". Contribución al "límite mínimo" de participación frente a los "actos neutros"*, España, Comares, 2002.
- LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, t. II, 2003.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, "Análisis de la iniciativa de Ley Federal de Acceso y Aprovechamiento de los Recursos Genéticos",

[http://www.greenpace.org/mexico/recomendamos/analisis-de-la-iniciativa-de-ley-federal-y-  
aprovechamiento-de-los-recursos-geneticos-lopez-barceñas](http://www.greenpace.org/mexico/recomendamos/analisis-de-la-iniciativa-de-ley-federal-y-<br/>aprovechamiento-de-los-recursos-geneticos-lopez-barceñas).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, España, Marcial Pons, 2002.

LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, 3a. ed., México, Universidad Iberoamericana, Colección Teoría Social, 2006.

———, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, Colección Teoría Social, 2002.

———, “¿Qué queda del futuro?”, *Revista Estudios Políticos*, México, cuarta época, núm. 21, mayo-agosto de 1999.

MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, México, UNAM, 2003.

MICHELINI, Dorando J., “La ética del discurso como ética de la responsabilidad”, *Literatura y Lingüística*, Córdoba, CONICET, ciencia SECyT-UNRC, ICALA, núm. 14, 2003.

MIGLIARDI, Mario Durán, “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual”, *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2001, [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext).

MIR PIUG, Santiago, “Sociedad, norma y persona en Jakobs”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional*, Colombia, núm. 2, enero-marzo de 2003.

——— y LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, España, Bosch, 1996.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 22, núm. 2, mayo-agosto de 1995.

MONTORO BALLESTEROS, Albert, “El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, nueva época, vol. 8, 2007.

MORALES CAUTI, Julio César, “El dolo como conocimiento. Estado actual del tipo subjetivo”, *XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional del Derecho Penal y Criminología*, Lima, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia

- organizada y empresarial?”, *Revista de Derecho Penal*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2001 y 2002.
- , *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Sobre el concepto de derecho penal de riesgo”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Colombia, núm. 4, julio-septiembre de 2003.
- PATARROYO G., Carlos G., *Responsabilidad moral individual y responsabilidad colectiva*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique *et al.*, *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Argentina, Ad-Hoc, 1999.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario de derecho penal*, México, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004.
- , *Perspectivas penales*, México, ActO-concretO, 2000.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva”, *Revista de Derecho*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- REYES ALVARADO, Yesid, “El concepto de imputación objetiva. Derecho penal contemporáneo”, *Revista Internacional*, Colombia, núm. 1, octubre-diciembre de 2002.
- RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Gráficas Arias Montano, Centro de Estudios Judiciales, 1994.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, 2a. ed., Madrid, t. I, Civitas, 2003.
- , *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- , *Política criminal y sistema del derecho penal*, España, Bosch, 1972.
- RUEDA MARÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Madrid, Bosch, 2001.
- SANCINETTI, Marcelo A., “¿Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional?”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, núm. 6, enero-marzo de 2004.
- SHÜNEMANN, Bernd, “*¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*”, Colombia, Externado de Colombia, cuadernos de conferencias y artículos, núm. 38, julio de 2007.

- , “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. LV, 2004.
- SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, España, Comares, 2003.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, España, Civitas 1982.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura.
- TALA JAPAZ, Alberto, “La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 14, núms. 2 y 3, mayo-diciembre de 1987.
- TIEDEMANN, Klaus, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, sitio web “derecho penal”, julio 1996, [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf)
- VERCHER NOCHERA, Antonio *et al.*, *Responsabilidad ambiental, penal, civil y administrativa*, Madrid, ECOIURIS, 2003.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada, “La horizontalidad de los derechos fundamentales”, <http://www.derechocivil.net/esp/LA%20HORIZONTALIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf>