

# Autoría penal por responsabilidad colectiva. Más allá del injusto individual

Luz Berthila **BURGUENO DUARTE**



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

AUTORÍA PENAL POR RESPONSABILIDAD COLECTIVA.  
MÁS ALLÁ DEL INJUSTO INDIVIDUAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 848

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Miguel López Ruiz  
*Cuidado de la edición*

Javier Mendoza Villegas  
*Formación en computadora*

Mauricio Ortega Garduño  
*Elaboración de portada*

LUZ BERTHILA BURGUEÑO DUARTE

AUTORÍA PENAL  
POR RESPONSABILIDAD  
COLECTIVA.  
MÁS ALLÁ DEL INJUSTO  
INDIVIDUAL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2019

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 22 de marzo de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-1191-4

## CONTENIDO

Prólogo . . . . .	XI
Enrique DÍAZ ARANDA	
Agradecimientos . . . . .	XIII
Introducción . . . . .	1
CAPÍTULO PRIMERO	
SOCIEDAD DEL RIESGO . . . . .	5
I. Concepción del riesgo ante un Estado de derecho posmoderno .	5
II. La inserción del individuo en la sociedad del riesgo . . . . .	9
III. El papel del derecho penal dentro de la sociedad del riesgo. . . . .	12
1. Protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales .	22
2. Fin de la pena ante la sociedad del riesgo. Toma de postura . .	25
IV. Delimitación entre riesgos socialmente permitidos y no permitidos. . . . .	37
La mutación del riesgo no permitido en riesgo “permitido”, como consecuencia de diversas figuras dogmáticas dentro de la estructura del delito . . . . .	41
V. Delitos de peligro, una realidad innegable . . . . .	59
CAPÍTULO SEGUNDO	
PRECISIONES VALORATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL . . . . .	63
I. Responsabilidad penal dentro de una estructura organizacional .	63

1. El conocimiento dentro del dolo eventual y la culpa consciente	67
2. Ubicación del elemento volitivo del dolo en la culpabilidad . .	71
3. Verdadera trascendencia del elemento volitivo . . . . .	74
II. ¿“Obediencia” sin responsabilidad? La toma de decisión dentro de un colectivo . . . . .	77
1. El actuar “bajo órdenes” . . . . .	77
2. La “capacidad de decisión” frente a la excluyente de delito contemplada en el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal . . . . .	83
III. Presupuestos de la teoría del dominio del hecho . . . . .	84
Especial referencia al dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder . . . . .	89
IV. Presupuesto de la teoría de la imputación objetiva. . . . .	97
1. Riesgo permitido . . . . .	99
2. Principio de confianza . . . . .	100
3. Prohibición de regreso . . . . .	103
V. Teoría de la imputación normativa . . . . .	105
VI. La salud y el medio ambiente sano como derechos fundamentales para el desarrollo humano. . . . .	108
1. Postura de Luigi Ferrajoli . . . . .	109
2. Exigibilidad de la salud y el medio ambiente sano como derechos fundamentales . . . . .	115
VII. Responsabilidad horizontal ante los derechos fundamentales sociales . . . . .	120
1. Acepción normativa de la responsabilidad. . . . .	120
2. La responsabilidad moral . . . . .	121
3. La responsabilidad civil . . . . .	125
4. La responsabilidad horizontal . . . . .	126
5. Protección penal hacia los derechos fundamentales sociales . .	132

CAPÍTULO TERCERO

RESPONSABILIDAD COLECTIVA . . . . . 137

I. Insuficiencia de la imputación a la responsabilidad individual frente a la tutela del derecho a la salud y medio ambiente sano como derechos fundamentales sociales. . . . . 137

    1. Los aportes individuales dentro de la responsabilidad colectiva 137

    2. Figuras de autoría y participación que sirven de apoyo al análisis de la responsabilidad colectiva . . . . . 141

    3. Los “actos neutros” . . . . . 151

    4. Precisiones sobre el injusto colectivo . . . . . 155

II. El nexo de causalidad en la responsabilidad colectiva. Papel que guarda el principio de precaución . . . . . 163

CAPÍTULO CUARTO

ALCANCES DEL MARCO NORMATIVO MEXICANO ANTE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA . . . . . 175

I. ¿Quién es el responsable de la contaminación de las lagunas de Altamira y de la Minera Buenavista del Cobre Grupo México?. 175

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) . . . . . 179

    Principales derechos que pueden ser afectados por proyectos de desarrollo e infraestructura . . . . . 181

III. Responsabilidad ambiental . . . . . 184

    1. Responsabilidad penal ambiental . . . . . 184

    2. Responsabilidad civil ambiental . . . . . 188

    3. Responsabilidad administrativa ambiental . . . . . 194

## CAPÍTULO QUINTO

RESPONSABILIDAD PENAL COLECTIVA. NUEVA FORMA DE AUTORÍA EN SALVAGUARDA DEL DERECHO A LA SALUD Y AL MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES. . . . .	197
I. Propuesta de autoría por responsabilidad colectiva para el Código Penal Federal de México. . . . .	197
II. El ejercicio de la acción penal para personas jurídicas en el Código Nacional de Procedimientos Penales . . . . .	214
Conclusiones . . . . .	221
Bibliografía . . . . .	225

## PRÓLOGO

Es una tradición iniciar un prólogo con la frase “el lector tiene en sus manos el libro...”; pero los tiempos cambian, y la evolución de la humanidad nos lleva por caminos insospechados; por ejemplo, los libros, fuente del conocimiento, están transitando de la imprenta de Johannes Gutenberg hacia medios de difusión electrónicos de mayor alcance. Es así como el contenido del trabajo de investigación que me honro en prologar llegará tanto en su formato impreso como digital gracias a la evolución editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y podrá nutrir de información a quienes busquen un tema poco explorado en nuestra disciplina, al cual la doctora Luz Berthila Burgueño Duarte intituló *Autoría penal por responsabilidad colectiva*. Más allá del injusto individual, en el cual aborda diversos y complejos conceptos de la dogmática penal, como la tipicidad, la omisión impropia, la culpa con representación, el error de tipo y el de prohibición, la antijuridicidad, las causas de inimputabilidad e inexigibilidad de otra conducta, el caso fortuito, la *actio libere in causa*, el desistimiento en la tentativa inacabada, el arrepentimiento, la excusa absolutoria, los delitos cualificados propios, el dominio del hecho, entre otros, los cuales aplica para determinar la responsabilidad penal de la persona física y los proyecta hacia la persona jurídica.

La evolución de la sociedad a la que me vengo refiriendo ha alcanzando al derecho penal y ha expuesto en entredicho conceptos de la dogmática tradicional desarrollada desde fines del siglo XIX a partir de la responsabilidad de la persona física, pues aun con los conceptos de tipicidad de teorías funcionalistas normativistas como las de Günther Jakobs no se alcanza a motivar debidamente la subsunción fundada del comportamiento de la persona jurídica dentro del radio de prohibición de la norma, ni tampoco se sustenta debidamente la culpabilidad conforme a los parámetros marcados en el artículo 52 del Código Penal Federal, todavía basado en el reproche, y no en la previsibilidad ni en la evitabilidad.

Por todo lo anterior, el trabajo dogmático realizado por la doctora Burgueño Duarte en esta obra es digno de elogios tanto por la complejidad del tema como por la influencia que tendrá en nuestro medio, dada la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tanto en el Código

Penal Federal como en el Código Nacional de Procedimientos Penales, y, sin temor a equivocarme, será una de muchas obras que en el futuro desarrollará la autora, quien ya con el dominio del método científico y el rigor académico que ha demostrado nos ayudará en el fortalecimiento de la dogmática penal, que tanta falta nos hace en nuestro país, por lo cual la felicito de nueva cuenta y le deseo muchos éxitos más.

Enrique DÍAZ-ARANDA  
*[www.enriquediazaranda.com](http://www.enriquediazaranda.com)*

México, Ciudad Universitaria, otoño de 2018

## AGRADECIMIENTOS

La materialización de los sueños fortalece el espíritu. Así, al haber concluido este proyecto, agradezco a quienes formaron parte él, principalmente a Saúl, mi esposo, quien confió en mí y me impulsó en la gestación de este sueño académico, acompañándome amorosamente en este andar; a mi hija Sofía Taiyari, por ser el motor estratégico de mi vida; a mis padres, por su ejemplo de vida y amor incondicional, y a mis maestros, por la confianza puesta en mí y sus conocimientos compartidos.

## INTRODUCCIÓN

La globalización está transformando la naturaleza de la seguridad y los riesgos personales, familiares y colectivos, lo que demanda importantes cambios en las funciones y capacidades de la administración de justicia, a fin de que éstas respondan a las necesidades insertas en la actual “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, riesgos de la modernización que emanan de “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 al 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 la dinámica social. Estas barreras delimitan las conductas permitidas de las no permitidas, por lo que es necesario reevaluar los márgenes de confianza para las conductas riesgosas, y fijar barreras de contención 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 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 estas últimas no

---

<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”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 4.

pueden valorarse a la luz de los criterios que rigen a la primera, derivado de lo cual enfrentan dificultades para concretar delitos de peligro abstracto, comunicabilidad objetiva, delimitación entre dolo eventual y culpa con representación, problemas de autoría, derechos difusos o intereses colectivos, riesgo permitido, entre otros tantos. Estas estructuras dogmáticas en los últimos años han sido analizadas en el plano de la responsabilidad individual, principalmente dentro de las teorías del dominio del hecho y de la imputación objetiva.

Es precisamente la concatenación de conductas aparentemente inocuas (en aras de una dogmática individual), la que llega a desencadenar resultados de lesión o peligro, ya que los aportes cuantitativos con comunicabilidad hacia el hecho delictivo, desplegados dentro de un entramado organizacional, no son del todo identificados a la luz de la responsabilidad penal individual. Y solamente en la medida en 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 conductas que actualmente escapan de la responsabilidad penal, lo que fomenta los índices de criminalidad y la tolerancia hacia ella.

En este contexto, la problemática de investigación de la presente obra nace de la identificación de un vacío legislativo en la normatividad nacional en torno a la salvaguarda del derecho a la salud y al medio ambiente sano, como derechos fundamentales que son violentados por los riesgos evidentes que sufre la sociedad, producto de conductas desplegadas dentro de estructuras organizacionales en donde los actos “neutros” de ciertos aportes individuales simplemente se difuminan. En este sentido, es necesario precisar y establecer un sistema normativo que regule la responsabilidad penal colectiva. De tal suerte que cobren relevancia penal todos los aportes cuantitativos (cargados de conocimientos o con capacidad de conocer) que han contribuido en la creación del resultado lesivo o de un riesgo para la colectividad. Estas conductas tienen deberes hacia la sociedad, y cuya “inobservancia presupone la generación de riesgos que pueden desembocar en la lesión de bienes jurídicos”.<sup>3</sup>

Para ello, en el primer capítulo de esta investigación se pone en contexto la relevancia del actuar del ser humano dentro de la sociedad del riesgo, se analiza la importancia del conocimiento y de la previsibilidad de los riesgos generados con nuestras conductas; se identifican las diversas estructuras dogmáticas que llegan a “justificar” conductas no permitidas en conductas

---

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

“permitidas”, ya que la sistemática de la teoría del delito permite excluirlas de responsabilidad penal individual.

En el segundo capítulo se hacen algunas precisiones valorativas sobre la responsabilidad penal, a fin de ubicar al lector en los principios básicos de la responsabilidad penal; al efecto, se destaca la relevancia del elemento *cognitivo* del dolo y de la culpa, para efectos de fincar una responsabilidad objetiva, y se afirma que el elemento volitivo se ubica en un segundo plano, ya que, dentro de una estructura organizacional, lo penalmente relevante es el aporte cuantitativo con carga comunicativa al hecho delictivo. Asimismo, se retoman las teorías de dominio del hecho, de la imputación objetiva y de la imputación normativa, a fin de analizar las propuestas de solución al problema planteado, mediante las diversas formas de autoría existentes en el Código Penal Federal (CPF), a fin de poner en contexto la necesidad de establecer la forma de autoría aquí propuesta.

Una vez sentada la base de la responsabilidad horizontal, en el capítulo tercero se sostiene que para efectos de tutelar derechos fundamentales, como la salud y el medio ambiente sano, la imputación por responsabilidad penal individual resulta insuficiente, ya que ni el nexo causal ni el nexo de evitabilidad en el plano individual alcanzan para concretar el injusto penal individual por la producción del resultado del colectivo, que deviene de la concatenación de varios aportes cuantitativos cargados de comunicabilidad hacia el resultado típico, situación que sí se logra abarcar con el injusto colectivo centrado en la nueva forma de autoría aquí propuesta.

Dentro del cuarto capítulo se pone en contexto el actual marco normativo mexicano, para efectos de atender el problema que nos ocupa, lo que da la pauta para que en el quinto capítulo se pueda concluir en la necesidad de establecer una forma de autoría por responsabilidad colectiva a insertarse en el artículo 13 del CPF, mediante la valoración 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 dificultades de responsabilidad colectiva, que se presentan en figuras como delitos cualificados propios, autorías mediatas, coautorías y, en general figuras de participación a la luz de un “injusto individual”, que diluyen la responsabilidad de aquellos aportes que realmente sí son responsables del resultado de lesión o peligro generado por el colectivo en su conjunto. Ello, a la par de un nexo de causalidad en la responsabilidad colectiva, integrado por la conducta de quienes forman parte de la responsabilidad penal colectiva y cuentan con comunicabilidad hacia el hecho delictivo, incluyendo dos apartados: a) el aporte cuantitativo individual en

la cadena del hecho y *b*) la suma del aporte individual con el resto de los aportes, que de manera conjunta hacen posible el resultado.

La propuesta anterior abona a las reformas hechas al Código Nacional de Procedimientos Penales relativas a la acción penal en contra de las personas jurídicas, a fin de generar mayores niveles de responsabilidad a las personas físicas, que con sus aportes individuales facilitan o permiten la creación de hechos delictivos “desde las empresas”, y que deben responder penalmente por ello, bajo la pena de solapar conductas que hacen posible que grandes corporaciones se sigan beneficiando del delito a costa de socavar derechos fundamentales de la vida del ser humano, como la salud y el medio ambiente sano, derechos irrenunciables, y ante los cuales todos hemos adquirido 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, así como salvaguardar y no poner en riesgo los bienes jurídicos que pertenecen a los demás, incluso al colectivo y a las generaciones futuras.

Se pugna, pues, por una vida digna, en donde el indolente, el negligente y el indiferente asuman el coste social de los daños y peligros generados con sus conductas, y se les finque la responsabilidad penal colectiva por los hechos delictivos que esta sociedad ya no puede soportar.

## CAPÍTULO PRIMERO

### SOCIEDAD DEL RIESGO

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

La sociedad actual enfrenta cambios constantes que impactan de manera directa el devenir del ser humano y las prioridades que éste establece en su diario vivir, lo cual sin duda le ha permitido evolucionar y adaptarse, así como enfrentar su 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; máxime cuando se trata del medio ambiente y la salud, derechos centrales para la armonización del resto de los derechos.

Se viven entornos 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 palabras. Así, tenemos la usual justificación o explicación del *no es tan malo*, ante la cual debemos cuestionarnos si por ello entendemos que ese calificativo refiere a *algo bueno, un poco malo, robó, pero poquito, pudo ser peor, en la cárcel están los tontos, no los culpables*, entre un sinfín de apreciaciones, todas 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 desarrollo cultural y educativo del individuo, tendrán diversas concepciones, lo que parece centrar a los individuos

en distintos mundos, pero 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 nos ocupa se inserte en el análisis de la llamada *sociedad del riesgo*, ante lo cual resulta indispensable replantearse lo que implica el concepto *riesgo*, que se comenzó a acuñar a lo largo de la transición de la Edad Media hasta los inicios de la época de la Modernidad, y se incrementó en su paso por la era industrial y se convirtió en una realidad innegable dentro de la posmodernidad del siglo XXI, modernidad que, ante la relevante óptica de Bauman, se torna en “líquida”, al no ser capaz de conservar su forma (al contrario del estado sólido de las cosas), lo que implica una sociedad cambiante, en donde “el momento de la modernidad fluida, son los vínculos entre las elecciones individuales y los proyectos y las acciones colectivos —las estructuras de comunicación y coordinación entre las políticas de vida individuales y las acciones políticas colectivas—”.<sup>4</sup>

Por ello, para entender el *riesgo* dentro del concepto que interesa en este texto habrá que circunscribirlo dentro del marco referencial de la actividad humana actual, con su acelerada proyección al futuro, actividad humana circunscrita a normas de comportamiento tales, que hagan factible una vida en sociedad, que deviene de expectativas y compromisos ante los que se hace factible confiar en que los terceros se desenvuelven en su propio ámbito, conscientes de que su actuar, 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, que se deberán afrontar para hacer factible una vida en sociedad con miras hacia el futuro. Es ante dichas expectativas, riesgos y peligros que deben 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>5</sup> máxime

---

<sup>4</sup> Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*, 6a. ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 12.

<sup>5</sup> Luhmann, Niklas, *Sociología del riesgo*, 3a. ed., México, Universidad Iberoamericana, 2006, p. 41; agrega que “en todo caso, no puede surgir un consenso al respecto. Sólo cuan-

cuando el ciudadano 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 la dinámica social. Estas barreras delimitan las conductas permitidas de las no permitidas. Por ello, es necesario reevaluar los márgenes de confianza que hacen viable la vida en sociedad, a fin de precisar 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, gran cantidad de actividades desplegadas por el ser humano inciden 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, pese a 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 la barrera de contención del riesgo permita obtener un saldo a favor ante los costos asumidos.

Frente a diversas concepciones del *riesgo*, se precisa acentuar su distinción hacia el *peligro*, pues como sostiene Luhmann,

...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 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>6</sup>

---

do 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”.

<sup>6</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”.

Entendido el concepto de *riesgo* planteado por Luhmann como algo inherente a la acción humana, habrá que adentrarse al momento de la toma de decisión que rodea dicha acción, así como en la responsabilidad de evitación del 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, considerando si se está ante un riesgo permitido o no permitido. Lo anterior reviste especial complejidad cuando se trata de acciones desplegadas dentro de un colectivo, 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>7</sup>

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 al contrario de 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>8</sup>

---

<sup>7</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.

<sup>8</sup> Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, p. 43.

Como se puede observar, ambas posturas se diferencian por el nivel de conciencia o conocimiento por parte del sujeto, de donde 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 han de asumirse nuevas responsabilidades, sobre todo nuevos compromisos de solidaridad ante las generaciones futuras, ante las cuales existe poca conciencia, y podría decirse nulo compromiso hacia una “sociedad buena”,<sup>9</sup> pues no basta la hipótesis del *no sabía que, o no me imaginaba que*, pues 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 el derecho debe salvaguardar la exigibilidad de los bienes jurídicos que la sociedad ha considerado relevantes, a fin de que con ello sea factible que el individuo conviva en sociedad.

## 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

---

<sup>9</sup> Bauman, Zygmunt y Bordon, Carlo, *Estado de crisis*, México, Paidós, 2016, p. 79, sostiene que “Pocas mentes (por no decir que ninguna) andan hoy ocupadas diseñando los planos de una «sociedad buena», esa estación terminó de la larga vía hacia la perfección y parada final en la guerra que la modernidad, con toda su juvenil arrogancia, declaró a la contingencia, los accidentes, la ambigüedad, la ambivalencia, la incertidumbre y, en definitiva, a la tan irritante como humillante opacidad del destino y de las perspectivas de futuro humanas”.

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>10</sup>

Para analizar el perfil del *riesgo* de la modernidad, Giddens plantea siete principales formas. Las cuatro primeras refieren a la distribución objetiva del riesgo: 1. Globalización del riesgo en cuanto su intensidad (como lo sería la guerra nuclear); 2. Globalización del riesgo en cuanto el número de sucesos contingentes; 3. El riesgo de incorporar el conocimiento humano en el entorno material; 4. Las últimas tres son aquellas que alteran la experiencia del riesgo o la percepción de éste con base en su identificación; 5. La consciencia del riesgo como riesgo, que no permite generar certidumbres; 6. La conciencia del riesgo, y 7. La conciencia de las limitaciones para conocer los riesgos.

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>11</sup> por lo que, el regular la conducta del individuo cuyos efectos

---

<sup>10</sup> Paredes Castañón, José Manuel, “Sobre el concepto de derecho penal de riesgo”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, núm. 4, julio-septiembre de 2003, p. 120.

<sup>11</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad...*, 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 la obra de este autor titulada “Las dialécticas de la modernidad: cómo las crisis de la modernidad surgen de las conquistas de la modernidad”, disponible en: <http://>

de peligro repercutirán en el futuro implica una complejidad real para la dogmática penal actual, 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 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, quien no cuenta con los canales de exigibilidad que salvaguarden 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. Estas realidades 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?, y 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>12</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

---

[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)

<sup>12</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 desprecupado 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.

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; en donde, como sostiene Zygmunt Bauman, “es obvio, pues, que los intereses y las preocupaciones de la élite no son los nuestros, y que nuestras inquietudes no son las suyas. No es de extrañar, por lo tanto, que para un número creciente de ciudadanos olvidados, la libertad se parezca asombrosamente a aquello que los ricos necesitan para ser más ricos y para hundir más al resto de personas en el infortunio que ya sufren”.<sup>13</sup> Ejemplos los tenemos en las fábricas que emiten productos contaminantes, sin que exista una regulación sanitaria adecuada (un 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 venta de Coca-Cola, que resulta altamente perjudicial para la salud, al estar compuesta incluso por componentes prohibidos como el *aspartamo*, prohibido en 1969 por la Administración de Alimentos y Medicamentos de Estados Unidos), la circulación de vehículos de transporte con altas emisiones de gases contaminantes, que 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. Todo ello frente al enriqueciendo de pocos, con la asunción indiscriminada, negligente y corrupta de los riesgos de la modernidad.

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

Entre las tantas acepciones que se le adjudican al derecho penal, se le circunscribe dentro del derecho público como un conjunto de normas que determinan 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.

---

<sup>13</sup> Bauman, *Estado de...*, cit., p. 86.

Hasta hoy, las conductas que más aquejan a la sociedad son aquellas denominadas *individuales*, en las que existe un nexo de causalidad que permite ligar esa conducta con el resultado emanado de la misma. Este proceso mental, que se ha llevado a cabo principalmente mediante la *conditio sine qua non* (asumido en la etapa del causalismo del derecho penal), pese a lo limitado del análisis simplista;<sup>14</sup> en este contexto, Beck comenta que

...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 enfermedades determinadas, muchas veces también favorecidas causadas por otros factores.<sup>15</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 en el 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 ha 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.

---

<sup>14</sup> Luhmann, N., *Sociología...*, *cit.*, 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”.

<sup>15</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.

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 a 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>16</sup> y que entre la inervación muscular y el resultado producido por ésta debería existir un nexo causal, es decir, una relación directa entre el resultado y la causa de éste, lo que le da el nombre de “causalismo”.

La doctrina penal causalista, preocupada por construir 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>17</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 en 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, al sostener que el tipo es objetivo y libre de valoración (no valorativo); sostiene que “el tipo es un puro objeto de valoración... 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>18</sup> Así, se conserva una postura puramente objetiva.

---

<sup>16</sup> Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, t. II, p. 285.

<sup>17</sup> Schünemann, Bernd, citado por Quintino Zepeda, Rubén, *Perspectivas penales*, México, ActO-concretO, 2000, p. 11.

<sup>18</sup> Beling, Ernest von, citado por Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 8 y 9.

Después de esta etapa del causalismo natural de Von Liszt y Beling, surge el causalismo valorativo, influenciado por los neokantianos, que impregna al derecho penal de influencias axiológicas con carga valorativa. El causalismo valorativo sostiene que el dolo no está necesariamente en la culpabilidad, lo que genera una carga subjetiva a nivel de antijuridicidad. Y aun cuando seguía considerando un tipo penal puramente objetivo, ya se empiezan a considerar los elementos normativos y los elementos 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 servirían para graduar la culpabilidad, llegando al análisis del dolo con la sola integración de un tipo avalorado.

2) *Finalismo*. En 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>19</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>20</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 del tipo (dolo, culpa y elementos subjetivos distintos al dolo), que 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 causalistas). Así, la culpabilidad

---

<sup>19</sup> Welzel, Hans, citado por Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, cit., p. 45.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 49.

viene a integrarse con elementos meramente normativos.<sup>21</sup> Con ello, no solamente se llega al traslado del dolo y la culpa 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>22</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>23</sup> por lo que es “el *dolo* quien ocupa el punto central del sistema”.<sup>24</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, al sostener que “El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el sistema del Derecho penal”,<sup>25</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 “*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 sobrevenida por la pena frente a la defraudación de una expectativa normativa de carácter penal”.<sup>26</sup> De

---

<sup>21</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>22</sup> Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 67.

<sup>23</sup> Quintino Zepeda, R., *Perspectivas...*, *cit.*, p. 14.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, 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”.

<sup>26</sup> Jakobs, Günther, citado por Quintino Zepeda, *Perspectivas...*, *cit.*, p. 309.

ahí que Jakobs sostenga que la misión del derecho penal es la estabilidad y restablecimiento de la norma.

En esta corriente se mantiene el dolo y la culpa (como elementos subjetivos) dentro del tipo penal; sin embargo, se analiza el actuar humano bajo la lente de la teoría de la imputación objetiva,<sup>27</sup> teoría que atiende al concepto normativo de la conducta, 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 con base en dicho rol como 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 del elemento volitivo del dolo, se cometen un sinnúmero de delitos, que sólo logran acreditarse como culposos, y que pueden ser merecedores de una punición atenuada, o bien una excluyente de sanción, al no estar insertos en el *numerus clausus* (artículo 60 del CPF), 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 se encuentra 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:

---

<sup>27</sup> 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. “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”.

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>28</sup>

Ante la imperiosa necesidad de aplicar la dogmática penal a las nuevas realidades sociales, los conceptos básicos de la estructura del delito deben ser analizados con esta óptica, máxime si se habla del dolo como elemento subjetivo del tipo, por lo que habrá de valorar lo que en otros estudios se ha 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 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>29</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 se está 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 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.

---

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> Burgueño Duarte, LIZ Berthila, “Derecho penal a juicio”, *Diccionario crítico*, México, PGR-Inacipe, 2007, p. 221.

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>30</sup> Frente a estas realidades de la sociedad del 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, pues de lo contrario se darán nuevo patrones tolerantes a lo que anteriormente se rechazaba, ya que “una catástrofe prolongada marca el sendero de su propia continuación relegando al olvido la conmoción y el horror que causó en sus inicios, con lo cual consume y debilita la solidaridad humana para con sus víctimas y socava la posibilidad de que se sumen fuerzas para evitar victimizaciones futuras”.<sup>31</sup>

Por su lado, con relación al riesgo generado con el proceso tecnológico, Alcácer Guirao sostiene que

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

---

<sup>30</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, 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 (auto-observación)... 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”.

<sup>31</sup> Bauman, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 197.

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>32</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 modernizar la visión del derecho penal, a fin de dar cabida y solución a las consecuencias derivadas de la sociedad postindustrial, a fin de que todos los esfuerzos jurídicos, normativos, políticos, sociales, económicos, etcétera, estén encaminados a reforzar la tutela penal de los intereses colectivos, a fin de que se logre dotar de un libre desarrollo al individuo inserto en dicha sociedad. Debe responder, como sostiene De Biorgi, a un derecho distinto a aquel que hasta antes del siglo XIX se constituía como un ente estabilizador del futuro, pero, “ahora, en la sociedad del riesgo, el derecho penal, en un nuevo rol, interviene como función preventiva de un riesgo que se percibe como inmanente a aquellas referencias externas que el derecho penal de la acción había cancelado mediante la reducción de la comunicación social al evento que se llama acción”.<sup>33</sup> Ya no hablamos de la acción por sí misma, sino de la necesidad de prever los

---

<sup>32</sup> Alcácer Guirao, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. LVI, enero-diciembre de 2001, pp. 150 y 151. Cfr. Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, 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”.

<sup>33</sup> De Giorgi, Raffaele, *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*, México, Fontamara, 2015, pp. 85 y 86.

riesgos generados con nuestro actuar, lo que sin duda pareciera demasiada exigencia para los individuos que viven en un infortunio dentro de una modernidad cada vez más convulsionada, pero ante la cual se requieren acciones solidarias con el otro y con el colectivo mismo, acciones que ante todo protejan los bienes jurídicos que resultan relevantes para el ser humano, como son la salud y la salvaguarda de un medio ambiente sano.

Estas realidades globalizadas demandan del derecho penal mexicano una retrospección hacia los preceptos legales rectores del mismo, como la dogmática que se ha venido utilizando para analizar conductas individuales, y adecuar su sistema jurídico-dogmático a la actual realidad: la necesidad de identificar las conductas que, desplegadas en la actual sociedad del riesgo, socavan derechos fundamentales básicos para el diario vivir. 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 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>34</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, pues hablamos de la rama del derecho más extrema, cuya sanción es precisamente la restricción de la libertad mediante la imposición de la pena, entendiendo que es la retribución por los riesgos en que se expone a la colectividad; así, “las modernas sociedades, inspiradas en principios democráticos y en las reglas de Estado de Derecho, deben desarrollar programas de reacción frente al delito que mantengan lo mejor posible el difícil equilibrio entre libertad y segu-

---

<sup>34</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 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.

ridad, consiguiendo al mismo tiempo unos niveles de eficacia aceptables en la reducción o contención del problema de la criminalidad”,<sup>35</sup> frente a los cuales existe también la innegable realidad de los nuevos riesgos que enfrenta nuestra sociedad, y para los cuales no existen baremos dogmático-penales adecuados para determinar, principalmente, las responsabilidades de los individuos que despliegan su conducta dentro de un colectivo, cuyo enramado organizacional hace que se diluyan conductas delictivas al enfrentarse a análisis dogmáticos de causalidad, de error de tipo y de prohibición, de falta de elemento cognitivo o volitivo 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 del derecho penal.

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

En la actual sociedad del riesgo, con mayor frecuencia dependemos de conductas de terceros, que ponen en peligro e incertidumbre el actuar cotidiano de todos los ciudadanos, ya no sólo de manera individual, sino de manera colectiva, poniendo en riesgo bienes jurídicos colectivos, de los cuales nadie puede ser excluido de su uso o disfrute, tales como medio ambiente sano, la salud, entre otros; bienes jurídicos que son indivisibles, por lo que de manera real y jurídica pertenecen a cada uno de los individuos que conforman el colectivo, ante lo cual 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>36</sup>

---

<sup>35</sup> Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 162.

<sup>36</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”, *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Externado de Colombia, 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

De ahí la imperiosa necesidad de generar mayores límites a las conductas supraindividuales y solidarizarnos con los riesgos<sup>37</sup> colectivos y los derechos de las generaciones futuras, pues sólo en la medida en que exista un sistema normativo que regule la responsabilidad colectiva se fortalecerá la prevención de crímenes con impacto hacia el futuro, ya que la tendencia en la posmodernidad que vivimos es a “perder mucha seguridad a cambio de eliminar más y más restricciones al ejercicio de la libre elección (lo que) genera sentimientos difundidos de miedo y ansiedad”.<sup>38</sup>

En este sentido, el nuevo derecho penal habrá de 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 presentan una variante significativa, ya que dicha conducta concatenada a la de terceros recobra un contenido comunicativamente relevante para los costes que soporta la sociedad,

---

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>37</sup> El riesgo, en una sociedad como en la que vivimos, hay que entenderlo 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, 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-agradecimiento-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”.

<sup>38</sup> Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, 2a. ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 151 y 152.

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, que 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 entramado 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 que demande mayores niveles de responsabilidad a conductas indiferentes hacia los riesgos latentes que enfrenta la sociedad día a día, conductas que están interrelacionadas con las conductas y necesidades de terceros, llámese vestir, asearse, consumir alimentos, salvaguardar nuestra salud, vivir en un medio ambiente sano, comercializar productos, manejar productos peligrosos, etcétera.<sup>39</sup>

---

<sup>39</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, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>, en consistencia con lo aquí planteado, 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 acompa-

El actuar indiferente 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 al formar 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 una actuación en beneficio de la víctima”,<sup>40</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. Momentos que demandan acciones concretas que despierten conciencias, pues como sostiene Bauman:

La cuestión radica en encontrar el modo de preceder y anticipar su advenimiento con un despertar de la conciencia. Es cierto que no se trata de una tarea fácil: para llevarla a cabo será necesario lograr, nada más y nada menos, que el universo de las obligaciones morales abarque a la humanidad entera, sin dejar de lado su dignidad y su bienestar, así como la supervivencia del planeta, su hogar compartido.<sup>41</sup>

Cada persona es sujeto de derecho, y debe entender que sólo en la medida en que se responsabilice por sus conductas y por 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 en un análisis exhaustivo de la evolución histórica de la pena, resulta relevante detener un poco el análisis en este punto, a fin de contex-

---

sar 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”.

<sup>40</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *Comportamiento de terceros en derecho penal*, México, Ángel Editor, 2002, p. 75.

<sup>41</sup> Bauman, *Daños colaterales...*, cit., p. 113.

tualizar 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 “neorretribucionismo”. 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>42</sup> y Hegel, para quienes

---

<sup>42</sup> Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, disponible en: [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*, Madrid, Cívitas, 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 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 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>43</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

---

<sup>43</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, p. 126, disponible en: [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext).

deber se esclarecerá en lo que sigue como obligación surgida del derecho de la humanidad en nuestra propia persona (*Lex iusti*).

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*).<sup>44</sup>

Por su lado, Jescheck sostiene que la idea de la retribución descansa sobre tres presupuestos inseparables, como son la facultad del Estado para castigar, la existencia de una culpabilidad en concordancia con la gravedad del hecho y la retribución de la pena en aras de la justicia para el autor y la colectividad.<sup>45</sup>

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 responde por el hecho el sujeto que 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, que, dentro de la sociedad del riesgo en que 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 responsabilice, con el fin del otro hombre y la sociedad misma.

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>46</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 delinquentes (prevención especial) o en todos los

---

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Barcelona, Bosch, 1993, p. 58.

<sup>46</sup> Citado por Migliardi, Mario, *op. cit.*, p. 134.

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>47</sup>

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 determina la punibilidad en proporción del valor o relevancia del 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>48</sup>

Cabe aquí cuestionar el efecto 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, caso en el cual 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

---

<sup>47</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. Sostiene 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>48</sup> *Ibidem*, p. 339.

del Estado, de la víctima o del ofendido, 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 como la salud y el medio ambiente sano?, 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>49</sup>

Estas valoraciones de la conducta se deben entender a través de la teoría de los fines de la pena, y a la par, reconocer que, cuando se trata de lesiones a derechos fundamentales, constituidos mayoritariamente en bienes jurídicos de tercera generación (como el derecho al medio ambiente sano), 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, respecto de las teorías absolutas de la pena, sostiene que en ellas

...se desconoce que el 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

---

<sup>49</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.

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>50</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 que 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... 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.<sup>51</sup>

Política criminal que, a decir del propio Roxin, presenta componentes limitadores a la intervención de un Estado de derecho, 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, valoraciones sumamente relevantes para el análisis de las conductas individuales, ante las cuales mayoritariamente se ha venido centrando la dogmática penal. Al respecto, surgen 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; él mismo reconoce 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”.<sup>52</sup>

Así, frente a la relevancia y el impacto colectivo que implica la lesión o daño a los derechos fundamentales como la salud y el medio ambiente sano, cabe retomar el ya cuestionado efecto de la prevención especial, que 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

<sup>50</sup> Citado por Migliardi, Mario, *op. cit.*, p. 134

<sup>51</sup> Claus Roxin, en Díaz-Aranda, E. *et al.*, *Lineamientos prácticos...*, *cit.*, pp. 344-346.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 346.

demostrado que no existe, no funciona, pues 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 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, ante lo 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>53</sup> y ante ellas no ha sido efectiva la 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 o estructura organizacional, conglomerado en donde se difuminan 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. Este efecto intimidatorio del que se ha querido desasociar, ha dado 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 violenta. 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.

---

<sup>53</sup> Montoro Ballesteros, Alberto, “El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, vol. 8, 2007, p. 366, disponible en: [revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0707110365A/20789](http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0707110365A/20789).

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 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 garantizados, de tal manera que frente a un quebrantamiento de los mismos se actuará a fin de restablecer el orden social.

Sin embargo, esta no es la realidad que se vive. Se trata, más bien, de un orden social en donde lo que menos hay son garantías de derecho, un Estado finamente mezclado con la delincuencia, corrupto, deshonesto. Las estructuras de gobierno han sido alcanzadas por la delincuencia, llámese crimen organizado, narcotráfico, tráfico de menores, corrupción, negligencia, indiferencia, ignorancia, por citar algunos, *statu quo* al que la sociedad misma se ha ido acostumbrando tras haberlas tolerado 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 creado para salvaguardar 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 como se 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 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, 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, que “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>54</sup>

---

<sup>54</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 ma-

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; dice 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>55</sup>

Agrega Roxin un punto relevante para el análisis que se hace en el presente trabajo, y que da pauta para adentrarse a la valoración de la verdadera función de la pena frente a la salvaguarda de derechos fundamentales lesionados por acciones colectivas, y sostiene 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>56</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 cua-

---

nifestación (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>55</sup> *Ibidem*, p. 343.

<sup>56</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 accesoriadad 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.

les la accesoriad 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 integral 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 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.<sup>57</sup>

Sin embargo, actualmente las acciones desplegadas por el ser humano ya no sólo son las tradicionales, sino las desplegadas en la complejidad de la sociedad posmoderna, en donde la justicia entendida en el plano solamente individual va demandando mayores alcances, pues, como comenta Buaman al referirse a los “cuerpos humanos corrientes” de Timothy W. Luke:

Esta situación cambió radicalmente con el progreso de medios que permiten extender el conflicto, la solidaridad, el combate y la administración de justicia lejos del alcance del ojo y el brazo humanos. El espacio se “procesó/centró/organizó/normalizó” y, sobre todo, se emancipó de las restricciones naturales del cuerpo humano. A partir de entonces, el “espacio” es “organizado” por la capacidad de los factores técnicos, la velocidad de su acción y el coste de su uso.<sup>58</sup>

Así, constituidos en una sociedad del riesgo y frente a la necesidad de proteger derechos básicos como la salud y el medio ambiente sano, 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 un actuar individual 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 económica para reparar el daño de un delito al medio ambiente?

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 356 y 357.

<sup>58</sup> Bauman, *La globalización...*, *cit.*, p. 26.

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 dolo directo hacia la creación del 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, más allá de su propio deber de cuidado y en aras del principio de solidaridad?, ¿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 interrogantes expuestos, nos decantamos 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 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 consagrados 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, ya que 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 del resultado será

quien deberá restablecer los 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 de 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 frente a la innegable realidad que circunda la problemática penitenciaria en México; es de afirmarse que lamentablemente cualquier fin de la pena deja de tener sentido frente a un sistema penitenciario tan corrupto como el mexicano.

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 a bienes jurídicos propios y de terceros. Es con base en lo que resulta relevante para la sociedad como 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 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 la 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>59</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, 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, que tendría que ser reformado cada día, por la propia 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... subrayar el presente con un vocablo nuevo supone que se lo percibe como algo radicalmente distinto de lo anterior... 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>60</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.

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 dimanan de la sociedad del riesgo. El primero sería el derecho penal clásico, que permanecería anclado en la protección del

<sup>59</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *La imputación normativa...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>60</sup> Ignacio Sotelo, citado por García Martín, Luis, “¿Qué es la modernización del derecho penal?”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, 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”.

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>61</sup>

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>62</sup>

Pese a las posturas y críticas en torno a la expansión del derecho penal, aquí se sostiene que la actualidad demanda 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), 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, riesgos que 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.

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

<sup>61</sup> Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

<sup>62</sup> García Martín, Luis, *op. cit.*, p. 177.

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>63</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>64</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>65</sup> En concordancia a ello, Baumann (citado por García Martín) sostiene:

No será una tarea fácil la de penalizar finalmente en el ámbito del derecho penal conductas 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>66</sup>

---

<sup>63</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, disponible en: [criminet.ugr.es/recepc/recepc\\_04-14.dpf](http://criminet.ugr.es/recepc/recepc_04-14.dpf).

<sup>64</sup> Beck, U., *La sociedad...*, cit., p. 109.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>66</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

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 bienes jurídicos relevantes para su desarrollo, como lo son la salud y el medio ambiente sano.

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

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 por conductas amparadas bajo cualquiera de estos supuestos, por lo que el riesgo no permitido pareciera tornarse en permitido.

---

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 *immunizadas* contra las siempre posibles contra argumentaciones”.

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 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. Lo que deja de lado incluso la responsabilidad correspondiente al deber de cuidado.

#### 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 de que su psique no hubiera determinado dicho actuar.

Al respecto, 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, el 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, y por tanto fuera de los márgenes de evitabilidad.

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, 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* sostiene en sus manos una pieza de arte de gran valor, a fin de trasladarla de una vitrina a otra, dentro del mismo 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 y se rompa al contacto con el suelo; este resultado, si bien emana de una conducta riesgosa, por lo que presupone el traslado 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*. Esto, por cuanto hace a la responsabilidad penal.

Los ejemplos antes narrados llevan a concluir que en el caso del epiléptico, del que fue sometido a la fuerza de la multitud y del sujeto que experimentó la serie de fuertes estornudos, se está ante conductas riesgosas 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

Tomando en cuenta que la omisión impropia o comisión por omisión refiere al sujeto activo que ha dejado de hacer aquello que tenía obligación de

hacer, resulta necesario que su conducta se concrete en 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 de otra manera o de abstenerse y el resultado típico material. Lo que se refleja en el siguiente razonamiento de la Corte:<sup>67</sup>

LESIONES CAUSADAS A LA VÍCTIMA POR UNA DESCARGA ELÉCTRICA MIENTRAS SE ENCONTRABA DENTRO DEL JACUZZI DEL ÁREA COMÚN DE UN CONDOMINIO. LA OMISIÓN DEL ADMINISTRADOR Y DEL JEFE DE MANTENIMIENTO DE DICHO INMUEBLE EN EL DEBER DE CUIDADO QUE LES ERA EXIGIBLE Y QUE A LA POSTRE ORIGINÓ AQUÉLLAS EN EL PASIVO, LES ES ATRIBUIBLE A TÍTULO DE CULPA, DERIVADO DE SU CALIDAD DE GARANTES, Y CONSISTE EN NO HABER ACATADO LA DISPOSICIÓN LEGAL DE UNA NORMA EN ESPECÍFICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUINTANA ROO). De la interpretación del artículo 12 del Código Penal para el Estado de Quintana Roo (vigente hasta el 22 de junio de 2016), se advierte que en el delito de comisión por omisión, su resultado deriva de dejar de realizar la conducta ordenada por la norma, esto es, el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero infringe la norma por inobservancia del cuidado debido. Ahora bien, tratándose del administrador de un condominio, el deber de cuidado de la disposición normativa nace de lo previsto en los artículos 26, fracción I y 36, fracciones II y IV, de la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles de dicha entidad federativa, los cuales prevén que éste deberá, entre otras actividades, cuidar, vigilar y mantener en buen estado los bienes de uso común del condominio, instalaciones, los servicios comunes y realizar todos los actos de administración y conservación que el condominio requiera en sus áreas comunes, así como contratar el suministro de la energía eléctrica y otros bienes y servicios necesarios para las instalaciones y áreas comunes. Cabe señalar que si bien la ley hace referencia al administrador, lo cierto es que también se encuentra inmerso el jefe de mantenimiento, por ser la persona que se encarga precisamente de dar mantenimiento a las áreas del condominio. Luego, si los sujetos pasivos recibieron una descarga eléctrica mientras se encontraban dentro del jacuzzi del área común del condominio, la cual les provocó diversas lesiones; este hecho es imputable penalmente a los que tenían el deber de cuidado que les era exigible derivado de su calidad de garantes derivado de la ley —administrador y jefe de mantenimiento—, y consiste en no haber acatado la disposición legal de una norma en específico (Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles), pues no previeron lo previsible, como es que en caso de no dar mantenimiento a las áreas eléctricas que se encuentran al aire libre a un costado del mar y tienen contacto con el agua —alberca y jacuzzi—, puede llegar a ocasionar una descarga eléctrica a una persona.

<sup>67</sup> SCJN, Tesis aislada, registro: 2014900, agosto de 2017, p. 2916.

Así, la comisión por omisión se centra en la producción de un resultado material y la delimitación de la responsabilidad por su “propio deber de cuidado”; esto es, el rol que cada individuo desempeña en una estructura organizacional, lo que propicia choques argumentativos con el principio de confianza y división de trabajo que sustentan la teoría de la imputación objetiva, atento a los cuales cada aporte es responsable de su propio actuar, sin que dicha responsabilidad se extienda al resto de los intervinientes de la cadena productiva. Estas situaciones en la práctica nos llevan al deber de valorar el peso real de los elementos volitivo y cognitivo como integrantes de la parte subjetiva del tipo (sea en su forma dolosa o culposa) en aras de atender los principio de evitabilidad y solidaridad, con base en los cuales habrá de ir más allá de nuestro propio rol, más allá de “lo que nos toca hacer”.

Otro aspecto preocupante es la dificultad de demostrar (dogmáticamente hablando) la existencia de un delito de peligro abstracto derivado de una omisión impropia, precisamente porque no se está frente a un resultado material respecto del cual se pueda responsabilizar a la conducta omisa, a pesar de que dicho peligro sí es relevante para el derecho penal. De ahí que la problemática de las conductas peligrosas que lesionan bienes jurídicos supraindividuales a la luz de una falta de deber de cuidado de parte del sujeto activo, así como de la falta de sujeción a la norma, no respondan penalmente por los riesgos que generaron, pues los resultados parecen difuminarse ante la imposibilidad de medir el daño causado y concretar el nexo de evitabilidad.

Ante lo cual cabe preguntarse: ¿bastará acreditar un deber de cuidado para justificar la no responsabilidad por el hecho típico?, ¿cómo graduar el reproche de un “cuidado debido” si a pesar de éste no se ha hecho lo necesario por evitar el hecho? Esto es, ¿qué pasa cuando no basta con hacer lo mínimo, con hacer lo que me “corresponde hacer”?, si lo relevante es que, aun cuando se prevé un riesgo generado por otras conductas, no se hace lo que se está al alcance para evitar el resultado lesivo.

Esta dificultad se presenta en conductas que legalmente pueden justificar haber cumplido con su deber de cuidado, conductas que, en lugar de haber interrumpido el curso causal del colectivo, se determinaron por su aporte individual con contenido relevante hacia el hecho típico, sin que sean penalmente responsables bajo un injusto individual, pues habrán argumentado que sí cumplieron su deber de cuidado, y que fueron los “otros” los que lo “hicieron mal”.

#### 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 activo 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 activo confía en que su conducta no desencadene el resultado que él mismo ha identificado como probable, mientras que la parte cognitiva del dolo es coincidente, ya que en ambos casos el sujeto activo prevé como posible el resultado de lesión o peligro.

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 en la culpa con representación la sanción es disminuida, o incluso puede quedar exenta de sanción cuando se trata de tipos penales que no estén insertos en el *numerus clausus*. En consecuencia, si esa indiferencia, negligencia, apatía, descuido, etcétera, se llega a demostrar 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 414, primer párrafo, y tercero, en su hipótesis de resultado; 415, fracciones I y II y último párrafo, en su hipótesis de resultado; 420, fracciones I, II, III y V, y 420 bis, fracciones I, II y IV), tercero, cuarto y quinto del título vigésimo quinto del CPE, que al no estar insertos en el artículo 60 del citado ordenamiento (que 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 en los delitos supraindividuales, cuyos efectos no necesariamente deben verse en el presente, sino en torno a los daños cumulativos que generan hacia el futuro.

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 como 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*)

Sabemos que el error de tipo se analiza sólo en los elementos objetivos del mismo, ya que sería ocioso 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 hubiera desplegado una conducta típicamente dolosa y 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 de 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 el tipo penal esté inserto en el *numerus clausus*.

Así, pareciera que las conductas que en realidad se desplegaron fuera de los riesgos permitidos se tornan en 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 de 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 en sentido estricto contraria a derecho.

Como ejemplo tenemos el tipo penal consagrado en los artículos 226 y 227 del CPF, 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 situación impera en todos aquellos tipos penales que refieren a un sujeto activo cualificado, y respecto de los cuales el *extraneus* se torna en un sujeto no comprendido por el tipo penal, como lo serían otros tantos delitos consagrados a servidores públicos, como el ejercicio ilícito de sus funciones, abuso de autoridad, concusión, intimidación, entre otros, lo haga de manera directa o por interpósita persona, específicamente cuando se habla de delitos cualificados propios, respecto de los cuales hay un problema de imputación de responsabilidad para la conducta del sujeto no cualificado, quien sólo responderá como partícipe del delito especial,<sup>68</sup> claro está, siempre que en el centro de la autoría exista un autor que haya desplegado una conducta típicamente dolosa y antijurídica (conforme la teoría de la accesoriedad limitada). O bien al *extraneus* del delito cualificado propio se le sancionará, en el mejor de los casos, por la comisión de un delito común para sancionar dicha conducta, si lo hubiere.

La complejidad de responsabilidad penal se recrudece cuando la “otra persona” que actúa a la orden del servidor público no cumple la calidad de instrumento dentro de una autoría mediata y no se cuenta con un autor cualificado a quién responsabilizar como autor directo. Esto es, cuando falta la calidad específica del autor mediato, como resultaría en el tipo de peligro de contagio consagrado en el artículo 199-bis del CPF, que 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, omitiendo información relevante, a fin de hacerle ver que los resultados no arrojan datos de contagio alguno, mentira que lleva a cabo

---

<sup>68</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 2016, p. 194. Agrega el autor que si el autor es el *intraeus*, el delito cometido será el especial (malversación), y, en virtud del principio de unidad del título de imputación, el particular responde como partícipe en el delito especial, aunque no tenga las cualidades exigidas en el mismo. Por el contrario, si el verdadero autor es el *extraneus*, el delito cometido será uno común (apropiación, hurto, etcétera) y los partícipes responderán por el delito común, cualquiera que sea su consideración personal. Tan sólo en los casos de coautoría entre *intraeus* y un *extraneus* cabe la posibilidad de que cada uno responda por separado del delito del que cada cual es autor.

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 peligro de 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 *praxis* médica?, ¿de incumplimiento de un deber? Y ¿qué hacer cuando no hay un resultado material que imputar a la omisión del debido cuidado?, pues en estos casos no se sanciona el riesgo generado con la conducta, sino sólo se sanciona con base en el resultado material generado con la conducta omisa, lo que guarda un especial problema para los delitos de peligro, en los que debería bastar el riesgo creado al bien jurídico para que reaccione el derecho penal.

Esta problemática no sólo se presenta en la imputación individual, sino que es una realidad latente en la responsabilidad colectiva, y más acentuada aun, 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

Tomando 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 a dicha conducta no le ampara 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 los permisos que otorga la norma, entenderemos que la 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 derivado de 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>69</sup>

---

<sup>69</sup> Molina Fernández, Fernando, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, 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 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»”.

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 en 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>70</sup>

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. Y hechas ambas valoraciones se llevará a cabo el juicio de peligro. En términos ma-

---

<sup>70</sup> Cerezo Mir, José, “La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español”, *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 fundador, ahora co-fundador, 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*, Santiago, vol. 14, núm. 2 y 3, mayo-diciembre de 1987, pp. 331-333, quien refiere que “el disvalor de acto, esto es, «la inobservancia de los valores 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”.

yoritarios, 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, Jakobs sostiene que

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 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*.<sup>71</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,

---

<sup>71</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*, Bogotá, 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”.

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 propia estructura organizacional; es decir, al colectivo, pues todos participan hacia 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 de la organización configurarán un solo 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; así, queda 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 a nivel de injusto en forma relevante para el derecho penal, 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>72</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,

---

<sup>72</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.

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>73</sup>

---

<sup>73</sup> Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría a la imputación en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 180-182. Cfr. Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 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,

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>74</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

- 
- 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”.

<sup>74</sup> Ambos, Kai, “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, *Revista de Ciencias Penales*, San José, 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”.

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

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>75</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.

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 de 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

<sup>75</sup> Burgueño Duarte, L., “Injusto colectivo...”, *cit.*, p. 120.

tutela de su propio bien jurídico. Frente a ello, la sociedad tolerará esa 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 de qué tan cerca se encuentra la misma del desencadenamiento del resultado, es que se estará hablando de un mayor o menor riesgo de esa 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 la dirección (que deberá 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 otorgan al desistimiento efectivo, si bien no deja de ser riesgosa, ha sido beneficiada con cierta tolerancia de parte de la sociedad, ya que merecerá una sanción menor que aquella que correspondería si se estuviera frente a una tentativa acabada.

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, que 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 su consumación (para el caso de aquellos delitos en los que la conducta típica se encuentra separada espacio-temporalmente del resultado; por ejemplo, los delitos de mera actividad o de peligro), de ahí que los delitos instantáneos no presenten esta fase de arrepentimiento, ya que su consumación se da en el mismo acto de la ejecución de la conducta, sin que haya tiempo para retrotraer los efectos de ésta.

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, ya que el nivel de reproche de su conducta se verá atenuado; por tanto, se reflejará 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

La excusa absolutoria es entendida como una anuencia que concede el legislador al sujeto que se encuentra en situaciones que quedan fuera de la tutela penal en atención a principios de política criminal, tales como 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, o el farmacodependiente que es encontrado en posesión de una sustancia prohibida por la norma, pero en cantidad que dado su estado de farmacodependencia se considera como de uso personal, situación ante la cual no estaremos frente a un delito, sino ante un problema de salud, que deberá ser atendido en los centros de salud correspondientes.

Esas 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 los 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, sino 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>76</sup>

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 concreta un daño al mismo. Por ello, diversos autores conciben a los delitos de peligro como un 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, que en definitiva *soportarán* dichos riesgos, los cuales, al paso del tiempo sólo serán recordados por unos cuantos, al parecer los más débiles; esto es, a los que les afecta más concretamente el daño, pues el resto de la sociedad lo habrá “olvidado”. Y si vivimos en una modernidad en la que “la memoria se convierte en una herramienta de los pequeños y los débiles, mientras que el olvido sirve a los intereses de los grandes y poderosos... la memoria se manifiesta como una imaginación moral alternativa en oposición a la lógica del poder”.<sup>77</sup>

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>78</sup> Similar postura sostiene Cerezo Mir, para quien

---

<sup>76</sup> Cerezo Mir, José, “Los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal 2001-2*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 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 mediante un juicio de valor, en estrecha relación con la concepción de lo injusto que inspire el Código y consideraciones político-criminales.

<sup>77</sup> Bauman, Zygmunt y Donskis, Leonidas, *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida*, México, Paidós, 2015, p. 169.

<sup>78</sup> Rodríguez Montañez, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Gráficas Arias Montano, Centro de Estudios Judiciales, 1994, p. 14.

...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>79</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.

Por su parte, Feijóo considera que tratándose de 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>80</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>81</sup>

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

<sup>79</sup> Cerezo Mir, J., *Los delitos...*, cit., p. 719.

<sup>80</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, *Revista de Ajuris*, Brasil, 2000, p. 300.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 303 y 304.

- 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, lo que permite establecer el grado de peligro generado por la conducta para valorar el grado de conocimiento o de cognoscibilidad de las circunstancias por parte del autor.

Para ello se debe partir del hecho de 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, respondiendo “qué fue lo que sucedió”.

Por otro lado, 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 sustrato material del bien jurídico; pero ello no cambia en nada el concepto de lesividad respecto de los delitos contra bienes jurídicos individuales, que se fundamentan en la lesión del bien jurídico,<sup>82</sup> sino que resulta de gran relevancia la parte normativa del tipo, pues muchos de estos delitos “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”,<sup>83</sup> elemento normativo que resulta central en la valoración del injusto, cuyo resultado de peligro, en el nivel de estudio que nos ocupa, repercute en todo el 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.

---

<sup>82</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penal supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 223.

<sup>83</sup> *Idem*.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### PRECISIONES VALORATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

#### I. RESPONSABILIDAD PENAL DENTRO DE UNA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

Ya se han expuesto las consideraciones respecto del elemento volitivo del dolo como parte toral o central para la integración de éste, tema que, ante el análisis dogmático del delito, enfrenta dificultades, 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>84</sup> conocimiento que incide directamente en la determinación de la conducta del sujeto, que, en definitiva, es la que despliega un resultado de lesión o de peligro, que es con base en el cual 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>85</sup> conocimiento que resulta altamente relevante cuando se trata de analizar conductas que se despliegan dentro de una estructura organizacional.

En este tenor, el presente texto se centra en las conductas desplegadas por los individuos que conforman una estructura organizacional, entendida

---

<sup>84</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 7o. 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 Hassemer, «no se puede concebir una voluntad vacía de contenido»”, p. 708.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 709.

ésta como toda organización en donde hay división de trabajo y cada individuo tiene una responsabilidad respecto del rol que se le ha encomendado, abarcando todas las esferas jerárquicas, independientemente del tamaño, complejidad o forma societaria de la organización. Siendo medular valorar el mayor o menor grado de conocimiento (o factibilidad de conocer) con que se han desplegado las conductas que se determine han sido abarcadas por la responsabilidad penal por organización.

Lo anterior va más allá del “deber de cuidado”, atento al cual el sujeto es penalmente responsable sólo del deber derivado de un contrato, de una ley o de un actuar precedente lícitos, y sólo en la medida de su propio rol, sin que exista la posibilidad de imputarle los alcances que demanda la solidaridad y la previsibilidad de las conductas que se despliegan dentro de una estructura organizacional, en donde más allá del injusto individual se habla de un injusto colectivo, atento al cual la suma de los aportes con comunicabilidad social sí son penalmente relevantes. Esto es, el deber de cuidado no se agota en “mi sólo actuar”, sino que abarca la comunicabilidad de éste con el resto de los aportes, y no opera cuando se trata de la obediencia de conductas antijurídicas, frente a lo cual se valorará cómo la concatenación de los aportes individuales generan un resultado común, que si bien no reúne los elementos establecidos por las figuras de autoría directa, coautoría o autoría mediata que reconoce la actual dogmática penal, sus aportes objetivos con carga cognitiva han generado un resultado, independientemente de la dirección de la voluntad de cada uno de los sujetos, aporte comunicativo que en definitiva transgrede la esfera de derechos de terceros.

Esto resalta la valoración normativa de las conductas en el derecho penal, destacándose la relevancia del elemento cognitivo, que 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 norma, 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>86</sup>

Por lo tanto, si se analizan las conductas desplegadas dentro de una estructura organizacional, 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 del injusto colectivo, en donde precisamente el desvalor de acción es el haber actuado u omitido la conducta a valorar, en donde 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, ya que se relaciona con la debida motivación del cumplimiento de la norma,<sup>87</sup> en correspondencia con el principio de confianza, que permitirá participar de un mismo injusto, y dejar 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 provee la dogmática penal actual para la responsabilidad individual, a saber: la coautoría, la autoría mediata, delitos cualificados propios y la participación, entre otras tantas conductas

---

<sup>86</sup> Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., p. 39.

<sup>87</sup> Horn, citado por Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., p. 72, sostiene: “Desde el punto de vista psicológico, 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». Agrega 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 estereotípadamente es conforme al derecho mediante el conocimiento de la conformidad al derecho”.

que, aun cuando llevan 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.

Las complejas y numerosas aportaciones desplegadas dentro de una estructura organizacional 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), así como la problemática que 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 irresponsable e indiferente en su actuar; riesgos y lesiones que viene soporlando la sociedad, el medio ambiente, e incluso las futuras generaciones.

En este tenor, tenemos el actual problema suscitado en Mexicali, Baja California, sobre el refresco conocido como “Manzanita”, en el que se identificaron, de manera aleatoria, botellas que estaban a la venta y contenían la sustancia identificada como “metanfetamina”. La pregunta central de la investigación fue ¿quién colocó la metanfetamina en esas botellas? Respuesta que en términos de las formas actuales de autoría se centraría en autoría directa, coautoría, autoría mediata, o, en su caso, autoría indeterminada, todas ellas centradas en un nexo de causalidad y un injusto individual, en donde el desvalor de acción (encaminado al ¿qué quiso el sujeto?) dejará fuera muchas conducta que se pudieron haber desplegado en la estructura organizacional sin carga volitiva que lleve al menos a un dolo eventual o a una culpa con representación. Ante lo que surge otra pregunta: ¿qué hacer con conductas cargadas de conocimiento o factibilidad de conocer que con su aporte, por mínimo que sea, contribuyeron a la puesta a la venta de las botellas con refresco contaminado de metanfetamina? ¿No tienen responsabilidad penal sólo porque la responsabilidad individual presenta lagunas en el tema, y porque la figura de la participación también requiere en el centro un autor del delito (sea autor directo, coautor o autor mediato)? Ante situaciones como ésta, en donde hay una organización conformada por personas con división de trabajo y una responsabilidad específica atento al rol encomendado es que surge el planteamiento de la responsabilidad penal

colectiva, a fin de identificar la responsabilidad de todo aquel sujeto que, independientemente de la jerarquía y la complejidad o forma societaria de la organización, haya contribuido a la generación del riesgo o lesión a bienes jurídicos relevantes para el derecho penal, haciendo posible ir más allá del elemento subjetivo de la conducta y del nexo de causalidad individual, a fin de generar mayores niveles de responsabilidad a las conductas que se despliegan en estas estructuras.

### 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. Y se han dejado de percibir los grandes riesgos que la sociedad enfrenta ante la gran cantidad de conductas desplegadas de manera negligente o culposa, a pesar de existir altas estadísticas de delitos cometidos bajo la forma culposa.

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, que hacen 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 esta 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 glossadores 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>88</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 Código de 1822. 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>89</sup>

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 CPF 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.

<sup>88</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del delito*, México, Iure, 2003, p. 415.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 416.

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>90</sup> para el cual se “requiere un conocimiento de saber o tener como posible la realización del tipo penal”,<sup>91</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>92</sup>

Del citado artículo 9o. del CPF 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 el nivel de previsibilidad, 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, que si bien ha tenido la oportunidad de prever, confía, por su experiencia personal, en que no se producirá, por lo que resulta de suma importancia dejar totalmente a un lado la posibilidad de incurrir en un dolo eventual, pues existe una línea muy delgada entre ambos; sin embargo, el elemento subjetivo del injusto será el factor que permita contar con esa diferenciación, ya que en los delitos culposos se atenderá, como elemento subjetivo del injusto, a la propia imprudencia que le generó la 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; mientras que “la causación del resultado más imprudencia no es en todo caso también causación imprudente del resultado”.<sup>93</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.

<sup>90</sup> Schünemann, Bernd, citado por Quintino Zepeda, R., *Diccionario de...*, cit., p. 234.

<sup>91</sup> *Idem*.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 461.

<sup>93</sup> Jakobs, G., *Moderna dogmática...*, cit., p. 329.

Actualmente, el deber de cuidado es analizado por la teoría de la imputación objetiva, 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 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; no podemos pretender que el subjetivo 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.

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 en 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. Existen una gran cantidad de actividades (lícitas) que desarrolla el individuo como profesionista, empleado, ciudadano, empresario; en fin, en donde los aportes dependen de la capacidad y conocimientos personales, así como del 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 una organización lo constituye el conocimiento de cada uno de sus intervinientes, y que basta 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 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 relativo a conformarse con el resultado, por lo que será sancionado bajo las penas impuestas para los delitos dolosos, ya que la punibilidad establecida en el CPF 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, que en principio es más benéfica; además, hay otro supuesto: la no imposición de sanción alguna, en caso de 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 CPF). 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>94</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, lo cual resalta con la importancia que merece la prevención general en el derecho penal, en donde la prevención general, en términos de los aportes cuantitativos de los intervinientes en una organización, estriba en la responsabilidad asumida en el fuero personal, respecto de todas las aportaciones individuales hechas dentro de dicha organización, así como en la creación de conciencia sobre la trascendencia de dichos aportes, que por mínimos que sean generan un aporte comunicativo, ya que, 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 actuar u omitir; como sostiene Mir Puig, “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>95</sup> De esta postura se extrae una concepción objetiva del injusto, 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 esa 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,

<sup>94</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2003, t. I, p. 222.

<sup>95</sup> Mir Puig, citado por Márquez Piñeiro, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, México, UNAM, 2003, p. 168.

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.

Lo anterior, en consistencia con la relevancia que guarda el 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.<sup>96</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>97</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 grave o más leve de la culpabilidad del sujeto,<sup>98</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

<sup>96</sup> Gallas, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, 1959, pp. 42 y 43.

<sup>97</sup> Quintino Zepeda, R., *Diccionario de...*, cit., p. 236.

<sup>98</sup> *Idem*.

efectivamente verificado (perspectiva *ex post*) sólo servirá para determinar si estamos ante un delito consumado o uno tentado.<sup>99</sup>

Para este autor, “es preferible sustentar el dolo en los elementos cognitivos del autor y menos en la parte subjetiva”,<sup>100</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 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:

<sup>99</sup> Díaz Aranda, E., *Proceso penal...*, cit., p. 716.

<sup>100</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.

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. Formulado 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, sí, 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>101</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 da al conocimiento este reconocido dogmático alemán, 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

---

<sup>101</sup> Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., pp. 68 y 69.

factibilidad de conocer) de los elementos objetivos del tipo,<sup>102</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.

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*. Al efecto, proponemos un análisis distinto, 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>103</sup> pero, con las actuales herramientas que brinda la dogmática penal, gran cantidad de conductas se difuminan en el enramado 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, que repercuten en la sociedad en su conjunto, 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 vamos asumiendo día con 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. Por lo que, como sociedad, debemos exigir el compromiso de estos actores, bajo la pena de que la norma escrita siga perdiendo su vigencia ante la ya preocupante impunidad en que se vive.

---

<sup>102</sup> 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”.

<sup>103</sup> 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. ¿“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 CPF 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 de 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, tras la muerte de Hitler (como jefe supremo del mando) 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. De ahí que, respecto de los crímenes concretos, el Tribunal Internacional Militar 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>104</sup>

Una orden es, en todo caso, reconocida como antijurídica (según el baremo del observador razonable promedio) cuando es manifiestamente ilegal (antijurídica), en este caso existe una “presunción a favor de la posi-

---

<sup>104</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*, Bogotá, vol. XXI, núm. 67, Externado de Colombia, septiembre-diciembre de 1999, p. 18.

bilidad de evitar el error de prohibición”.<sup>105</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, con base en 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 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>106</sup>

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.

---

<sup>105</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, núm. 6, enero-marzo de 2004, p. 25.

<sup>106</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”, *cf.* Frisch, W. en su publicación “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, 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— desaprueba. En este contexto, resulta indiferente la cuestión de si el riesgo desaprobado es tan sólo un aspecto de la imputación del resultado, o si más bien constituye el auténtico núcleo del injusto de la acción”.

Eso es igualmente correcto en tanto que, la accesoriidad 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>107</sup>

Si bien se comparten las anteriores posturas, se destaca la trascendencia de la teoría de la accesoriidad limitada, ya que independientemente de que se acepte o no como cierta la falta de reconocimiento de una orden antijurídica, puesto 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 accesoriidad limitada, el partícipe quedaría impune, por no contar con la conducta típicamente dolosa y antijurídica del autor.

Una 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), 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 conducta de un autor que desplegó una conducta típicamente dolosa 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

<sup>107</sup> Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, *cit.*, p. 26.

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>108</sup>

Así, en el ámbito de tutela del derecho penal, se contemplan las causas excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva a favor del subordinado, que a nivel de culpabilidad repercuten directamente en el reproche individual por el hecho. Así, para sostener un error de prohibición de parte del subordinado, se tiene que valorar, en primer lugar, si el 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 norma)”.<sup>109</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 ésta 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 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 en el numeral 66 del CPF, en relación con lo dispuesto en el artículo 15, fracción VIII, inciso b), del CPF, 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 CPF, 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 ele-

---

<sup>108</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”.

<sup>109</sup> Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, *cit.*, p. 28.

mento 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 peligrosa.

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 un tratamiento crítico frente a la autoridad y las órdenes”,<sup>110</sup> motivo por el cual será solamente a partir de entender al ser humano en concreto, y ubicado en su entorno personal, cuando 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 haremos 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 ilustra Sancinetti, el imperativo del concepto mismo de orden no resulta sencillo entenderlo desde el plano personal, pues cada individuo atiende de forma distinta este 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>111</sup>

<sup>110</sup> *Idem.*

<sup>111</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”.

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 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>112</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 incremento de riesgos no permitidos, atendiendo al nivel de conocimiento que se tenga sobre dicha concreción del riesgo; es de resaltar que una orden antijurídica hace antijurídica su obediencia, pues no la ampara el derecho penal como excluyente del delito.

La justificación del *actuar bajo órdenes* ha gestado innumerables reflexiones 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>113</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

<sup>112</sup> Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 236.

<sup>113</sup> Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, cit., p. 13.

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 CPF*

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 de la vida a miles de personas; 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 CPF, 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.

Cabe agregar que en la fracción VI del artículo 15 del CPF 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 solo propósito de perjudicar a otro”; esto es, si la conducta típica se despliega en ejercicio de un derecho y no se acredita que fue con el propósito de perjudicar a otro, estaremos ante una conducta típica no antijurídica (y por tanto no delictiva), y por el contrario, si se acredita que el sujeto actuó con el propósito de perjudicar a otro, sí se estará ante una conducta típica y antijurídica, situación que deja fuera de responsabilidad penal a aquellas conductas indiferentes que, si bien no se representan en la psique del individuo la finalidad de perjudicar a otro, sí se despliega de manera irresponsable, a pesar de lo cual se está justificando por el hecho de no

tener el “propósito de perjudicar a otro”, pese a contar con el conocimiento de que su actuar individual está sobrepasando las barreras del riesgo permitido, con lo cual sin duda se pone en riesgo a todo el colectivo, indiferencia hacia la dañosidad social, que debe preocupar a todos, pero 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 dolo eventual como para la culpa con representación.

En este contexto, resulta válida la toma de conciencia a que llega Luhmann, al manifestar lo preocupante que se ha vuelto el futuro, ya que

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>114</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 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.

### III. 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:

---

<sup>114</sup> Luhmann, Niklas, “¿Qué queda del futuro?”, *Estudios Políticos*, México, 4a. época, núm. 21, mayo-agosto de 1999, p. 13.

- Teorías *objetivo-formales*, para las cuales 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>115</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>116</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>117</sup> causalidad física y causalidad psíquica, que distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha 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>118</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>119</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, 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>120</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>121</sup> ya que el dolo del partícipe es accesorio al dolo del autor.

<sup>115</sup> Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 54.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 61 y 62.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 71 y 72.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 75.

Siendo Hegler, en 1915, quien primero emplea el término “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 lo esencial de la autoría mediata reside en la “supremacía” del sujeto 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 coautoría, 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, al señalar que “autor es quien realiza el hecho con voluntad de dominio del hecho propio... autor mediato es quien se sirve de otra persona que a su vez actúa sin voluntad de dominio del hecho”.<sup>122</sup> Mientras que en 1939, con Welzel, emana el concepto de autoría final, basada en el criterio del dominio del hecho, al sostener que “la autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final”.<sup>123</sup>

En los orígenes dogmáticos y de contenido de la teoría del dominio del hecho, se tiene a Lobe, para quien

...lo esencial para 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.<sup>124</sup>

En este contexto, Lobe habla del *animus domini* como criterio de la autoría.

En el ámbito del actuar final, en los delitos dolosos “autor es sólo el que tiene el dominio final del hecho... señor del hecho y, por tanto, autor es

<sup>122</sup> Roxin, C. *Autoría y dominio del hecho*..., cit., p. 84.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 86.

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”.<sup>125</sup> 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... sólo puede ser coautor aquel que es cosustentador de la resolución del hecho.<sup>126</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... 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”.<sup>127</sup>

Que se revela en la relación entre inducción y autoría. Así, en caso en que un sujeto se aproveche del error de prohibición de otro, no se reconoce autoría mediata, sino sólo en los casos en que el sujeto de atrás suscita intencionadamente el error de prohibición para que se cometa el delito; esto es, domina la voluntad del instrumento que actuó bajo error.

Por su lado, Maurach se sustenta en la teoría final de la acción, para sostener que dominio del hecho es “mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico”.<sup>128</sup> Por cuanto hace a la coautoría intelectual, sostiene que

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 reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos dejan en sus manos el hecho... su teoría se muestra como absolutamente independiente de la teoría del dolo... si bien se basa en el concepto final de

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 88

<sup>126</sup> *Idem*.

<sup>127</sup> *Ibidem*, pp. 89 y 90.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 90.

acción, representa un desarrollo de la idea del dominio del hecho totalmente independiente.<sup>129</sup>

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.. 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.<sup>130</sup>

Richard Lange parte de la teoría subjetiva para conceptualizar la coautoría, “pero matiza que lo decisivo no es ya la cuestión de si el autor ha querido el hecho como propio, sino sólo la de si a éste se le puede imputar en virtud de la aportación al hecho sustentada por su voluntad”;<sup>131</sup> 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 final 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”.<sup>132</sup> Esta postura lo lleva a concluir, en el conocido caso de la bañera, a considerar 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*”.<sup>133</sup> La teoría del dominio del hecho aparece para él sólo como complemento de la teoría objetivo-formal.

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, pp. 91 y 92.

<sup>130</sup> *Ibidem*, pp. 92-95.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pp. 97 y 98.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 100.

Von Weber concibe a la autoría del dominio del hecho como aquella que “reside en el dolo, en la decisión del autor. El autor piensa y actúa como ejecutor, determinando el que tenga lugar o no la comisión y cómo”.<sup>134</sup>

Por otro lado, la relevancia de la postura de Jescheck se centra en la base del concepto de la finalidad, para entender las teorías objetivo-formales, objetivo-materiales y subjetivas; el autor sostiene 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 él autor y el cómplice se distinguen no sólo en el contenido de injusto, sino también en el grado de culpabilidad.<sup>135</sup>

Ya para 1963, Roxin revolucionó el alcance de la autoría mediata, al presentar en la revista *Goldammer'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>136</sup> la cual, aun cuando se presenta ante nuevas realidades, sigue marcando la pauta para las nuevas adecuaciones de la dogmática penal, y de la cual se hacen algunas referencias:

*Especial referencia al dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder*

En 1994, una sentencia de la 5a. Sala penal del Tribunal Federal alemán<sup>137</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 República Democrática Alemana que habían realizado los disparos mortales”,<sup>138</sup> así, este Tribunal 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, median-

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 103 y 104.

<sup>136</sup> Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 29.

<sup>137</sup> Sentencia del BGH, t. 40, p. 218.

<sup>138</sup> Díaz-Aranda, E. *et al.*, *Lineamientos prácticos...*, *cit.*, p. 298.

te 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>139</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 aparatos organizados de poder*”.<sup>140</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 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

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>140</sup> Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 30.

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 hacia 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 jerárquico.

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 el enramado organizacional, y atento a su obligación (contractual) ejecuten sin más las órdenes dadas; así, resulta relevante tener en cuenta el grado de conocimiento que el ejecutor tiene sobre su propio actuar riesgoso, o bien la viabilidad de conocer el riesgo, y en tal medida, ser responsable (en términos de culpabilidad individual) de su aporte lesivo desplegado dentro de la 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 aumentado según se asciende en la escala jerárquica del aparato.<sup>141</sup>

Tomando como sustento la concepción de dominio por organización sostenida por Roxin, existen opiniones de otros estudiosos, que no distan mucho de la propuesta por el referido penalista, pero en las cuales se puede apreciar cómo siguen analizándose ciertas inquietudes, que al parecer 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

<sup>141</sup> Roxin, Claus, *Autoría y dominio...*, cit., p. 274.

trabajo, el injusto 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>142</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>143</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>144</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>145</sup>

---

<sup>142</sup> Herzberg, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 31. Afirma 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>143</sup> Bloy, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 31.. Agrega 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>144</sup> Schmidhäuser, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, pp. 31 y 32.

<sup>145</sup> Bottke, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 31. Sostiene 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 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

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, y señala su coincidencia con Schroeder y con Joecks, y hace 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>146</sup> Estas posturas abandonan la posibilidad de entender estas conductas mediante coautoría o inducción. El autor sostiene su tesis de la autoría mediata basada 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>147</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>148</sup> Afirma 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 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>149</sup>

---

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>146</sup> Díaz-Aranda, E. et al., *Lineamientos prácticos de...*, cit., pp. 300 y 301.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 310 y 311.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 304.

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>150</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 en el caso 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>151</sup>

Existen algunas posturas divergentes al dominio por organización, principalmente por quienes sostienen el principio de responsabilidad, 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, y prefiere 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 dirijentes 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

---

<sup>150</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>151</sup> *Idem*. Se cita en el mismo documento 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*.

entre ellos. Por otra parte, tampoco sería necesaria una intervención en el estadio de ejecución.<sup>152</sup>

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>153</sup>

Bockelmann afirma que concurre autoría accesoria; argumenta que la coautoría queda excluida a falta de una decisión común de realizar el hecho, y que la concurrencia de autoría mediata no puede afirmarse teniendo en cuenta que los ejecutores son plenamente responsables.<sup>154</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, por lo cual queda 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, al señalar 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>155</sup> dada la conciencia común que tienen tanto dirigentes

---

<sup>152</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 automático, sino que se deja corromper por la orden, siendo este acto responsable “lo exactamente opuesto a un funcionamiento automático”.

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>155</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, sostiene que “para la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder se debería exigir una

y ejecutores, Otto, igualmente, asume la postura de coautoría, dado que el ejecutor hace propio el plan delictivo. Finalmente, Bockelmann rechaza la coautoría por falta de acuerdo común, así como la autoría mediata, por ser los ejecutores penalmente responsables, y sostiene la existencia de una autoría accesoria.

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>156</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, 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

---

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”.

<sup>156</sup> Roxin, Claus, “Autoría y dominio...”, *cit.*, p. 282.

conduce a una diferenciación funcional y a una descentralización de los procesos de acción y decisión, a través de 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>157</sup>

En este sentido, solamente en la medida en 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.

#### IV. 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>158</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 causal, sino como una persona en toda su extensión, de quien

---

<sup>157</sup> Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 16. *Cfr.* Feijóo Sánchez, Bernardo, en su publicación “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, núm. 4, julio-septiembre de 2003, p. 142, agrega 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>158</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”.

se analiza su conducta con voluntad final. 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  $\mathcal{R}$ , querrá decir que la acción  $X$  es la causante del resultado  $\mathcal{R}$ , pues alrededor del silogismo se concretan un sinnúmero 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>159</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>160</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>161</sup> Mientras que 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>162</sup>

<sup>159</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 20.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>162</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*, Bogotá, 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

Agrega Jakobs, otro de los principales precursores de esta teoría, que:

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>163</sup>

A fin de comprender la trascendencia dogmática que la teoría de la imputación objetiva presupone para la sociedad del riesgo, en seguida 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 como se podrá calificar su conducta. Es decir, “no bastará con la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico”,<sup>164</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 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

---

algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares”.

<sup>163</sup> Jakobs, Günther, *Problemas capitales del derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 43.

<sup>164</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”.

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 algún 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>165</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 los mismos, 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 interacción”.<sup>166</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>167</sup> es decir, “reconocer a los otros como yo”,<sup>168</sup> como sujetos

---

<sup>165</sup> 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”.

<sup>166</sup> *Idem*.

<sup>167</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>168</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

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. En la medida en 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 mayor y son más necesarias las normas que garantizan ciertas expectativas”;<sup>169</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>170</sup>

---

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”.

<sup>169</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>170</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

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 aun 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 comportamiento antijurídico con indiferencia de que concurra con una conducta defectuosa de otra persona”.<sup>171</sup>

En la responsabilidad por organización debemos prestar atención a las órdenes que se dictan en forma vertical,<sup>172</sup> en donde el superior jerárquico, si bien no será responsable de la propia actuación de su subordinado, sí 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

---

momento subjetivo, pasando por el otorgamiento de relevancia al principio de confianza, a la adecuación social o al pensamiento del dominio”.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>172</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.

de confianza”;<sup>173</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.

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:

Quando 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>174</sup>

Por lo que la confianza no es ciega, sino que debe ser objetiva, y 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 la expuso a comienzos del siglo XX en Alemania Reinhart Frank, entendida como un mecanismo para impedir que la responsabilidad penal se extendiera de manera ilimitada;

---

<sup>173</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, 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”.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 75. Cfr. Stratenwerth, quien en el mismo documento 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.

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>175</sup>

Así, esta prohibición de regreso “se concreta en la prohibición de recurrir, en 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”.<sup>176</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 imputara 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 tratara de un sujeto inimputable (menor de edad, por ejemplo), pues lo importante no son los meros efectos causales, sino identificar quién 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>177</sup> de qué 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 con-

---

<sup>175</sup> Reyes Alvarado, Yesid, “El concepto de imputación objetiva. Derecho penal contemporáneo”, *Revista Internacional*, Bogotá, núm. 1, octubre-diciembre de 2002, pp. 19 y 20, agrega 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”.

<sup>176</sup> Jakobs, G., *La imputación...*, *cit.*, pp. 61-63. Agrega que “la prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que, sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad”.

<sup>177</sup> Quintino Zepeda, R., *Diccionario de...*, *cit.*, p. 317.

ducta con significado (objetivo) típico. Se pasa así de la imputación del resultado a la imputación de la conducta como típica”.<sup>178</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 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>179</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>180</sup>

## V. 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... si queremos analizar primero los elementos objetivos del hecho y

<sup>178</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 21.

<sup>179</sup> Tiedemann, citado por Quintino Zepeda, *Diccionario de...*, *cit.*, pp. 321 y 322.

<sup>180</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 41.

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>181</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>182</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>183</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.

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.

---

<sup>181</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, STRAF, 2008, pp. 636 y 637.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 626.

<sup>183</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.

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>184</sup>

Así, derivado de la evolución de diversas teorías, se llega a la etapa del funcionalismo, que como sostiene Díaz Aranda, contiene dos innovaciones para la teoría del delito: *la teoría de la imputación al tipo objetivo*, a 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>185</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 el 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>186</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 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 vulnerarla.

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>187</sup> con base en lo cual 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 Pro-

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 641.

<sup>185</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, STRAF, 2006, p. 57.

<sup>186</sup> Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 49.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 51.

cedimientos Penales, que sostiene que para la integración del tipo habrán de tomarse en cuenta incluso los elementos normativos, cuando el tipo así lo requiera.

## VI. LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHOS FUNDAMENTALES PARA EL DESARROLLO HUMANO

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, la salud y el medio ambiente sano como unos de 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 del derecho a la salud y el medio ambiente sano como 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 autopoiesis 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>188</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

---

<sup>188</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2006, p. 804.

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, con especial relevancia al derecho a la salud y el medio ambiente sano.

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 ellos, 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, 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 ciudada-

nos 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>189</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.

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 pre-

---

<sup>189</sup> Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 19; cfr. Carbonell, M., *Los derechos...*, *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”.

fiere, 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>190</sup>

En la definición de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli, en tanto derechos subjetivos atribuidos por la norma a todos los individuos, se dota al concepto “todos” 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>191</sup>

<sup>190</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: a) 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.

<sup>191</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

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 carácter individual, como lo son la salud y el medio ambiente sano, que 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 de 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

---

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.

del más débil.<sup>192</sup> Cuatro criterios que hacen válido el definir a la salud y al medio ambiente como derechos fundamentales.

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 ellos 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>193</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 democrático-funcional y la teoría del Estado social, que se resumen en los siguientes términos:

---

<sup>192</sup> *Ibidem*, pp. 371 y 372; agrega que “los cuatro criterios —igualdad, democracia, paz y tutela del más débil— propuestos para identificar en el plano axiológico los derechos fundamentales mercedores 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 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>193</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos...*, cit., p. 13.

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, al señalar en cada caso lo que pueden y lo que no pueden hacer.<sup>194</sup>

Y con base en la concepción que se tenga sobre los derechos fundamentales, se identifican al menos tres teorías; a saber: la teoría institucional, axiológica, democrático-funcional y del Estado social.<sup>195</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 la salud y el medio ambiente sano como derechos sociales fundamentales; defiende la tesis de que deben concebirse como derechos subjetivos, entenderlos en sentido estricto como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”;<sup>196</sup> este carácter subjetivo reclama del Estado la garantía de los mismos hacia todo individuo, lo cual da el carácter de derechos fundamentales sociales, con base en lo cual se conforma el modelo de derecho social, que a juicio de Abramovich algunos de sus postulados son:

- La introducción en el análisis de la acción humana de la dimensión colectiva.

---

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>195</sup> *Ibidem*, pp. 39-42, para la primera en mención, los derechos fundamentales reflejan circunstancias vitales, y al regularlas les confieren relevancia normativa; la teoría axiológica concibe que los derechos reciben su contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad política en la que se quieren aplicar; para la teoría democrático-funcional, lo importante es la función pública y política de los derechos, en donde los derechos fundamentales son concebidos como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado; y la teoría del Estado social asume el desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real, e intenta superarlo incorporando disposiciones constitucionales que no solamente establezcan libertades para los individuos, sino que también señalen prestaciones a cargo del Estado.

<sup>196</sup> Arango Rodolfo, citado por García-Jaramillo, Leonardo, “El concepto de derechos sociales fundamentales”, *Revista Aleph*, núm. 137, año XL, abril-junio de 2005, disponible en: <http://www.revistaaleph.com.co/component/k2/item/57-el-concepto-de-derechos-sociales-fundamentales?tmpl=component&print=1>.

- 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>197</sup>

Estos presupuestos, en términos jurídicos, generan, entre otros, los siguientes efectos: “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”,<sup>198</sup> distribución de costo de los daños que tratándose de derechos como la salud y el medio ambiente sano se vuelven incalculables, al incluir incluso a las generaciones futuras como titulares de esos derechos fundamentales.

## 2. *Exigibilidad de la salud y el medio ambiente sano como derechos fundamentales*

La validez de los derechos no radica solamente en su positación o reconocimiento social, sino en los canales para su exigibilidad; es decir, en la

---

<sup>197</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Crhistian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, pp. 53 y 54.

<sup>198</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”.

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 la 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 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 sano, educación, el sostenimiento del patrimonio cultural de sus pueblos, paz, entre muchos otros.

La corporeidad de los derechos, para Abramovich, radica en la justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones que se derivan del derecho; agrega 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>199</sup>

Esta necesidad de exigibilidad o de justiciabilidad de todos los derechos retoma mayor énfasis cuando hablamos de derechos a la salud y un medio ambiente sano, toda vez que, dada la vulnerabilidad de estos derechos, su exigibilidad es de tal trascendencia para la sociedad, que mientras sólo obren en el papel, y no en el mundo fáctico, la sociedad estará destinada a la extinción. Esto lo empezamos a ver con los elevadísimos índices de contaminación ambiental, los grandes riesgos que hoy en día asume la salud del consumidor al consumir productos alimenticios con contenidos dañinos para el organismo, 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 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 esos 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 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 interpreta-

---

<sup>199</sup> Abramovich, V. y Courtis, C., *op. cit.*, p. 37.

ción 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... 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>200</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”;<sup>201</sup> 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>202</sup>

A su vez, Abramovich sostiene que otro obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos tanto sociales como económicos y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela; para su demostración, basta 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>203</sup> Estas realidades llevan a plantear la necesidad de crear estructuras

---

<sup>200</sup> García-Jaramillo, L., *op. cit.*, p. 25.

<sup>201</sup> Carbonell, M., *Los derechos...*, *cit.*, p. 821.

<sup>202</sup> *Idem.* 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”.

<sup>203</sup> Abramovich, V. y Courtis, C., *op. cit.*, p. 129.

sustantivas y adjetivas tendentes a la tutela de ámbitos colectivos, que cada vez más revisten una realidad relevante para nuestra sociedad, 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, que 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, que resultó 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.

Esta declaración nos lleva a corresponsabilizarnos más allá de los límites 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.

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 en 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>204</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, al sostener 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 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 la colectividad, por lo que estos derechos no se pueden 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>205</sup> lo cual nos lleva a pensar si se tiene o no el deber de garantizar esos derechos incluso a las generaciones futuras, que también son titulares de éstos. No resulta complicado concluir que el medio ambiente, los productos de consumo que son riesgosos para la salud, etcétera, no pertenecen a las generaciones actuales, y, por tanto, no se tiene el derecho a 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

---

<sup>204</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 146.

<sup>205</sup> *Ibidem*, pp. 162 y 163.

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 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.

De ahí que 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.

## VII. RESPONSABILIDAD HORIZONTAL ANTE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

### 1. *Acepción 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 vivir y 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.

En 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, a la luz de lo cual todo ser humano posee responsabilidad 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 intersubjetivamen-

te exploradas, examinadas y validadas en un procedimiento discursivo-argumentativo orientado al consenso.<sup>206</sup>

Por su lado, la ética de Hans Jonas del principio de responsabilidad se centra 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>207</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.

## 2. La responsabilidad moral

Retomando los centrales análisis aristotélicos, actuales ayer y hoy, en su gran obra *Ética a Nicómaco*, desarrollada en el siglo IV antes de Cristo, 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.

---

<sup>206</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, disponible en: [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-58112003001400015&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-58112003001400015&script=sci_arttext), p. 4.

<sup>207</sup> Godina, Célida, “Reflexiones sobre el principio de responsabilidad de Hans Jonas”, *Observaciones Filosóficas*, Madrid, núm. 6, p. 2, disponible en: <http://www.observacionesfilosoficas.net/reflexionessobreelprincipio.html>.

De ahí las afirmaciones aristotélicas 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, que 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 de 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; un ejemplo de ello es el de los naufragos de una balsa, que comparten su interés individual por salvar su propia vida, mientras que el interés colectivo se refiere a aquel que tienen varios individuos, 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 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>208</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 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>209</sup> máximas que demandan mayor conciencia de parte de quienes tienen en sus manos o a su alcance el evitar los riesgos generados a gran escala por la evolución de una sociedad que ansía cada día mayor “modernidad”, bajo la pena del deterioro vital de los más débiles, en donde “los poderes globales usan una estrategia de distancia y no involucramiento gracias a la velocidad con que pueden moverse, burlando sin esfuerzo ni advertencia el control de las autoridades locales, escabulléndose fácilmente hasta de las redes más densas”,<sup>210</sup> y ante lo cual el individuo deberá enfrentar sus propias agonías y rediseñar sus propias curas, pues la globalización se torna en un monstruo disociador de las individualidades.

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

<sup>208</sup> Patarroyo G. y Carlos G., *Responsabilidad moral individual y responsabilidad colectiva*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 233.

<sup>209</sup> Godina, Célida, *op. cit.*, p. 4.

<sup>210</sup> Bauman, Zygmunt, *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 41.

saber y conocer en un presupuesto urgente y de mayor alcance que el 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, que también está reclamando mayores márgenes de responsabilidad.

A la par, se analiza la responsabilidad moral colectiva, pues 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, e incluso generar 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 se considera como superada la divergencia entre si la persona moral tiene o no vida propia; al respecto resalta la postura de Peter French, citado por Miguel Alzola, con relación en su publicación de 1979 *The Corporation as a Moral Person*, al decantarse en favor de una teoría que acepte la responsabilidad colectiva de las organizaciones, en las que, “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>211</sup>

En este contexto, reconocemos a las personas jurídicas como actores morales, y motivo del gran impacto que genera el actuar de éstas (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, estructuras organizacionales, que 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. Esa normatividad debe tener una justificación, una razón de ser que sea del conocimiento de todos los integrantes de la empresa, trazando objetivos generales y especí-

---

<sup>211</sup> Alzola, Miguel, “Responsabilidad moral colectiva. El estatus ontológico de las organizaciones y los límites de la comunidad moral”, *Revista de Economía y Estadística*, Buenos Aires, vol. XLIII (1), Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Córdoba, Argentina, 2005, pp. 19-21. disponible en: [http://ief.eco.unc.edu.ar/files/publicaciones/economiaestadistica/2005\\_43\\_n1/2\\_7-alzola-impr.pdf](http://ief.eco.unc.edu.ar/files/publicaciones/economiaestadistica/2005_43_n1/2_7-alzola-impr.pdf).

ficos del mismo; esto es, lo que con él y su cumplimiento se debe lograr, sin dañar a los demás.

Tomando en cuenta que el fin de contar con una responsabilidad moral de las empresas es precisamente erradicar la criminalidad de éstas, 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.

Un ejemplo de ello son los análisis en torno a la iniciativa de Ley Federal de Acceso y Aprovechamiento de los Recursos Genéticos, que no ha logrado avanzar los procesos para constituirse en norma exigible, y en donde, en alusión a la responsabilidad civil objetiva, se precisa que no requiere que haya culpa o dolo del responsable, porque el daño se causa por el solo hecho de que el autor cree un riesgo; por ejemplo, a través del empleo de aparatos o sustancias que son peligrosos, sin importar que hayan sido utilizados 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>212</sup> lo que nos habla de análisis en torno a un tema aún no resuelto.

El sistema jurídico mexicano, a través de la jurisprudencia, diferencia el dolo civil del dolo penal, sosteniendo que

---

<sup>212</sup> López Bárcenas, Francisco, “Análisis de la iniciativa de Ley Federal de Acceso y Aprovechamiento de los Recursos Genéticos”, disponible en: <http://www.greenpeace.org/mexico/recomendamos/analisis-de-la-iniciativa-de-ley-federal-y-aprovechamiento-de-los-recursos-geneticos-lopez-barcenas>.

...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.<sup>213</sup>

Por ello, un dolo no excluye al otro, ya que el dolo civil genera responsabilidad civil, y tiende sólo a la reparación del daño, mientras que la responsabilidad penal se centra en la valoración de la conducta que desencadenó el hecho punible.

#### 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 salvaguarden nuestros derechos ya no aplican en la sociedad actual, frente a la cual todo sujeto es corresponsable; es decir, no basta una estructura vertical para entender la salvaguarda de los derechos fundamentales, sino que es preciso asumir la responsabilidad de cada quien e ir más allá; es preciso responsabilizarse de manera horizontal por el propio 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 la 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>214</sup>

Más allá de la mera responsabilidad entre quienes actualmente conforman el conglomerado social, como quedó apuntado con antelación, existe

---

<sup>213</sup> SCJN, tesis: VI.2o. J/146, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Registro 195576, Tribunales colegiados de circuito.

<sup>214</sup> Carbonell, M., *Los derechos...*, cit., p. 138.

una responsabilidad horizontal también para con las generaciones futuras. De ahí que resulta necesario resaltar lo señalado en la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones 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, de cuya exposición de motivos cabe destacar:

*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...

*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...

*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.<sup>215</sup>

Lo anterior precisa despojarnos del ańejo 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 de la responsabilidad que se tiene respecto de nuestro entorno, lo que ha generado una sociedad autodestructiva e indiferente. Solamente en la medida en que aunado a la toma de conciencia se trabaje en meca-

---

<sup>215</sup> Declaración que puede consultarse en [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13178&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

nismos 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. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 8 de diciembre de 2017 publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, la tesis aislada titulada “Derecho humano a un medio ambiente sano. El artículo 4.46 del Código para la Biodiversidad del Estado de México lo protege a través de la vinculación de los particulares”, que establece:

El precepto citado establece diversos lineamientos para los ciudadanos que generen residuos sólidos urbanos y de manejo especial, tales como: i) obtener la autorización de las autoridades y el registro en el manejo de residuos; ii) establecer planes de manejo y registros de grandes volúmenes de residuos; iii) llevar una bitácora en la que registren el volumen y tipo de residuos generados anualmente cuya conservación es de dos años; y, iv) ocuparse del acopio, almacenamiento y disposición final de sus residuos generados en grandes volúmenes y entregarlos a los servicios de limpia registrados. Ahora bien, el derecho humano a un medio ambiente sano, reconocido por los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 11 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, así como del principio 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de 1972 y principios 1 y 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, no sólo implica el cumplimiento de las obligaciones en materia ambiental por parte del Estado, sino también por los particulares. De ahí que, en el contexto del derecho humano referido, concebido como un derecho-deber, el artículo 4.46 del Código para la Biodiversidad del Estado de México, protege el derecho aludido a través de la vinculación de los particulares.<sup>216</sup>

De ahí que sólo en la medida en 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 huma-

---

<sup>216</sup> SCJN, tesis: 1a. CCL/2017 (10a.), Registro: 2015823, derivada del Amparo directo en revisión 5452/2015. Inammi, S. A. de C. V., 29 de junio de 2016.

no), 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.

Desde 1950 se desarrolló en el ámbito laboral la doctrina alemana denominada *drittwirkung der grundrechte* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales), que 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>217</sup> Esta doctrina es reconocida en España como el *efecto frente a terceros de los derechos fundamentales*, que se divide en dos corrientes, la mediata y la 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>218</sup> y son exigibles directamente por el sujeto que los ostenta, incluso ante terceros.

Esta doctrina 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, se considera que

<sup>217</sup> Vivas Tesón, Inmaculada, “La horizontalidad de los derechos fundamentales”, disponible en: <http://www.derechocivil.net/esp/LA%20HORIZONTALIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf>.

<sup>218</sup> Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, México, 2010, p. 1. Puede consultarse en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf>.

sus fundamentos son igualmente válidos para el derecho penal, toda vez que el deber del individuo a respetar los derechos de terceros 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 esos 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 esos derechos, reclamación que entra en la esfera de la responsabilidad del individuo, a fin de que, por un lado, se reparen los costos que la sociedad está pagando por dichas conductas, y, 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 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.

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 cauces 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>219</sup>

---

<sup>219</sup> Carbonell, M., *Los derechos...*, 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 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.

Agrega el citado autor, que igualmente 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 esos derechos.

Y dentro de la globalización que vivimos, 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, que 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. De ahí que se coincida con las palabras de Ferrajoli, quien sostiene:

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>220</sup>

Esta realidad 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>221</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

<sup>220</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 378.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 379. Agrega 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”.

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.

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

Bajo el presupuesto sentado en la relevancia que revisten para la sociedad y el individuo, el derecho a la salud y el medio ambiente sano, así como en la legitimidad y los canales para su exigibilidad (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.

Sin negar lo positivo que implica aludir a un derecho penal mínimo, así como a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho, cabe valorar la eficacia y eficiencia que para la tutela de estos derechos fundamentales sociales ha tenido el sistema jurídico actual, particularmente el derecho civil y el derecho administrativo, vías ante las cuales el derecho al ambiente, como interés difuso, no se encuentra debidamente salvaguardado, pues las materias civil y administrativa se centran, en el mejor de los casos, en reparación del daño y en sanciones pecuniarias, que, como se ha sostenido en el presente trabajo, no reconducen la acción del ser humano, que sigue desplegando conductas dañinas y riesgosas hacia los intereses difusos y colectivos.

Ante tantas interrogantes e inconsistencias legislativas, en alusión a la fórmula de Radbruch<sup>222</sup> (que sostiene que una norma injusta llega a ser invalidada por un derecho supralegal) cabe preguntarse 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.

---

<sup>222</sup> Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>, p. 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 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”.

Ésta 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 una estructura organizacional que desplegaron su conducta con suficiente carga cognitiva, lo que implicará el nivel de previsibilidad y solidaridad hacia el colectivo.

De ahí que, a pesar de las críticas que puedan darse en torno a la intervención del derecho penal en temas que pertenecían sólo al ámbito de lo civil, 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, que 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. Esta postura se asume no obstante visiones contrarias, como la de Soto Navarro, quien sostiene que

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>223</sup>

Coincidimos con la parte inicial de esta postura, pues la expansión del derecho penal debe respetar ciertos límites, pero cuando estamos frente a delitos de peligro, dichos parámetros se tornan más flexibles, pues la sociedad no puede tolerar ni siquiera asumir riesgos a bienes jurídicos fundamentales. Este adelantamiento de tutela del derecho penal ha sido ampliamente debatido, y frente a lo cual la autora rechaza la estructura de los delitos de peligro como tal, ya que concibe a estos delitos 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

---

<sup>223</sup> Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, p. 171.

intenso respecto a infracciones de normas no suficientemente internalizadas por la conciencia social”;<sup>224</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>225</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 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

---

<sup>224</sup> Mir Puig, *cit.* por Soto Navarro, Susana, *La protección...*, *cit.*, p. 173.

<sup>225</sup> *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.

de desarrollo humano (de salud, intelecto, felicidad, paz, etcétera) se va mermando.

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>226</sup> pues, 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>227</sup> que evidencian el hartazgo social ante la reiterada violación a los derechos humanos más elementales e indispensables para el diario vivir.

---

<sup>226</sup> Soto Navarro, S., *op. cit.*, p. 221.

<sup>227</sup> Granados Chapa, Miguel Ángel, “Afectados ambientales”, *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 los 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»”.

## CAPÍTULO TERCERO

### RESPONSABILIDAD COLECTIVA

#### I. INSUFICIENCIA DE LA IMPUTACIÓN A LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL FRENTE A LA TUTELA DEL DERECHO A LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

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 esos actos, aun cuando los 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.

#### 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, que se enfoca a ciertos resultados, gracias al aporte de cada uno de sus individuos, quienes se ven directamente corresponsabilizados. Así, para Hassemer, 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 espontáneos, irracionales o dirigidos a imponer intereses particulares.<sup>228</sup>

Esos aportes individuales revisten vida especial cuando se conforman dentro de un entramado organizacional, pues a juicio del autor antes citado, al referirse a la organización y acuerdo de las norma, sostiene que

...su infracción no se limita solo al derecho penal que se extiende a otros ámbitos de nuestra vida en sociedad sobre las ideas de causación y responsabilidad... procesos de atribución que 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 potencial lesivo.<sup>229</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>230</sup> todo ello con un punto de partida consistente en presupuestos objetivos como parte del ente colectivo

---

<sup>228</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>229</sup> Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 185.

<sup>230</sup> Jakobs, Günther, “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva”, citado por Mir Piug 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”.

(la organización) y concretando la punición (en su caso) con baremos subjetivos en el estadio de la culpabilidad, y siendo conscientes de que, como sostiene Kuhlen,

...hay que desarrollar reglas de imputación, 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>231</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.<sup>232</sup>

Asimismo, sostiene un modelo que denomina “derecho penal asegurador del futuro”, con base en el 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 de acciones similares por terceros.

---

<sup>231</sup> Kuhlen, Lotear, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, citado por Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., p. 232.

<sup>232</sup> Alcácer Guirao, “La protección...”, cit., p. 152.

- 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>233</sup>

El análisis exhaustivo de la propuesta antes citada requeriría un estudio por separado al presente trabajo; 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*, de 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>234</sup> Coincidimos con esa postura.

Las aportaciones individuales, aun cuando se desarrollen dentro de estructuras organizacionales 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 la 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 necesidades del individuo, para el individuo y por el individuo,<sup>235</sup> las cuales requieren compromisos y

<sup>233</sup> Alcácer Guirao, “La protección...”, *cit.*, pp. 152-154.

<sup>234</sup> Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 12.

<sup>235</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*,

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”,<sup>236</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, que cada vez más lleva a relaciones supraindividuales e intereses colectivos, ante los cuales todo individuo habrá de responsabilizarse, bajo la 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 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, siendo responsables por 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>237</sup> De ahí que sean importantes cada una de las comunicaciones emitidas por los autores, pues el 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 in-

---

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>236</sup> Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 164.

<sup>237</sup> Luhmann, N., *Sociología...*, citado por García Caverro, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 73.

terno 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>238</sup>

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, 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, como la salud y el medio ambiente sano, 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 en su conjunto. 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 impunidades, así como estadios de temor y desconfianza en que vive la sociedad.

#### 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

---

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 75.

tal manera que el sujeto de atrás (el autor mediato) se *vale* del sujeto de delante (autor inmediato) para cometer cierto delito”.<sup>239</sup> Indiscutiblemente, pueden existir distintas conductas delictivas emanadas por los superiores jerárquicos que actúan dentro de una institución u organización, que 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 sus elementos; de esta manera, en dichos casos la conducta del 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 accesoriidad 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.

La instrumentalización a que alude la autoría mediata es sobre el manejo o dominio de la voluntad del instrumento, de ahí que se pueda tener a un instrumento doloso, mismo que, en la medida en 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 del 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>240</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* (planteada en apartados anteriores), cuyo precursor es Claus Roxin, considera que, por cuanto hace a la figura de la autoría mediata, presenta dificultades en torno a la concreción del injusto colectivo, y, por ende, para la concreción de responsabilidad a los autores en su esfera individual.

---

<sup>239</sup> Quintino Zepeda, *Diccionario de...*, cit., p. 78.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 80.

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 margen al derecho penal, y se ventila dentro de la imputación civil y de reparación del daño, esferas en que el problema se resuelve con dinero (dinero que en la mayoría de los casos no repara el daño causado). Responsabilidad centrada en el ente jurídico, desligándose así de la complejidad que implica determinar el centro del injusto penal, mientras que, como sostiene Hassemer, “en el Derecho Penal hay que aplicar, en cambio, criterios referidos al hecho y a la situación de acción”,<sup>241</sup> basándose para ello, además, en el principio de culpabilidad o de responsabilidad individual.<sup>242</sup>

### B. Coautoría en la responsabilidad colectiva

Por otra 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 dado inicio a la ejecución. Lo anterior, porque la ejecución habrá de dirigirse al núcleo del tipo (o de la figura delictiva en concreto), lo cual en el ámbito del *iter criminis* (curso 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 ejecutiva externa del *iter criminis*, ya que el derecho penal no sanciona ideas, sino hechos derivados de conductas típicas, antijurídicas y culpables; por lo que la exteriorización de la conducta, dentro de la fase ejecutiva externa, es lo que permitirá identificar la puesta en riesgo del bien jurídico en particular, y, por ende, 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), un reparto de acciones y un aporte en la fase ejecutiva, tal como lo señala el CPF: los que lo realicen conjuntamente (artículo 13, fracción III).

---

<sup>241</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*, Buenos Aires, 2001-2002, p. 790.

<sup>242</sup> *Idem*.

Ante esta realidad, se corre el riesgo de imputar una conducta de mero partícipe o cooperador a quien aparentemente no la ha ejecutado, aun cuando su conducta quizá sea más riesgosa que la desplegada por quien finalmente llevó a cabo materialmente el hecho. Lo que resulta en 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, 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 sostiene que el requisito de coejecución es insuficiente para explicar los temas de autoría y coautoría, por lo que, para este autor:

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>243</sup>

---

<sup>243</sup> *Ibidem*, pp. 761, 786 y 787; al respecto agrega Roxin, citado en la misma publicación, p. 763, “que si bien no una intervención en la fase preparatoria, si 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 más cuando son varias personas las que intervienen en la realización del hecho. *Cf.* Jakobs en su publicación “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”.

Ante este análisis de la coejecución y la necesidad de valorar todos los aportes desplegados en una criminalidad de empresa, sean éstos desplegados o no en la fase ejecutiva, Muñoz Conde propone como solución a la problemática de la coautoría dentro de una organización,

...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 dominando grupos de personas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial.<sup>244</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 individual.

### 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 mayo-

<sup>244</sup> Muñoz Conde, F., “¿Cómo imputar...?”, *cit.*, p. 788.

ría de edad).<sup>245</sup> Dentro de 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, máxime cuando se trata de delitos cualificados propios, en donde “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”.<sup>246</sup> Máxime en delitos de criminalidad contra el medio

---

<sup>245</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 sometidos al mando y atribuirlos a los superiores en un sentido fundamentador de la *calidad 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”.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 167. Agrega Bottcke: “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 configuración relevantemente superior”.

ambiente o la salud, frente a los cuales han de considerarse los distintos niveles de responsabilidad de los integrantes de las empresas, aun cuando su actuar no se despliegue en la fase ejecutiva o no se acredite una conducta dolosa. Así, Botckce sostiene que

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>247</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 delimitar la responsabilidad de los partícipes al subordinado o ejecutor (inductor o cooperador), al faltar el hecho principal doloso y antijurídico; es decir, la figura de autor, que, según la doctrina dominante, exige el principio de accesoriidad para castigar las conductas de los partícipes. Por otra parte, “tampoco la autoría 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>248</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 cualificados de cooperadores necesarios o de inductores; es decir, partícipes”.<sup>249</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 accesoriidad limitada, tampoco ser posible imputar responsabilidad alguna a título de partícipe.

Los delitos especiales, sin duda, generan varios problemas de imputación, 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

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>248</sup> Ragués I Vallés, Ramón, “Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva”, *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, pp. 216 y 217.

<sup>249</sup> Muñoz Conde, F., “¿Cómo imputar...?”, *cit.*, pp. 787 y 788.

(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 en 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 la conducta amparada en un error de tipo. En cuanto al autor mediato (hombre de atrás), habrá que tener en cuenta el supuesto que únicamente hubiera 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 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>250</sup>

De nueva cuenta, se presenta el tema del conocimiento, que reviste vital importancia en el estudio que nos ocupa, ya que en el sistema jerarquizado de una estructura organizacional, 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 penal.

Atento al análisis sobre la trascendencia del elemento cognitivo, y a las dificultades que enfrenta la dogmática penal en las figuras de autoría y participación enfocadas a acciones delictivas individuales, no satisface los requisitos de responsabilidad por organización, ya que se dejan hipótesis

---

<sup>250</sup> Ragués, R., *op. cit.*, p. 205.

sueltas y finalmente impunes. A continuación se transcribe una 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 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.<sup>251</sup>

La postura antes transcrita confirma los análisis hechos en el presente estudio, en el sentido de que las conductas desplegadas dentro de una organización, dada su fungibilidad, división de trabajo, dificultades en la acreditación de elemento volitivo del dolo, y estructuras dogmáticas que imposibilitan responsabilizar penalmente las conductas individuales que sí lesionan bienes jurídicos colectivos, pero que se difuminan en el entramado organizacional.

<sup>251</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.

### 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>252</sup>

Frente a las conductas que transgreden la norma, existen conductas 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, que se encuentran en el límite entre la relevancia e irrelevancia jurídico-penal, que 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, ya 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, constituir 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 cabría preguntarnos: ¿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?

---

<sup>252</sup> Díaz Aranda, E., *Teoría del delito...*, cit., p. 3.

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>253</sup>

Hassemer, con relación a los actos neutrales, sostiene que lo característico de éstos es que “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>254</sup>

Mientras que Mir Puig, citado por Landa, al atender los aspectos objetivos y subjetivos de la neutralidad de los actos, sostiene que éstos están sujetos a la cotidianeidad y a la justificación del emisor, lo que convierte actos lesivos en actos indiferentes pese su dañosidad social, en donde “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>255</sup>

Como se ha sostenido en capítulos anteriores, el fondo del problema sigue siendo el límite entre lo objetivo y lo subjetivo al valorar la conducta, ante lo cual cobra gran relevancia la valoración de ésta a nivel de injusto, así como la relevancia que sobre los elementos subjetivos debe tener el conocimiento<sup>256</sup> y la responsabilidad compartida, incluso ante supuestos actos neutros, y a la relevancia de la precaución asumida con nuestros actos.

---

<sup>253</sup> Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al “límite mínimo” de participación frente a los “actos neutros”*, Madrid, 2002, p. 7.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>256</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”.

En el ámbito de la delincuencia económica guarda una especial relevancia el tema, ya 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, que 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 estos últimos en 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>257</sup> que en muchos de los casos 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 debe replantear la relevancia del conocimiento a la par de lo significativo que haya resultado el aporte generado por los sujetos que intervienen en un colectivo, ya 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,

---

<sup>257</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 riesgo de que el criterio de la «adecuación» pudiera actuar como auténtico caballo de Troya para «avar» la cara a actuaciones socialmente aceptadas pero antijurídicas desde el punto de vista jurídico-penal”.

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>258</sup>

Sin duda, temas como los actos neutros y su amplia difuminación en el ámbito empresarial derivan del periodo postindustrial<sup>259</sup> que estamos viviendo, y 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 cada vez se enfrentan más riesgos, también se debe ser capaz de reconocer límites muy claros de responsabilidad, bajo la pena de perder toda posibilidad de salvaguardar los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad, frente a los costos que está dispuesta a pagar.

Frente a los límites a la responsabilidad, cabe reconocer los límites a la cercanía o proximidad entre las conductas de los partícipes y la desplegada por el sujeto activo, máxime atendiendo a la teoría de accesoriedad limitada, frente a la cual se requiere el despliegue de una conducta típicamente dolosa 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, ya 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 tan-

---

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>259</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 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”.

to, un primer criterio material que informa el “claro” o “exclusivo sentido delictivo” como criterio rector de identificación de la complicidad punible.<sup>260</sup>

De tal manera 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, que atiende a responsabilidades individuales.<sup>261</sup>

---

<sup>260</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 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>261</sup> 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

Con una postura un tanto ecléctica, Hassemer deja ver, por un lado, la complejidad de aludir a una responsabilidad colectiva, y a la vez reconoce que se precisa contar con mecanismos nuevos que permitan conseguir la imputación dentro de una sistemática del delito, lo cual se extrae de la siguiente afirmación hecha por este autor:

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>262</sup>

---

personas y bajo esa red es imposible diferenciar variantes de participación de cada individuo. Cfr. Mir Puig 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.

<sup>262</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

Por su lado, de una manera más categórica, Jakobs sostiene que la imputación del injusto va más allá de la actuación de propia mano, pues el quebrantamiento del rol, bajo una óptica de imputación objetiva, configura un rol en el actuar del colectivo, de ahí que sostenga que es

...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>263</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 éstos 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

---

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,
- 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>263</sup> Jakobs, G., *La imputación...*, cit., pp. 58 y 59.

que a la 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. Afirma que

...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).<sup>264</sup>

Ante lo cual la autoría mediata demanda el dominio de la voluntad de los integrantes de la organización; esto es, instrumentalizar al otro.

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 imposible la imputación penal al 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, que deberá contar con su propia sistemática del delito.<sup>265</sup> Esta sistemática se puede

---

<sup>264</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”.

<sup>265</sup> López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Granada, 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 pro-

concretar de la siguiente forma: una vez que una conducta individual (de acción o de omisión)<sup>266</sup> participa en una organización, cuyo resultado se adecua a los presupuestos objetivos del tipo, y dentro de la estructura subjetiva este último, 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 típica. En caso de que no existan causas de justificación frente a dicha conducta típica, ésta será antijurídica.<sup>267</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

---

blemas 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>266</sup> Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., 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”.

<sup>267</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”.

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 y el qué lo llevó a determinarse por su conducta lesiva; y para el desvalor de resultado bastará la peligrosidad o el peligro generado con el 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, aun 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>268</sup> el colectivo participa de la misma responsabilidad, por lo que sólo deben interesar los aportes cuantitativos (es decir, las aportaciones objetivas), no así las aportaciones cualitativas (que se podrán valorar en la culpabilidad).

Por su lado, Jakobs va más allá cuando sostiene que en derecho penal el reparto de trabajo

---

<sup>268</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 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”.

...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>269</sup>

Como se observa, en este concepto reviste vital importancia el conocimiento, ya que éste integrará el componente existencial 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>270</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>271</sup> deberán ser respetadas por todos 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 podrá conservar los niveles de confianza para cada uno de los integrantes de empresas, cooperativas, entes de gobierno, y demás estructuras organizacionales.

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 amplíe en

---

<sup>269</sup> Jakobs, G., *La imputación...*, *cit.*, p. 67. Agrega, atento al injusto individual, en su publicación “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 accesoriedad: 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>270</sup> Jakobs, G., *Problemas capitales...*, *cit.*, pp. 59 y 62.

<sup>271</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”.

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>272</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>273</sup> por ello, no se puede simplemente actuar al amparo de otros, o al amparo de una organización, ni mucho menos actuar valiéndonos de la organización, con la tranquilidad de que las acciones individuales se difundirán 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, los daños serán irreparables.

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 pe-

---

<sup>272</sup> Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 22.

<sup>273</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: 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?”.

nal. 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 la que asume los riesgos. Se debe reconocer que, en la medida en 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, que actualmente rayan en la burla e indiferencia, pues todos soportan daños sociales irreparables, mientras unos cuantos obtienen de ello cuantiosas ganancias económicas.

## II. EL NEXO DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA. PAPEL QUE GUARDA EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Ligar la conducta de aquellos que forman parte de la responsabilidad colectiva con el resultado típico implica conjugar dos apartados: *i*) el aporte cuantitativo individual en la 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 conducta, pues es este grado de conciencia lo que tiene 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.

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 cotidianas 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, que 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 de Alemania, 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, con relación en la política alemana, el punto de partida de la protección al medio ambiente 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 multicompreensiva y sincronizada, que preste una especial atención a las relaciones de causa-efecto.<sup>274</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>275</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>276</sup> convención que en su principio 15 establece que con el fin de proteger el medio ambiente,

---

<sup>274</sup> Romeo Casabona, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 108 y 109.

<sup>275</sup> Figueroa Yáñez, Gonzalo, *El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil*, disponible en: [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>276</sup> Romeo Casabona, C., *op. cit.*, p. 109.

...los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e 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. En ese sentido, comenta Bergel, que

...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, calentamiento de la Tierra, disminución de la capa de ozono y aumento de las radiaciones, pérdida de la diversidad biológica, etcétera).<sup>277</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 suscita 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 “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>278</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>279</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 no se hace en aras de actuar frente a los riesgos permitidos con una irresponsabilidad sin repercusiones, sino por el contrario, si bien es cierto que es permitido su ac-

<sup>277</sup> Figueroa Yáñez, G., *op. cit.*, p. 67.

<sup>278</sup> Romeo Casabona, *op. cit.*, p. 109.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 110.

tuar, 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>280</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 su conducta en relación con el resultado, a diferencia de quien, asumiendo 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, bajo la pena de incurrir en una conducta cometida con una carga subjetiva de dolo eventual?, toda vez que, en estos supuestos 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 de 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?, lo que implica haber actuado con total indiferencia o negligencia, ante lo cual cabe preguntarnos: ¿se tendrán que tolerar los riesgos asumidos por el sujeto, cuando evidentemente su conducta refleja una total indiferencia hacia la responsabilidad que debe asumir respecto de su actuar en sociedad? Esta

---

<sup>280</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.

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*, que surge ante su desacuerdo 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.

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 las conductas humanas causen daños colectivos vinculados a situaciones catastróficas que puedan afectar a un conjunto de seres vivos, y por la otra, la falta de evidencia científica (incertidumbre) respecto a la existencia misma del daño temido.<sup>281</sup>

Romeo Casabona enfatiza la necesidad de precisar el significado de la incertidumbre científica y en qué extremos se aplica; sostiene:

Debe contemplarse, respecto a varias realidades que van desde la relación de causalidad entre el acto y sus efectos, pasando por la realidad misma del daño, así como la medida, la cuantificación del riesgo o del daño... 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>282</sup>

---

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>282</sup> *Idem*.

En este tenor, el recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, de un producto o de un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente.<sup>283</sup> Por ello, se habrá de dotar de mayor científicidad a los procesos causales de la conducta, ya que resulta complejo dimensionar la precaución que debe asumir determinado sujeto ante un riesgo en particular, ante lo cual 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”.<sup>284</sup>

A su vez, se ve 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 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 el 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.

El análisis del alcance de la peligrosidad de la acción, desde la óptica de este principio, está especialmente indicada, puesto que uno de los ras-

---

<sup>283</sup> *Idem*, agrega 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 que puede generar o desencadenar una actividad, lo que impide calificarlo como previsible conforme a parámetros objetivos”.

<sup>284</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”.

gos más marcados del derecho penal actual es su expansión mediante la introducción de nuevos delitos de peligro abstracto o de peligro abstracto-concreto, lo cual, como sostiene Romeo Casabona:

El principio de precaución en relación con los comúnmente llamados delitos de peligro —fundamentalmente los delitos de peligrosidad o de acción peligrosa— podría contribuir a la elaboración de un procedimiento de imputación para alguno de estos delitos, basándose para ello en la innecesidad 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>285</sup>

Sin duda, los límites abordados dentro del principio de precaución dotarán de seguridad y certeza su implementación, 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>286</sup> de ahí que dicho principio

---

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>286</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, utilizado 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.

ha sido ampliamente incorporado, 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

---

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.

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 defina 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 (p. 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 determinados 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” (p. 228).

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 importante fundamento político para anticipar, prevenir y mitigar amenazas al ambiente.<sup>287</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 en 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”. Agrega el autor en comentario, que “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>288</sup>

Frente a la amplia defensa al medio ambiente, cabe citar algunos ejemplos de la utilización del principio de precaución en diversas estancias internacionales, tales como:

---

<sup>287</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*, Cambridge, Tenison Rd, CB1 2TT, 2005, disponible en: [http://www.pprinciple.net/PP%20Guidelines\\_espanol.pdf](http://www.pprinciple.net/PP%20Guidelines_espanol.pdf), p. 5.

<sup>288</sup> Hidalgo, Juan Carlos, “Los peligros del principio de precaución”, *CATO*, Washington, D. C., 5 de marzo de 2003, pp.1-3, disponible en: <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”.

— *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 cautelar 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. 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>289</sup>

<sup>289</sup> Cooney, R. y Dickson, B., *op. cit.*

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 inseguridad que genera su conducta, vista ésta *ex post* 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 del colectivo para motivarse por la evitación del riesgo generado con su aporte individual.

En este sentido, no podemos quedar atrapados en la 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 quizá para la decisión consciente de no actuar?”.<sup>290</sup>

---

<sup>290</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 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”.

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>291</sup> Por lo que este principio deberá legitimarse con base en límites claros a nivel de la norma penal, con base en los cuales se esté en capacidad de establecer su incumplimiento o indiferencia a la misma norma, y por ende su consecuente responsabilidad, en donde

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>292</sup>

Por ello, seguirá siendo el nexo de causalidad un elemento relevante dentro de la responsabilidad colectiva, que, al igual que la culpabilidad, deberá valorarse 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 al resultado 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 el 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.

---

<sup>291</sup> Romeo Casabona, C., *op. cit.*, p. 128.

<sup>292</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.

## CAPÍTULO CUARTO

### ALCANCES DEL MARCO NORMATIVO MEXICANO ANTE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

#### I. ¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE DE LA CONTAMINACIÓN DE LAS LAGUNAS DE ALTAMIRA Y DE LA MINERA BUENAVISTA DEL COBRE GRUPO MÉXICO?

La dinámica social, y principalmente la económica, han llevado al individuo a tener una concepción cada vez más individualista, en lugar de la visión colectiva, lo que sin duda repercute en la indiferencia hacia los daños y riesgos que se generan hacia terceros. 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.

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, siendo capaces de generar daños y riesgos hacia derechos fundamentales, como la salud y el medio ambiente sano. Ante estas realidades, cobra mayor 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. Análisis que 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.

Este posicionamiento, que pese a las múltiples críticas que pueda tener se acerca 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.

En el estado de Tamaulipas se encuentra ubicado el corredor industrial de Altamira, uno de los cinco puertos con mayor actividad industrial del país, donde se asientan empresas de distintos giros comerciales. Este corredor se inició desde 1960, y en él se instalaron empresas con actividades industriales, como las del ramo petroquímico, químico, hule y plástico.

Ante el incremento de empresas asentadas en Altamira, en los últimos años se han presentado denuncias ciudadanas por irregularidades de parte de estas empresas, sobre todo en el arrojamiento 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 cuales arrojan más de 370,000 metros cúbicos diarios de descargas, lo que implica una gran contaminación del agua, con altos contenidos de plomo, arsénico, cobre, cadmio, cromo, mercurio, níquel y zinc, que rebasan los niveles permitidos por la ley, cuyo resultado más tangible es la alta mortalidad 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 sesenta 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, que por iniciativa propia se someten 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 Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.

Cabe precisar que las empresas industriales deben obtener un permiso de descarga, que cuesta alrededor de cinco mil trescientos pesos; los organismos de cuenca y el Ejecutivo Federal son las instancias encargadas de otorgar estos permisos, 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 doscientos hasta veinte mil salarios mínimos vigentes en el D. F. en el momento en que se cometa la infracción, conforme al artículo 120 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 CPF, 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; a pesar de lo cual a la fecha no se ha logrado acreditar la correspondiente responsabilidad penal de quien ha generado estos daños de 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 conductas desplegadas por el personal de la mina Buenavista del Cobre Grupo México, pues a consecuencia de sus actividades se ha socavado la salud de las personas. Al efecto se han publicado datos relevantes en el periódico *Excelsior*, que informan:

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 represo 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. 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 ácida 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 Jaime Varela Salazar, especialista 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.<sup>293</sup>

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, con mayor efecto lesivo y más impunidad; por lo que para el presente trabajo baste con afirmar que estos eventos se repiten sin control en nuestro país, y se constituyen, 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 aquella provoque a la postre un resultado lesivo para el bien jurídico que se pretendía proteger, habrá de considerarse permitida”.<sup>294</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 baremos que se basan en estudios técnicos cuyas conclusiones son asumidas por la organización administrativa y posteriormente se recogen en normas de obligado cumplimiento. Sin embargo, 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, comenzaran a surgir casos de claro deterioro medioambiental en

---

<sup>293</sup> *Excelsior*, 14 de agosto 2014, puede consultarse en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/08/14/976304>.

<sup>294</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.

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 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.

## 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 al elaborar el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura (en lo sucesivo Protocolo), que aun cuando no es vinculante, sí se instaure como un referente que 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>295</sup>

Refiriéndose el Protocolo principalmente a megaproyectos 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,

---

<sup>295</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.

grandes proyectos inmobiliarios, proyectos turísticos, escaleras náuticas, rellenos sanitarios, centros para el manejo de residuos tóxicos, compra o alquiler masivo de tierras, transgénicos, corredores industriales, plantas de generación de energía geotérmica, nuclear o proyectos eólicos. Estas actividades interesan al presente análisis, ya que requieren de un colectivo que actúa con base en 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 con la salvaguarda de los derechos fundamentales del ser humano, como lo son el derecho a la salud y a un medio ambiente sano, entre otros.

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. Con este contexto, cobra relevancia la doble cualidad de que gozan los derechos fundamentales, a decir de la SCJN, “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>296</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 cuales no sólo 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 megaproyectos, la SCJN, en su Protocolo, ha identificado los principios indispensables para la comprensión e interpretación de los derechos humanos, a saber: no discriminación, interdependencia, indivisibilidad, pro persona, progresividad, equidad intergeneracional (entendida 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>297</sup>

---

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 21

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 54.

“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 los juzgadores, 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.

Y en esta dicotomía de desarrollo y derechos fundamentales se han presentado problemáticas irreversibles, frente a las cuales se dan testimonios de aquellos que sufren de manera directa todos estos daños ambientales, y el correspondiente menoscabo a su salud, desde olores nauseabundos, incremento de cánceres, leucemias, abortos espontáneos, malformaciones congénitas. Daños que no se solucionan con sanciones administrativas, y ante los cuales sólo resta generar conciencia social y mayores niveles de responsabilidad penal a quienes contribuyen a la producción de estos resultados lesivos para el género humano.

A su vez, la SCJN, consciente de que el emprendimiento de megaproyectos, 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, evi-

tando así la irracionalidad o desproporción en las decisiones tomadas por las autoridades”.<sup>298</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>299</sup>

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. La SCJN ha establecido la jurisprudencia J. 2/2012 (9a.), titulada “Restricciones a los derechos fundamentales. Elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas”,<sup>300</sup> que las restricciones a los derechos deben superar tres pasos: 1) debe ser admisible constitucionalmente; esto 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 produzcan 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 la 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, que 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 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.

---

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>299</sup> *Idem*.

<sup>300</sup> [J]; 10a. Época; 1a. Sala; *S.J.F. y su Gaceta*; libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 533.

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 la que responde en términos de reparación del daño (en el ámbito civil y administrativo), en el mejor de los casos, pese a que ello implique la reiterada repetición de las conductas individuales riesgosas y lesivas para la sociedad y sus derechos fundamentales.

Hacemos este análisis sin dejar de lado el impacto que en la mayoría de los casos estos megaproyectos generan en las comunidades indígenas 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>301</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 pertenecen sólo a otras clases y a otros pueblos como

---

<sup>301</sup> Bonfil Batalla, Guillermo, “Etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización”, *Obras escogidas de Guillermo Bonfil Batalla*, t. 2, México, INAH/INI, p. 476. Disponible en: [http://sic.conaculta.gob.mx/centrodoc\\_documentos/78.pdf](http://sic.conaculta.gob.mx/centrodoc_documentos/78.pdf). Define al etnodesarrollo como “la capacidad autónoma de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo... es decir, gobernarse a sí misma 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 y 479.

un resultado más de la concentración de riqueza (en su sentido más amplio) que fue posible merced al colonialismo.<sup>302</sup>

En este tenor, ante el desarrollo de megaproyectos, las comunidades indígenas han visto socavados los 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. Estas problemáticas realmente graves 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.

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

---

<sup>302</sup> *Idem.*

derecho penal en este tipo de temas vulnera 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>303</sup>

Sin duda, la injerencia del derecho penal en bienes jurídicos supraindividuales, 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 y en la que se mezclan factores de diversa índole que son difíciles de conjugar para el ciudadano de a pie”,<sup>304</sup> y en seguida 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>305</sup>

Al contrario de lo sostenido por Jakobs, Muñoz Conde sostiene 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 respeto a los derechos fundamentales. Como afirma Schünemann, cuando defiende la actuación del 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 in-

---

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>304</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1995, p. 48.

<sup>305</sup> *Idem*.

tegración, 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>306</sup>

Ante esta afirmación, 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. Medidas en las que el principio de intervención mínima encuentre el justo medio con la salvaguarda de derechos fundamentales relevantes para la vida misma, como son la salud y el medio ambiente.

En el derecho penal mexicano, el principio de intervención mínima frente al medio ambiente se implementa en el contenido del título vigésimo quinto del 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 citarse 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 posibilidad de configurarse en alguna de las formas de autoría establecidas en el artículo 13 del CPF; 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.

---

<sup>306</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.

Del título vigésimo quinto del CPF se desprenden un total de diez artículos, que describen diversas conductas típicas, diecisiete de las cuales 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, 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>307</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 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 se deberá evitar una sobre regulación del derecho penal, sin dejar de pugnar por un derecho penal eficaz y eficiente en la prevención hacia la comisión de este tipo de delitos.

---

<sup>307</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.

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 obstruir al otro una adecuada implementación de justicia. 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 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 sano, a que todos los ciudadanos tenemos derecho.

Frente a ello, tenemos 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 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, la salud, al medio ambiente sano, entre otros derechos fundamentales.

## 2. Responsabilidad civil ambiental

La finalidad que tiene el derecho civil lleva a cuestionarse si éste es el instrumento idóneo para salvaguardar el bien jurídico del medio ambiente sano. Esta reflexión deberá tener en cuenta que el derecho civil, y especialmente la responsabilidad extracontractual, son 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>308</sup>

---

<sup>308</sup> Vercher Nochera, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 91.

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 en 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:

Quando 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 jurídica 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>309</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

---

<sup>309</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”.

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.

### *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.

De su lectura integral se aprecia un enfoque centrado en la reparación civil y administrativa del daño, entendida ésta como restauración, restablecimiento, tratamiento, recuperación o remediación, y, claro, la sanción económica. A la par de lo cual, conforme lo dispuesto en su artículo 9o., 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 CPF 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 de esta Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, en donde limita el carácter de víctima de delitos contra el ambiente a aquellos que “se constituyan como denunciantes 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).

Esta exposición normativa 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. Las 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 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 trata.

Por otro lado, se aprecia como positiva, pero riesgosa, la postura establecida en el artículo 24 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, que 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. Lo que por una lado resulta positivo, pues se establece la correspondiente responsabilidad de la persona moral 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 e ir más allá de la autoría mediata basada en el “dominio funcional”, toda vez que habrá ejecutores responsables bajo un injusto colectivo que en aras de esta normatividad están siendo tratados como “instrumentos” del hombre de atrás, lo que fomenta la indiferencia y negligencia de los empleados que actúan con carga comunicativamente dolosa en tanto el nivel de conocimiento de la suma que su aporte genera al resultado final. Situación que en el presente trabajo interesa responsabilizar con el alcance adecuado.

Sin duda hay muchas aristas, derechos y responsables que circundan el tema de protección al ambiente, y de la eficiente delimitación 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>310</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”.

Para la doctrina mayoritaria, existen dos sistemas que pueden utilizarse para enjuiciar la obligación del causante de un daño ambiental a repararlo: un sistema objetivo en donde se responda por el daño causado mediante una actividad peligrosa, sea por culpa o negligencia, y un sistema subjetivo en donde se tome en cuenta el comportamiento del sujeto basado en su culpa, criterios de previsibilidad de las consecuencias que puedan generar los actos imprudentes o carentes de diligencia.<sup>311</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, que se convierten en la más férrea dificultad en cuanto al 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 salud, un ambiente sano, paz y calidad de vida, para que la evolución y desarrollo económico en realidad se pueda disfrutar. Lo que implicaría el presupuesto necesario para la actuación del derecho, 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.

---

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>311</sup> *Ibidem*, pp. 103 y 104.

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 indemnización, siempre y cuando haya una racional certidumbre de acaecimiento”.<sup>312</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.

Como se ha sostenido en capítulos anteriores, el deber de evitación está directamente vinculado al concepto de previsibilidad, pues es con base en ésta como 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 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, ya que dicha instancia se centra en la reparación económica de los daños, situación que 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.

Así, 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.

---

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 157.

La mayor parte de la doctrina se ha inclinado por establecer una responsabilidad civil ambiental objetiva; esto es, una responsabilidad por riesgo, e incluso llega 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 en la contaminación, 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>

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

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

---

<sup>314</sup> Díez-Picazo, “Responsabilidad civil ambiental”, citado por Vercher Nochera, A. *et al.*, *op. cit.*, 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 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”.

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 nace el enfoque del derecho administrativo en protección al derecho ambiental, en donde el modelo predominante es la accesoriadad 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 jurídico 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 idem*, a fin que, de no reaccionar el derecho penal por falta de acreditación del delito, sea el derecho administrativo el que reaccione acorde 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 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, inspecciones que 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 medioambientales que nos ocupan.

---

<sup>315</sup> Castañón del Valle, Manuel, “Responsabilidad administrativa ambiental”, citado por Vercher Nochera, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 178.

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 (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. En este contexto, la reparación ambiental, como sostiene Blanco Lozano, “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>316</sup> ante lo cual no tienen cabida las meras sanciones económicas.

De ahí que se coincida con la postura relativa a 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>317</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 con base en la misma vía establecer las medidas restauradoras y preventivas suficientes para salvaguardar el entorno saludable en el que desea vivir todo ser humano.

---

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 237.

## CAPÍTULO QUINTO

### RESPONSABILIDAD PENAL COLECTIVA. NUEVA FORMA DE AUTORÍA EN SALVAGUARDA DEL DERECHO A LA SALUD Y AL MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

#### I. PROPUESTA DE AUTORÍA POR RESPONSABILIDAD COLECTIVA PARA EL CÓDIGO PENAL FEDERAL DE MÉXICO

Con base en el análisis del nexo de causalidad individual, el derecho penal mexicano logra relacionar una conducta al hecho delictivo, criterio general de la actual dogmática penal, siendo preciso ir más allá del proceso causal, incluso más allá de un “deber de cuidado” centrado sólo en su propio actuar y alejado de los principios de previsibilidad y solidaridad que pueda convertirse en un “permiso” para dañar bienes jurídicos vitales, a fin de estar en posibilidad de abarcar todas aquellas conductas que al desplegarse dentro de una estructura organizacional se difuminan bajo el análisis de la responsabilidad penal individual, quedando fuera del reproche penal, a pesar de ser conductas relevantes por su dañosidad a bienes jurídicos vitales como la salud y el medio ambiente.

En México, el CPF tipifica diversas conductas que ponen en riesgo o lesionan el bien jurídico del medio ambiente, mediante el establecimiento de diversos verbos núcleo del tipo, así como diversos bienes jurídicos tutelados, diversos sujetos pasivos específicamente señalados (algunos incluso cualificados), normas permisivas y prohibitivas, delitos de peligro, penas y medidas de seguridad; en general, una gran cantidad de hipótesis o presupuestos de hecho, que ante la realidad que vive la actual sociedad del riesgo 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 a las nuevas demandas sociales hacia la responsabilidad penal de conductas desplegadas al amparo de una estructura organizacional, cuyo aporte individual por sí mismo no es relevantemente comunicativo, pero cuando se concatena a otras conductas sí logra concretar el injusto colectivo que supere algunas

limitantes que presenta la coautoría, la autoría mediata, e incluso las formas de participación consideradas en el propio CPF.

Aunado a lo anterior, como se ha expuesto, la limitante consagrada en el *numerus clausus* (artículo 60, CPF) en torno a los delitos que salvaguardan el medio ambiente sano genera una limitante hacia la responsabilidad de ciertas conductas, toda vez que sólo las conductas consagradas en los artículos 414, primer párrafo, y tercero en su hipótesis de resultado; 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado; 420, fracciones I, II, III y V, y 420 bis, fracciones I, II y IV, podrán sancionarse en su forma culposa; esto es, sólo estos tipos penales considerarán sancionable el incumplimiento del deber objetivo de cuidado, y dejan sin sanción a las conductas culposas que se adecuan al resto de los tipos penales, a pesar de que lesionen bienes jurídicos relevantes para la salud y el medio ambiente sano, a la par de la consideración que el citado Código tiene para los delitos culposos, al establecer una reducción de la pena de hasta una cuarta parte. Estas medidas legislativas abonan en la indiferencia y negligencia de las conductas que se desenvuelven dentro de las estructuras organizacionales. Por lo que el presente trabajo pretende ir más allá de la solución expuesta por la dogmática penal mediante la responsabilidad individual por infringir el deber de cuidado, sin dejar de lado que, para el caso de los tipos penales consagrados en los artículos 414 y 415 del CPF que admiten sanción en su forma culposa, se circunscriben sólo a la “hipótesis de resultado”, y dejan fuera de la tutela penal las conductas que generan riesgos a los bienes jurídicos consagrados en éstos. Esto es, a pesar de tratarse de delitos de peligro abstracto, por ser delitos al medio ambiente, cuyo resultado material se puede materializar al curso del tiempo, cuando se trata de analizar una conducta que ha infringido el deber de cuidado no será sancionable si “sólo” crea un riesgo a estos imponderables bienes jurídicos, la salud y el medio ambiente sano.

Esto da la pauta para comentar la limitante que, en términos de autoría, presenta el artículo 13 del CPF,<sup>318</sup> pues los cabos sueltos de los aportes indi-

---

<sup>318</sup> Código Penal Federal, en su artículo 13 establece: “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.

viduales que se difuminan en una estructura organizacional no encuentran cabida en las formas de autoría directa, coautoría ni autoría mediata, y con muy forzadas valoraciones se podrían encuadrar en la fracción VIII del artículo en comento, relativa a la autoría indeterminada, con los riesgos que conlleva su compleja integración, 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. Pensemos en los daños generados a la fauna y al medio ambiente que le fueron imputados a Industrias Peñoles<sup>319</sup> y Mina de Cobre La Parreña mediante una acción colectiva difusa interpuesta por Acciones Colectivas de Sinaloa, por la responsabilidad directa en la contaminación del arroyo Milpillas, la presa del Comaquito y el río Magdalena en Sonora, México. Pues a decir de los actores, la demandada, entre el 23 y 29 de diciembre de 2014, derramó en el arroyo Milpillas

...miles de metros cúbicos de cianuro y sustancias contaminantes que se utilizan en la explotación y operación de la mina, además de aguas contaminadas con ácido sulfúrico y otros contaminantes... niveles de contaminación del arroyo, la presa y el río están por encima de lo permitido por las Normas Oficiales Mexicanas NOM127SSA1-1994.<sup>320</sup>

Lo que indudablemente generó un daño tanto en la fauna como en la flora, en las aguas y en el medio ambiente de la región, sin que sea localizable para el público en general, información sobre el seguimiento dado al tema. No obstante, sirva este hecho real para valorar todas las conductas que no alcanzan una imputación individual hacia alguna de las formas de autoría consagradas en el CPF, y a la vez, por tratarse de una división de trabajo, en donde impera el principio de confianza, resulta complejo imputar una responsabilidad en aras de imputación objetiva, pues cada rol de la empresa tiene sus propias responsabilidades, y mientras los actores acrediten que éstas fueron cumplidas, no se les puede responsabilizar de aquellas circunstancias de riesgo conocidas pero imputables a otro de los eslabones de la cadena productiva. Esto es, la persona encargada de separar los productos

---

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”.

<sup>319</sup> Véase en: <https://www.sdptnoticias.com/local/sonora/2015/07/22/demandan-a-penoles-y-mina-de-cobre-por-contaminacion-de-arroyo-milpillas>.

<sup>320</sup> SDPnoticias.com, 22 de julio 2015, Se puede consultar en la siguiente liga electrónica: <https://www.sdptnoticias.com/local/sonora/2015/07/22/demandan-a-penoles-y-mina-de-cobre-por-contaminacion-de-arroyo-milpillas>.

contaminantes no es responsable de la calidad de los depósitos en que éstos se almacenarán (labor a cargo del encargado de compras y del encargado de calidad), por lo que, atento al principio de confianza que rige la imputación objetiva, éste simplemente se aboca a su deber de cuidado en torno a la separación de productos contaminantes, y de prever como posible que el depósito no esté en condiciones adecuadas, tendrá la opción de confiar en la debida actuación de quien le antecede en la cadena productiva, o bien ir más allá de su propio deber de cuidado y solidarizarse con el riesgo previsto (siendo esto lo que demanda la sociedad del riesgo), en donde cada vez se extienden más las responsabilidades del actuar individual. En donde sólo en aras de la solidaridad y la responsabilidad penal colectiva se debe exigir a la persona encargada de separar los residuos contaminantes, que con su aporte individual cargado de conocimiento o factibilidad de conocer ha aportado comunicabilidad a la cadena de producción del resultado, aun cuando no se acredite la infracción de un deber de cuidado, ni mucho menos un nexo causal individual que permita acreditar un injusto individual, sino más bien un injusto colectivo.

Para poner en perspectiva la problemática antes planteada, cabe ejemplificarlo con el juicio penal por fraude instaurado en contra de la empresa automotriz Volkswagen (VW) ante la Corte de Estados Unidos, que fue sentenciada en 2017 por la instalación de “dispositivos de engaño” en algunos vehículos con el fin de modificar los registros de emisiones contaminantes NOx del diésel, emisiones contaminantes que, según estudios realizados por la Universidad West Virginia, realmente rebasaban cuarenta veces el límite promedio de contaminantes permitido, incluso hasta ochenta veces en estudios sobre carretera. Esta situación al parecer era un “secreto a voces” entre varios empleados, y pese a varios requerimientos, algunos ingenieros de la empresa cambiaron el *software* para ello y siguieron burlando las pruebas de emisiones contaminantes. En el juicio celebrado a la VW, sus ejecutivos terminan “disculpándose por tan terrible error”, sosteniendo que el área corporativa nunca lo autorizó, y que “algunos de los ingenieros lo han de haber hecho”. Como resultado de la investigación, seis ejecutivos de la VW fueron condenados a prisión por cometer fraudes electrónicos y violar la Ley de aire limpio y obstrucción de emisiones bajo afirmaciones falsas, sin que se haya podido fincar responsabilidad penal a todos los ejecutivos e intervinientes del delito.

Este ejemplo nos habla de una cultura del fraude dentro de la empresa, lo que se ha vuelto el común denominador para la mayoría de las estructuras organizacionales, en donde las estrategias de venta son indiferentes ha-

cia los daños que provocan al ser humano y al medio ambiente en general, pues la voracidad por la producción y los satisfactores económicos se han vuelto la prioridad de las empresas. Ante esta situación, cabe preguntarnos ¿quieres trabajar para una empresa que mata seres humanos y que contribuye a la destrucción del medio ambiente? Si la respuesta lógica nos lleva al “no”, ¿por qué existen cientos o miles de personas trabajando para este tipo de estructuras organizacionales?, estructuras en las que, si no fuera por la división de trabajo y la dependencia de ésta para con sus trabajadores (desde el de más alta jerarquía hasta el más pequeño de los aportes), no alcanzarían sus objetivos. De ahí que todos los trabajadores que contribuyen con su aporte consciente en esta cadena productiva deben ser penalmente responsables por los resultados delictivos generados por la empresa.

Ahora bien, identifiquemos qué estructuras jurídicas tenemos en nuestro país para sancionar las conductas que se despliegan dentro de una estructura organizacional, y para ello ejemplifiquemos con un hecho verídico, las prácticas corporativas de la empresa Monsanto, enfocada a la agricultura, “desarrollando organismos genéticamente modificados y agrotóxicos como los herbicidas Lasso —ahora prohibido en Europa— y el tan sonado Roundup Ready, hecho a base de glifosato, sustancia catalogada en 2015 por la Agencia Internacional de Investigación sobre Cáncer de la Organización Mundial de la Salud como probable cancerígeno para el ser humano”.<sup>321</sup> El tema es complejo, pues se trata de una empresa multinacional de gran poder económico que opera en nuestro país y que, derivado de su actuar, está generando daños a la salud y al medio ambiente altamente preocupantes; entre los riesgos denunciados se encuentran: “deforestación de selvas para tierras de cultivo de soya y maíz, construcción de pozos ilegales de extracción y absorción de agua, contaminación de mantos freáticos por glifosato en la Península de Yucatán y afectaciones a la producción de miel por restos de polen de soya transgénica”.<sup>322</sup> Ante esta realidad, ¿es posible hablar de responsabilidad penal de la persona moral y de las personas físicas que despliegan conductas que lesionan bienes jurídicos consagrados en el CPF?

---

<sup>321</sup> Periódico digital *Siembargo.mx*, nota de Edith Martínez, de octubre 17 de 2016, puede consultarse en: <http://snip.ly/d02wr#http://www.sinembargo.mx/17-10-2016/3104735>.

<sup>322</sup> *Idem*. Problemática que ha sido atendida vía amparo en demanda de los pueblos indígenas mayas por el derecho a la consulta consagrado en el artículo 2o. constitucional, toda vez que las actividades de Monsanto por la siembra de soya genéticamente modificada “afecta una práctica histórica tradicional como la apicultura, y existe una clara violación al derecho a un medio ambiente sano por el uso excesivo de herbicidas y la deforestación que esa práctica implica”, práctica que nunca les fue consultada, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/367022/ganan-amparo-contra-monsanto-dos-comunidades-mayas-de-campeche>.

A nuestro juicio, la responsabilidad penal debe extender su margen de acción, pues no basta con multas y sanciones de reparación del daño centradas en el aspecto económico, pues es innegable que esas sanciones no intimidan a las empresas y no frenan a los individuos a seguir cometiendo conductas delictivas ni a seguir solapándolas.

Para ejemplificar la postura aquí sostenida, vamos a partir del supuesto de que se ha acreditado el hecho consagrado en el artículo 420 ter del CPF, en el que se impone una pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa a quien, “en contravención a lo establecido en la normatividad aplicable... libere al ambiente, algún organismo genéticamente modificado que altere o pueda alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales”, artículo que considera como organismo genéticamente modificado “cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de ingeniería genética”. En este ejercicio, este hecho le resulta imputable a la empresa Monsanto, ante lo cual, para efectos de fincar autoría penal de sus integrantes, el artículo 13 del CPF establece la autoría directa, la coautoría y autoría mediata, formas de autoría que presentarían las siguientes dificultades para su acreditación:

Autoría directa (artículo 13, fracción II, CPF). Relativa a “los que lo realicen por sí”, en donde el autor tiene el dominio directo del hecho, por tener dominada su voluntad, y ser quien realiza de modo directo y personal, de tal suerte que sólo de él depende el interrumpir o concretar su conducta en el hecho delictivo.

Dificultad: conforme nuestra legislación, delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7o., CPF), acciones u omisiones delictivas que sólo pueden sancionarse en su forma dolosa o culposa (artículo 8o., CPF); pero como el artículo 420 ter que nos ocupa no se encuentra consagrado en el *numerus clausus* (artículo 60, CPF), solamente admite su comisión dolosa, por lo que se deberá acreditar que el autor actuó con conocimiento de los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, a la vez que quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley (artículo 9o., CPF), esto es, se debe acreditar la concreción del elemento cognitivo y volitivo del dolo hacia el hecho típico.

Hipótesis 1. Acreditar que algunos directivos de la empresa tienen dolo directo de alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales. Esta situación es por demás compleja, por cuanto hace a la comprobación del elemento volitivo del dolo, y en caso de acreditarse, lo más probable es que sólo se concretaría para unas

cuantas personas de la empresa, y principalmente de estructuras jerárquicas relacionadas con tomas de decisión o dueños.

Hipótesis 2. Acreditar dolo eventual, en donde el conocimiento permite a los autores prever el riesgo (a nivel cognitivo) y conformarse o aceptar su realización (como elemento volitivo). Siendo igualmente complejo acreditar esta parte subjetiva del dolo, aunado a la dificultad que presenta el delgado límite que existe entre el dolo eventual y la culpa con representación, en donde, si el sujeto sostiene que en la parte volitiva de su conducta “confió en que el resultado no se produciría”, ya estaremos en el escenario de la culpa con representación, y como el artículo 420 ter del CPF no admite sanción en su forma culposa, esto nos llevaría a la no existencia de reproche penal. Sólo por un “juego de palabras”, que en realidad llevan a la impunidad.

Hipótesis 3. Valorar la responsabilidad que emana del “deber de cuidado”, en atención al cual se deberán precisar los límites del rol de cada uno de los intervinientes, con la valoración del “principio de confianza” que impera en estructuras que se rigen por una división de trabajo. Se puede fincar responsabilidad penal a aquel sujeto que al haber omitido llevar a cabo su deber de cuidado ha generado el resultado típico, ante lo cual, para establecerle el reproche penal se requiere un resultado material, lo que deja fuera los delitos de peligro y las conductas omisas, que sólo ponen en riesgo bienes jurídicos relevantes para el derecho penal, así como las demandas de la actual sociedad del riesgo en cuanto la exigencia de ir más allá de “lo que nos toca hacer”, atendiendo a los principios de evitabilidad y solidaridad hacia la creación de resultados lesivos para la colectividad. Tratándose del deber de cuidado de quienes trabajan en la empresa y omitieron llevar a cabo medidas de supervisión del producto, liberando al ambiente organismos genéticamente modificados, con el consecuente resultado típico que nos ocupa, sólo se podrá responsabilizar a quien tenía el rol de supervisor de dichos organismos modificados, a la par de lo cual deberá valorarse si el resultado típico está directamente relacionado con el deber de cuidado del sujeto que omitió haberse desempeñado con la diligencia debida; el análisis se hará a la luz del injusto individual, que no alcanza a fincar responsabilidad por delitos de peligro ni alcanza a responsabilizar conductas que no presentan un nexo de evitabilidad individual para con el resultado, a pesar de tratarse de omisiones e indiferencias que sí lesionan bienes jurídicos relevantes para la sociedad, sin menoscabo de la insuficiencia que para la actual sociedad del riesgo implica el actuar con el “debido cuidado en el plano del rol individual”, pues más allá se espera un actuar acorde a los principios de evitabilidad y solidaridad, atento a los cuales el sujeto vaya más allá de su

propio deber de cuidado y se involucre en el cuidado que compete a todo el colectivo.

Coautoría (artículo 13, fracción III, CPF). Relativa a “los que lo realicen conjuntamente”; se destaca en los coautores el dominio funcional del hecho, quienes colaboran de manera consciente y voluntaria; se debe acreditar que los coautores cuentan con un acuerdo previo hacia el fin común, reparto de acciones, y que sus aportes se den de manera relevante en la fase ejecutiva, en donde independientemente de lo pequeño que sea el aporte individual, todos responden por el hecho delictivo.

Dificultad: el tema de la acreditación del dolo guarda el mismo análisis que el hecho para la autoría directa, con la dificultad adicional de acreditar que todos los coautores se han puesto de acuerdo para concretar el hecho típico en forma dolosa, y que la distribución de trabajo es tal que la suma de todos los aportes están dirigidos al resultado delictivo y que se han desplegado en la fase ejecutiva del *iter criminis*. Dentro de las estructuras jerárquicas de las organizaciones, esta situación no se presenta de manera voluntaria entre todos los empleados, de ahí que no se logre acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes bajo la forma de coautoría, ante lo cual, como en el caso de la empresa Monsanto, existen muchas conductas que no pueden ser responsabilizadas como coautoría, por no estar estrechamente relacionadas con la realización del delito.

Hipótesis. Los directivos, al estar alejados de la fase ejecutiva del *iter criminis*, no alcanzan a cumplir con uno de los requisitos de la coautoría, mientras que los empleados que sí están en la fase ejecutiva no cuentan con el dominio funcional del hecho, pues ellos no han establecido un plan común ni reparto de acciones más allá que llevar a cabo su “trabajo”, sin que dependa de su voluntad individual el dominar su aporte individual, pues pueden acreditar que sólo ejecutan órdenes, ante lo cual, tanto los ejecutivos como los empleados podrán sostener que no son coautores. Esto deja fuera de responsabilidad penal a ambos extremos de la cadena productiva de las organizaciones, con la correspondiente impunidad.

Autoría mediata (artículo 13, fracción IV, CPF). Relativa a “los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro”, la cual se centra en el dominio de la voluntad del “instrumento” de parte del autor mediato, sea por medio del error, la coacción o los aparatos organizados de poder. En donde lo esencial del concepto de acción “es la conducta humana dominable por la voluntad, con lo que la voluntariedad queda como un supraconcepto”,<sup>323</sup> de ahí que

---

<sup>323</sup> Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito*, México, Porrúa, 2005, p. 5.

aun cuando la conducta del autor mediato no refleje un nexo de causalidad hacia el resultado, es precisamente el dominio de la voluntad del instrumento lo que relaciona su conducta con el hecho delictivo.

**Dificultad:** el estudio que nos ocupa no se centra en instrumentos con una voluntad dominada (eventos que a nuestro juicio los resuelve la autoría mediata). Nos referimos a la conducta de los sujetos que desplegaron aportes comunicativos con voluntad propia, sea en su forma dolosa o culposa, conductas que no han sido instrumentalizadas, y que merecen un reproche penal por el aporte con carga comunicativa hacia el hecho delictivo. Hablamos principalmente de conductas centradas en la culpa, sea por indiferencia, negligencia o descuido, e incluso aquellas basadas en un dolo eventual.

**Hipótesis.** Los ejecutivos de la empresa Monsanto, e incluso los empleados con puestos de mando, pueden ser responsables del delito que nos ocupa en su forma de autoría mediata, siempre que se acredite la existencia de algunos “instrumentos” como ejecutores del evento causal, quienes fueron dominados en su voluntad por el “aparato organizado de poder”. Esta forma de autoría no resuelve la responsabilidad penal de los empleados que desplegaron su conducta con voluntad propia, sin que ésta estuviera dominada, pero que definitivamente no son autores directos, al no haber realizado la conducta por sí, ya que su actuar no agotó el verbo núcleo del tipo, ni son coautores al faltar los requisitos de esta forma de autoría conjunta. Ante esta situación, las conductas quedan fuera de responsabilidad penal, con la impunidad que conlleva que el actuar irresponsable e indiferente parezca estar permitido por el derecho penal.

Autoría establecida en la fracción VIII del artículo 13, CPF. Relativa a “los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo”. Esta forma de autoría supera las condiciones de acuerdo previo y reparto de acciones en la fase ejecutiva externa requeridas por la coautoría, y se centra en todas las conductas individuales que intervinieron en la comisión del hecho delictivo con el dominio de su voluntad; su punto débil es la imposibilidad de precisar el resultado que cada quien produjo.

**Dificultad.** La imposibilidad de precisar quién o quiénes produjeron el resultado genera serios problemas a nivel de culpabilidad, toda vez que conforme lo dispuesto en el artículo 52 del CPF, el juez, para fijar las penas y medidas de seguridad, deberá tomar en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;
- II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios

empleados para ejecutarla; III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito.

A su vez, el artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) en su cuarto párrafo establece:

El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

Pero si se desconoce el “resultado que cada quien produjo”, ¿cómo es que se va a fincar un juicio de reproche basado en la responsabilidad individual? Esto nos lleva a terrenos de ilegalidad, así como a un vacío, que puede aprovechar la defensa del delincuente, quien podrá sostener a su favor falta de legalidad y franca violación al principio de culpabilidad, ya que el propio artículo 13 del CPF en su párrafo último establece que tanto los autores como los partícipes “responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad”.

Hipótesis 1. Responsabilizar a todos los integrantes de la empresa que produjo el hecho delictivo, aun cuando se desconozca el resultado que cada quien produjo, simplemente por haber estado ahí, lo que nos ubica en el terreno de la injusticia y la ilegalidad.

Hipótesis 2. La imposibilidad de llevar a cabo la individualización de la pena a quienes se considere que se adecuan a esta forma de autoría, ya que si se desconoce el resultado que cada quien produjo, será imposible graduar el injusto penal en términos de desvalor de acción y desvalor de resultado, lo que lleva a la imposición de una pena carente de legalidad y con una amplia posibilidad de ser anulada en vía de impugnación, lo que daría como resultado final la impunidad de quien sí tiene responsabilidad penal, pero no a la luz de un injusto individual 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 de que en el fondo el injusto típico se configurará con la acción colectiva<sup>324</sup> de sus intervinientes. Esta realidad,

---

<sup>324</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”.

como se ha comentado en capítulos anteriores, es insuficiente para incluir esos aportes en la figura de la coautoría, por lo que una gran cantidad de conductas relevantes para el resultado quedan fuera de la imputación penal, al no ser claros los parámetros de imputación del reproche penal.

Después de este acercamiento a las formas de autoría del derecho penal, sigue la interrogante: ¿qué hacemos con las conductas que de manera voluntaria desplegaron aportes con relevancia comunicativa hacia la comisión del hecho delictivo en estudio y no encuentran cabida en las formas de autoría directa, coautoría, autoría mediata ni autoría indeterminada? ¿Impunidad?

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 estructura organizacional, hayan contribuido con sus aportes cuantitativos cargados de conocimiento o factibilidad de conocer, en la creación de un resultado o un riesgo sancionado por el derecho penal.*

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 CPF, al considerar un aumento o disminución de la pena de acuerdo con el conocimiento que se tenga respecto de las 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 elementos objetivos del tipo o la indiferencia ante su conocimiento, donde 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. Para una mejor referencia, a continuación se transcribe el precepto:

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 sinnúmero 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 la 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. Esta problemática 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 emplee 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, 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 una comunicabilidad entre valoraciones subjetivas, ya que las 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 el beneficio a aquel aporte que cumpla con los requisitos propios de la excusa absolutoria.

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, cobra relevancia la incorpora-

ción del injusto colectivo, atento al cual, más allá de la cualidad del sujeto que interviene en la organización, interesará su aporte cuantitativo; así se pueden incluir también a los sujetos no cualificados requeridos en los delitos especiales. Estas particularidades se considerarán en la culpabilidad, ya 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 del 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 estaría constituido por el elemento cognitivo, por lo que igualmente el error de tipo destruirá el dolo, lo que podría generar 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 CPF). 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 CPF, 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, en donde se regule la autoría en su forma de responsabilidad colectiva, así como un párrafo último que precise los alcances de ésta, para quedar como sigue:

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

...

IX. Los que formando parte de una estructura organizacional, lo realicen mediante aportes cuantitativos con carga comunicativa al hecho delictivo.

...

...

Para efectos de la fracción IX serán aportes cuantitativos con carga comunicativa, los aportes individuales que conforman la cadena del hecho delictivo por haber sido desplegados con conocimiento o capacidad de conocer el resultado, o bien por falta o indebida previsión del mismo. Estudiando la carga volitiva de la conducta del sujeto a nivel de culpabilidad para efectos de establecer el reproche penal individual en consideración de los principios de evitabilidad y precaución.

Con base en lo anterior, serán responsables todas las conductas que, de manera voluntaria deciden llevar a cabo su conducta dentro de la cadena productiva de la estructura organizacional, a pesar de conocer que con su actuar contribuyen a la cadena del hecho delictivo (o que le sea posible allegarse de dicho conocimiento) o bien no prevean el riesgo que conlleva su conducta siendo previsible (por su indiferencia, ignorancia o descuido). Ello implica responsabilizar estas conductas sólo por la carga cognitiva, y dejan la parte volitiva para el momento de graduar el reproche penal individual, con base en lo que quería el sujeto o ante lo que fue indiferente. Con base en esa responsabilidad, penal es factible sancionar (a la par de la responsabilidad de la persona jurídica Monsanto) a todos los sujetos que al amparo de esta empresa desplegaron su conducta con conocimiento o capacidad de conocer, al ser negligentes o indiferentes hacia la concreción del hecho delictivo consagrado en el artículo 420 ter del CPE, y pese a ello se determinaron voluntariamente a llevar a cabo su aporte cuantitativo con comunicabilidad hacia el hecho típico.

Así, la autoría por responsabilidad colectiva permitirá ir más allá de las aristas que en el tema presentan figuras como el deber de cuidado, la autoría directa, la coautoría, la autoría mediata y la autoría indeterminada. 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 (determinados por cada tipo penal)
  - b. *El dolo como único elemento subjetivo del tipo*
    - i. *Dolo directo (actuar con conocimiento de los elementos del tipo)*
    - ii. *Dolo eventual (actuar previendo 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 volitivo del dolo (querer y tolerar o aceptar el resultado)*
    - 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 con carga comunicativa a la cadena del hecho, y ii) la suma de éste con el resto de los aportes carga comunicativa a la cadena del hecho que, de manera conjunta hacen posible el resultado).*

A la luz de esta propuesta, se propone:

- a) Analizar las conductas a la luz del nexo causal del colectivo hacia el resultado, lo que 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 generado con los aportes cuantitativos individuales que cuentan con carga comunicativa hacia el hecho delictivo, para superar la barrera del nexo individual, pues los aportes cuantitativos a que nos referimos sí son relevantes cuando se despliegan en una estructura organizacional, en donde es precisamente la suma de todos los aportes individuales lo que desencadena el hecho.
- b) Se propone integrar el *dolo* como único elemento subjetivo del tipo, que se subdividirá en dolo directo (actuar con conocimiento de los elementos del tipo) y dolo eventual (actuar previendo el peligro o peligrosidad de su conducta). Lo anterior implica tener por integrado el dolo sólo con la parte *cognitiva*, con base en la cual el sujeto se

determinó a ejecutar una conducta relevante para la cadena generadora del hecho delictivo, y dejar la parte volitiva para análisis en la culpabilidad, lo que nos permitirá integrar la parte subjetiva del tipo sólo con los aportes cuantitativos cargados de comunicabilidad delictiva, para integrar así a la responsabilidad penal dolosa a todas las conductas indiferentes y negligentes hacia hechos delictivos que se esconden y difuminan en el entramado organizacional, lo que permitirá abatir la impunidad en este ámbito.

- c) Al concretarse la parte subjetiva del tipo para la responsabilidad penal sólo con el dolo (como se ha especificado con antelación), se elimina la comisión de las conductas comunicativas al hecho delictivo en forma culposa, al superar con ello la barrera que genera el *numerus clausus*, al dejar fuera de responsabilidad penal los delitos no consagrados en el artículo 60 del CPE. A la vez, permite incluir todas aquellas conductas que se han determinado por ser parte de la cadena generadora del hecho colectivo, a pesar de tener conocimiento o capacidad de conocer el resultado delictivo, lo que dota de objetividad a esta forma de responsabilidad penal, a fin de 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.
- d) La antijuridicidad se analizará en los mismos términos que se hace para la conducta individual.
- e) Se reafirma la configuración del *injusto colectivo*, que 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 de cualquier otra limitación a la suma de aportes individuales que concretaron el resultado colectivo.
- f) 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 de que el nivel de causalidad individual sea mínimo o muy lejano al resultado, tengan responsabilidad penal, y, por ende, merecimiento de pena o sanción.

- g) Por último, en el análisis de la autoría por responsabilidad colectiva se conservará la sistemática de figuras dogmáticas, como error (de tipo y de prohibición) en el nivel de la estructura del delito en que hasta ahora lo ha venido haciendo la dogmática; 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.

Conforme el funcionalismo sistémico en seres humanos funciona en un sistema que se adapta a los intereses de cada sociedad, sistema en el cual desempeña un rol que genera las expectativas de cumplimiento, en términos generales de cumplir con aquello que establece la norma. Estas expectativas “sólo podrían admitirse en la medida en que no se despojare al individuo, al hombre empírico, de la cualidad inmanente de la dignidad, cifrada en el entendimiento que le permite discernir y elegir conforme a sus fines, y en la responsabilidad que asume al actuar”.<sup>325</sup> Lo que implica que el hombre no es un ser atávico, sino una persona con libertad de decisión y con capacidad de determinarse por sus actos; por ello, la sociedad le confía un rol, máxime si de división de trabajo se trata, en donde, más allá de las “voluntades” inmersas en las conductas, lo significativamente relevante para los riesgos que se asumen dentro de las estructuras organizacionales es el aspecto cognitivo de la conducta, y la determinación del sujeto por concretar su conducta dentro de la cadena del hecho delictivo, sabiendo o previendo que su aporte, con la suma del resto de los que integran el colectivo, generará un resultado típico. Esta indiferencia es la que interesa, pues es la que está haciendo posible que las empresas generen grandes daños en ámbitos del derecho penal, por individuos indiferentes que actúan con total impunidad.

Mientras que, de frenarse, de una forma más enérgica estas conductas cuantitativas cargadas de comunicabilidad al hecho delictivo, las empresas

---

<sup>325</sup> Nino, Luis Fernando y Matus Acuña, Jean Pierre, *Dogmática jurídica y ejercicio del poder. Riesgos del vasallaje cultural en la doctrina penal latinoamericana*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 42.

no tendrían quién les hiciera el “trabajo sucio”. Así, estos sujetos que no tienen sanción penal bajo un injusto individual sí serían penalmente responsable en aras de una autoría por responsabilidad colectiva, lo que permitirá salvaguardar bienes jurídicos relevantes, como lo son la salud y el medio ambiente sano, a la par de reconstruir la confianza en la norma de parte de quienes han fincado expectativas en ésta.

## II. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PARA PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El 5 de marzo de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el CNPP, con objeto de establecer las normas aplicables a la investigación, procesamiento y aplicación de la sanción de los delitos cometidos en el territorio nacional. La normatividad 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, pues así como las personas jurídicas tienen derechos, también tienen obligaciones, y “actúan en el tráfico jurídico, contratan, compran, enajenan, pero también defraudan y corrompen a servidores públicos... las personas jurídicas tienen capacidad de acción, por lo que estaría en condiciones de realizar un injusto penal”.<sup>326</sup>

Esta disposición garantista pretende superar las banales responsabilidades civiles y administrativas, cuyas sanciones pecuniarias no han resultado suficientemente disuasorias a las múltiples conductas lesivas que han venido desplegando diversas empresas, y cuyas consecuencias las ha pagado la sociedad misma, en perjuicio de sus derechos más elementales, como se ha sostenido en el curso del presente trabajo.

---

<sup>326</sup> Ontiveros Alonso, Miguel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (algunos desafíos de cara a su implementación)”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 340.

En este contexto, y para el análisis que nos ocupa, interesa resaltar la forma en que estaba redactado el artículo 421 del CNPP:

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*.

La redacción inicial del artículo que nos ocupa presentaba el serio problema de accesoriadad de la responsabilidad de la persona jurídica a la acción penal en contra de la persona física, de tal suerte que si no se contaba con una persona física a quien hacer responsable por la conducta generadora del delito, resultaba improcedente ejercer la acción penal en contra de la persona jurídica, lo que generaba un círculo vicioso, ya que con la responsabilidad individual que utiliza la dogmática penal, como se ha demostrado, resulta sumamente complejo fincar un nexo de causalidad de las conductas individuales de los empleados hacia el resultado colectivo, lo que implica un vacío normativo relevante y una norma carente de sentido.

Por fortuna, esta situación fue advertida, y derivado de la reforma al CNPP del 17 de junio 2016, el artículo 421 sufre reformas interesantes en el análisis que nos ocupa, a quedar en los siguientes términos (vigente a la fecha):

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal y *responsabilidad penal autónoma*. Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, *cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho*.

...

Las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, que pudieran concurrir en alguna de las personas físicas involucradas, no afectará el procedimiento contra las personas jurídicas, salvo en los casos en que la persona física y la persona jurídica hayan cometido o participado en los mismos hechos y estos no hayan sido considerados como aquellos que la ley señala como delito, por una resolución judicial previa. Tampoco podrá afectar el

procedimiento el hecho de que alguna persona física involucrada se sustraiga de la acción de la justicia.

Las personas jurídicas serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas.

Como se puede observar de las partes resaltadas en el artículo antes transcrito, actualmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya es independiente de la responsabilidad penal de las personas físicas, lo que de alguna manera deja a salvo la problemática que presentaba este artículo antes de la reforma en comento, de tal suerte que se ha superado la barrera de la accesoriedad de la responsabilidad penal de la persona jurídica a la responsabilidad penal de la persona física. Ahora incluso las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal a favor de la persona física no eximen de responsabilidad penal a la persona jurídica (salvo que se acredite estar ante hechos que la ley no considere como delito). Incluso cuando la persona física se sustraiga de la acción de la justicia, no se afectará el procedimiento seguido para con la persona jurídica, lo que implica que la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma.

No obstante lo anterior, el artículo en análisis sigue presentando un “obstáculo” para acreditar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por cuanto hace a los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, pues se deberá acreditar una circunstancia de modo consistente en que “existió inobservancia del debido control en su organización”, lo que implica que mientras la persona jurídica cuente con un “control del riesgo” que prevenga la comisión de delitos, el resultado de éstos no será atribuible a la empresa, pues sostendrá en su favor que “no hay inobservancia del debido control en su organización”, y la falta de dicho elemento objetivo podrá eximirlo de responsabilidad penal y quedar sólo en la esfera de la responsabilidad civil.

Ante esta exigencia de la norma, surgen estructuras como el *criminal compliance*, con el objetivo de parte de las empresas, de “procurar evitar la realización de conductas infractoras de la ley”,<sup>327</sup> con una actitud de fidelidad al derecho por parte de éstas, mediante la implementación de mecanismos y procedimientos para la oportuna detección de los riesgos, a través de los cuales se busca establecer criterios objetivos para juzgar la responsabilidad de las empresas en caso de que sus integrantes (ejecutivos y empleados) cometan, a nombre de ésta, hechos delictivos. Para que estos criterios

---

<sup>327</sup> Arocena, Gustavo A., “Acerca del denominado *criminal compliance*”, *Crítica Penal y Poder*, núm. 13, 2017, p. 132.

sean válidos ante una corte deberán cumplir con cinco fases: “1) elaboración de un diagnóstico institucional que incluya la detección y eliminación de riesgos; 2) Diseño de reglas mínimas y autorregulación (protocolos); 3) Capacitación y evaluación periódica del personal de la empresa; 4) Implementación de un sistema de denuncias interno y externo; 5) Implementar un sistema de supervisión y sanción liderado por un *compliance officer*”.<sup>328</sup> Sin que exista una sola forma de compliance, pues cada empresa tiene sus propios riesgos, y habrá de generar sus propios mecanismos de prevención y detención de éstos.

La prevención general obra a cargo de las empresas, pues corre a cargo de éstas la previsión de los delitos que puedan cometer sus empleados, que materialmente, como sostiene Shünemann, es la “reacción a un estado defectuoso”,<sup>329</sup> en donde la imposición de la pena a la empresa se vuelve en el reproche, por no haber previsto ni evitado el resultado de lesión, como si todo actuar de las organizaciones se cetrara en la falta de cuidado, en que “un empleado subordinado de la empresa no ha sido controlado de un modo efectivo por un miembro de la dirección empresarial”. Esta anticipación del derecho penal se queda corta si no logra valorar a la par la responsabilidad penal de las personas físicas, que sí son responsables bajo su propio injusto en aras de un injusto colectivo.

Ahora bien, para el tema que nos ocupa este artículo del CNPP, sigue dejando la responsabilidad de las personas físicas al análisis de la imputación individual, con el auxilio de un injusto penal individual, lo que, como se ha sostenido, no es suficiente para responsabilizar las conductas que se difuminan en el entramado organizacional, pese a su responsabilidad penal a la luz de la autoría por responsabilidad colectiva aquí propuesta, aunado a la exigencia de que los delitos cometidos por la persona física sean “cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen”.

Lo que guarda sentido a lo analizado por Tiedemann:

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,

---

<sup>328</sup> Ontiveros Alonso, Miguel, “¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal? (a propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales)”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2017, p. 143. Puede consultarse en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/14.pdf>.

<sup>329</sup> Shünemann, Bernd, “La responsabilidad penal de las empresas. Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 519.

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 tradicionales del Derecho penal frente a dificultades tan grandes que resulta indispensable una nueva manera de abordar los problemas.<sup>330</sup>

Coincidimos con tal planteamiento, 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; a la par, con mayor énfasis se insiste 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.

Así, a juicio de Feijoo,

...las razones que se suelen ofrecer para defender la responsabilidad penal de las personas jurídicas la relevancia de las organizaciones en las sociedades modernas lo que están defendiendo, en realidad, es que el Derecho Penal está legitimado para pretender que las organizaciones se preocupen porque sus actividades mercantiles o económicas sean conformes a la legalidad penal.<sup>331</sup>

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 la forma de autoría aquí planteada y la estructura de análisis del delito para estos casos de responsabilidad colectiva, a fin de

---

<sup>330</sup> Tiedemann, Kladeus, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, sitio web “derecho penal”, julio 1996, p. 102. Puede consultarse en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf).

<sup>331</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo, “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal en las sociedades mercantiles”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 157.

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 y que restablezca el nivel de confianza en la norma quebrantada.

De tal suerte que la prevención general esté dirigida a cada uno de los individuos que participen dentro de una estructura organizacional, a fin de que éstos asuman el compromiso que conllevan sus aportes individuales, y que, en la medida en que sus conductas sean desplegadas con contenido cognitivo o factibilidad de conocer, serán parte de un injusto colectivo, que facultará al derecho penal a reunir todas aquellas conductas que en forma cuantitativa hayan generado un aporte comunicativo a la producción del hecho delictivo (sea de lesión o de peligro), basado al curso causal de la conducta humana, como persona responsable de sus propios parámetros de previsibilidad; 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 coresponsabilidad personal.

Como se ha sostenido en el presente trabajo, ante la dinámica actual que vive la sociedad y las actividades cada vez más complejas que se despliegan en ésta, los aportes individuales se tornan más complejos, y la dogmática se debe adecuar a ellos, bajo la pena de perecer por ineficaz, tal como lo sostiene Sancinetti en la conclusión de la publicación 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 la discrepancia para ciertos baremos ya establecidos, resulta satisfactorio ver que es precisamente a través de las discrepancias como 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>332</sup>

---

<sup>332</sup> Sancinetti, M., *op. cit.*, p. 239.

Será ahí, frente a la responsabilidad asumida por la dogmática y la teoría del delito ante las necesidades propias de un ente colectivo, donde tendrán sentido los conceptos de injusto colectivo y responsabilidad colectiva aquí propuestos, a fin de ampliar los niveles de responsabilidad, pues en tanto más compleja resulte la estructura y dinámica de una organización, más precisas y contundentes deben ser las herramientas dogmáticas con que delimitaremos la responsabilidad penal por organización.

Elevar el nivel de calidad de vida de la sociedad 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, la corrupción y los abusos e injusticias 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 las 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 el ser humano concibe al riesgo como algo inherente a su actividad diaria, 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 hacia terceros. Estas acciones ya no se pueden valorar sólo desde el plano individual, sino que deben analizarse en concordancia con el actuar de todos aquellos que integran un colectivo, tomando en cuenta que las conductas del uno cada vez están más interrelacionan con las conductas del otro, pues hay acciones que causan daños relevantes para el ser humano, y no es dable atribuir la responsabilidad penal por el hecho a la conducta de un solo individuo, ya que 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.

De ahí que en una sociedad del riesgo sean los aportes cuantitativos (cargados de conocimiento o factibilidad de conocer) 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 reper-

cute en los derechos de terceros, como lo son la salud y el medio ambiente sano, derechos fundamentales irrenunciables que se constituyen en 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, desplegadas dentro de un entramado organizacional con suficiente comunicabilidad hacia el hecho delictivo, surge la propuesta de autoría por responsabilidad colectiva, a fin de incluir, en el artículo 13 del CPF, relativo a “Los autores y partícipes del delito”, lo siguiente:

IX. Los que formando parte de una estructura organizacional, lo realicen mediante aportes cuantitativos con carga comunicativa al hecho delictivo.

...

Para efectos de la fracción IX serán aportes cuantitativos con carga comunicativa, los aportes individuales que conforman la cadena del hecho delictivo por haber sido desplegados con conocimiento o capacidad de conocer el resultado, o bien por falta o indebida previsión del mismo. Estudiando la carga volitiva de la conducta del sujeto a nivel de culpabilidad para efectos de establecer el reproche penal individual en consideración de los principios de evitabilidad y precaución.

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 difuminan 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 superpoderes 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 entramado organizacional, mayor conciencia tomarán respecto de su actuar, y dejarán 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 ellos, y con la corresponsabilidad que se tiene frente a la tutela de derechos que pertenecen a todos, yendo más allá del deber de cuidado, a fin de abarcar los principios de evitabilidad y solidaridad.

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 ins-

trumentos jurídicos suficientemente fuertes y eficientes como para que se responsabilicen de su actuar.

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 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 salvaguarde la dignidad humana, de ahí que las coincidencias y divergencias con lo aquí expuesto serán diálogos que abonen 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, mediante un derecho penal que sancione la responsabilidad penal por organización.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- ALCÁCER 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”, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>.
- AMBOS, Kai, “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, *Revista de Ciencias Penales*, San José, año 12, núm. 17, marzo de 2000.
- 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*, Bogotá, Externado de Bogotá, vol. XXI, núm. 67, septiembre-diciembre de 1999.
- ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, México, disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf>, 2010.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, “Derechos sociales”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>.
- 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.
- AROCENA, Gustavo A., “Acerca del denominado *criminal compliance*”, *Crítica Penal y Poder*, núm. 13, 2017.
- AZOLA, Miguel, “Responsabilidad moral colectiva. El estatus ontológico de las organizaciones y los límites de la comunidad moral”, *Revista de Economía y Estadística*, Buenos Aires, vol. XLIII (1), Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Córdoba-Argentina, 2005. Disponible en: [http://ief.eco.unc.edu.ar/files/publicaciones/economiyestadistica/2005\\_43\\_n1/2\\_7-alzola-impr.pdf](http://ief.eco.unc.edu.ar/files/publicaciones/economiyestadistica/2005_43_n1/2_7-alzola-impr.pdf).

- BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt, *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt y BORDONI, Carlo, *Estado de crisis*, México, Paidós, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt y DONSKIS, Leonidas, *Ceguera moral. La pérdida de la sensibilidad en la modernidad líquida*, México, Paidós, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- 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, disponible en: [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).
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Surcos, 2006.
- BECK, Ulrich, *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*, México, INAH/INI, t. 2, disponible en: [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.
- BURGUEÑO DUARTE, Luz Berthila, “Derecho penal a juicio”, *Diccionario crítico*, México, PGR-Inacipe, 2007.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel y MURILLO MORALES, Jaime (coords.), *Acciones colectivas. Reflexiones desde la judicatura*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial, 2013.
- CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal 2001-2002*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.

- CEREZO MIR, José, “La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español”, *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, disponible en: [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.
- CARBONELL, Miguel, *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penal supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- CRUZ MONTERO, Carlos, *Acerca del proceso penal peruano*, 2013, disponible en: <https://es.slideshare.net/carlosfercruz/acerca-del-proceso-penal-peruano>.
- CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito*, México, Porrúa, 2005.
- DE GIORGI, Raffaele, *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*, México, Fontamara, 2015.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique *et al.*, *Lineamientos prácticos de la teoría del delito y proceso penal acusatorio*, México, STRAF, 2014.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, STRAF, 2008.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, STRAF, 2006.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique y CANCIÓ MELLÁ, Manuel, *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Dolo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, España, Distribuciones Prosell, 1991.
- Diccionario jurídico básico*, 2a ed., Madrid, Colex, 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, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Los derechos fundamentales a la protección penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 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 y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal en las sociedades mercantiles”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en derecho penal*, México, Ángel Editor, 2002.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, *Revista de Ajuris*, Brasil, Ajuris, 2000.
- 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*, Bogotá, Universidad 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”, *Cuaderno de Análisis Jurídico*, núm. 1, 2004, disponible en: [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).
- 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, disponible en: <http://www.revistaaleph.com.co/component/k2/item/57-el-concepto-de-derechos-sociales-fundamentales?tmpl=component&print=1>.
- GARCÍA MARTÍN, Luis, “¿Qué es la modernización del derecho penal?”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, núm. 12, julio-septiembre de 2005.
- GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- GODINA, Célida, “Reflexiones sobre el principio de responsabilidad de Hans Jonas”, *Revista Observaciones Filosóficas*, 2008, núm. 6, disponible en: <http://www.observacionesfilosoficas.net/reflexionessobrelprincipio.html>.

- 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”, *Reforma*, México, 12 de septiembre de 2008.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría a la imputación en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 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, disponible en: <http://www.elcato.org/node/524>.
- JAKOBS, Günther, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, Porrúa, 2002.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, México, Ángel, 2002.
- JAKOBS, Günther, “Teoría y praxis de la injerencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. II, 1999.
- JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997.
- JAKOBS, Günther, *Problemas capitales del derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.
- JAKOBS, Günther, *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., Barcelona, 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”*, Granada, 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”, disponible en: <http://>

- [www.greenpeace.org/mexico/recomendamos/analisis-de-la-iniciativa-de-ley-federal-y-aprovechamiento-de-los-recursos-geneticos-lopez-barcenas](http://www.greenpeace.org/mexico/recomendamos/analisis-de-la-iniciativa-de-ley-federal-y-aprovechamiento-de-los-recursos-geneticos-lopez-barcenas).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, 3a. ed., México, Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, Niklas, “¿Qué queda del futuro?”, *Estudios Políticos*, México, cuarta época, núm. 21, mayo-agosto de 1999.
- MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, México, UNAM, 2003.
- MARTÍNEZ, Edith, Periódico digital *Siembargo.mx*, 17 de octubre 2016, disponible en: <http://snip.ly/d02wr#http://www.sinembargo.mx/17-10-2016/3104735>.
- 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, 2011, disponible en: [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*, Bogotá, núm. 2, enero-marzo de 2003.
- MIR PIUG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, 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, *Teoría general del delito*, 3a., ed., Bogotá, Temis, 2016.

- 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*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001 y 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- NIÑO, Luis Fernando y MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “Dogmática jurídica y ejercicio del poder”, *Riesgos del vasallaje cultural en la doctrina penal latinoamericana*, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal? (a propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales)”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2017.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (algunos desafíos de cara a su implementación)”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Sobre el concepto de derecho penal de riesgo”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, 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*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario de derecho penal*, México, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Perspectivas penales*, México, ActO-concretO, 2000.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva”, *Revista de Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- REYES ALVARADO, Yesid, “El concepto de imputación objetiva. Derecho penal contemporáneo”, *Revista Internacional*, Bogotá, 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, Civitas, t. I, 2003.

- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972.
- RUEDA MARÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 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.
- SHÁNCHEZ DÓRAME, Daniel, Nota 282: publicación *Excelsior*, 14 de agosto 2014, disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/08/14/976304>.
- SHÜNEMANN, Bernd, “La responsabilidad penal de las empresas. Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- SHÜNEMANN, Bernd, “¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites iniolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho”, Bogotá, Externado de Colombia, julio de 2007.
- SHÜNEMANN, 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, t. LV, 2004.
- SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Madrid, 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*, México, SCJN, 2014.
- TALA JAPAZ, Alberto, “La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 14, núm. 2-3, mayo-diciembre de 1987.
- TIEDEMANN, Klaus, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, sitio web “derecho penal”, julio 1996, disponible en: [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*, 2008, disponible en: <http://www.derechocivil.net/esp/LA%20HORIZONTALIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf>.

*Autoría penal por responsabilidad colectiva. Más allá del injusto individual*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 22 de marzo de 2019 en Litográfica Dorantes, S. A. de C. V., Oriente 241-A 29, colonia Agrícola Oriental, Iztacalco, 08500 Ciudad de México, tel. 5700 3534. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

---

Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con mención honorífica; maestra en Ciencias Penales con especialización en Ciencia Jurídico-Penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), con mención honorífica. Es especialista en Derecho Penal por el Inacipe y licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, Tijuana, B. C.

Actualmente se desempeña como profesora-investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California y coordinadora de investigación de Agenda Ciudadana por el Desarrollo y la Corresponsabilidad Social, A. C., donde coadyuva en la promoción y defensa de los derechos humanos.

Entre sus obras destacan: *Injusto colectivo. Con especial referencia a la responsabilidad penal por organización*, y *El sistema de impartición de justicia mixte; a través de los derechos humanos y de los pueblos indígenas en los municipios de Tlahuitoltepec, Tamazulapam y Ayutla, Oaxaca*.

# Luz Berthilo

BURGUENO DUARTE

**F**rente al actuar contradictorio del ser humano, en la actual sociedad del riesgo se encuentran, por un lado, individuos que cada vez soportan riesgos mayores e intolerables, mientras que otros tantos se benefician de dichos riesgos, pese al daño que se genera a derechos irrenunciables como la salud y el medio ambiente sano, derechos fundamentales que se constituyen en ejes rectores de la vida en sociedad, sin los cuales simplemente no sería viable la vida misma.

Esta realidad lleva a replantear la responsabilidad penal de conductas cargadas de conocimiento o factibilidad de conocer desplegadas dentro de un entramado organizacional con suficiente comunicabilidad hacia el hecho colectivo, en donde el elemento cognitivo del dolo genera una relación causal con el resultado contrario a la norma. Por ello, surge la propuesta de la *autoría por responsabilidad colectiva*, con lo que se plantea frenar conductas que a la luz de la responsabilidad penal individual se difuminan en el entramado organizacional, y generan indiferencia e impunidad por parte de los superpoderes de las empresas y de quienes las integran. Por lo que se requiere incrementar la conciencia y responsabilidad de todos los intervinientes de dichos entramados organizacionales.

