

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—”.⁴

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”,⁵ máxime

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

⁵ 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.⁶

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 nacen... Pero si toda la argumentación se desarrolla en el círculo moral, estas objeciones terminan en la ruptura de la disposición al acuerdo”.

⁶ *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.⁷

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.⁸

⁷ *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.

⁸ 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”,⁹ 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

⁹ Bauman, Zygmunt y Bordoni, 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).¹⁰

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”,¹¹ por lo que, el regular la conducta del individuo cuyos efectos

¹⁰ 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.

¹¹ 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,¹² 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

¹² *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”.¹³ 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.

¹³ 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;¹⁴ 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.¹⁵

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.

¹⁴ 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”.

¹⁵ 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”,¹⁶ 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.¹⁷ 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”.¹⁸ Así, se conserva una postura puramente objetiva.

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

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

¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰

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

¹⁹ Welzel, Hans, citado por Díaz Aranda, Enrique, *Dolo, cit.*, p. 45.

²⁰ *Ibidem*, p. 49.

viene a integrarse con elementos meramente normativos.²¹ 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.²²

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*”,²³ por lo que es “el *dolo* quien ocupa el punto central del sistema”.²⁴ 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”,²⁵ 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”.²⁶ De

²¹ *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”.

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

²³ Quintino Zepeda, R., *Perspectivas...*, *cit.*, p. 14.

²⁴ *Idem*.

²⁵ 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”.

²⁶ 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,²⁷ 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:

²⁷ 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.²⁸

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.²⁹

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.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Burgueño Duarte, Luz 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”.³⁰ 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”.³¹

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

³⁰ 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”.

³¹ 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.³²

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 Giorgi, 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”.³³ Ya no hablamos de la acción por sí misma, sino de la necesidad de prever los

³² 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”.

³³ 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.³⁴

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-

³⁴ 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”,³⁵ 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.³⁶

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

³⁶ 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 riesgos³⁷ 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”.³⁸

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.

³⁷ 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”.

³⁸ 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 enramado organizacional.

Reflexionando sobre la falta de normatividad adecuada para regular la responsabilidad colectiva en México, se plantea la imperiosa necesidad de salvaguardar a la sociedad misma del resultado lesivo y riesgoso emanado de las conductas desplegadas dentro de un colectivo 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.³⁹

³⁹ 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://criminnet.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”,⁴⁰ 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.⁴¹

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”.

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

⁴¹ 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 “neoretribucionismo”. 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: Kant⁴² y Hegel, para quienes

⁴² Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, disponible en: www.filosoficas.unam.mx/~gnom/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, Civitas, 1982, p. 13, quien sostiene que “la pena es esencialmente coacción, y la coacción no se justifica mediante el sentido que quien la sufre pueda quizás deducir de ella. Por otra parte, la pena sería totalmente inadecuada, aunque realmente se tratara de posibilitar al delincuente expiar su culpabilidad: la forma en que el proceso penal lo pone en la picota pública, así como la descalificación del sujeto que está vinculado a la pena privativa de libertad no dejan al condenado otro camino que negar su culpabilidad, o la huida en técnicas de disculpa y de autojustificación. Finalmente no es posible hablar de la pena como una sanción jurídica que procura la perfección moral del delincuente como tal, sino que solo se trata de la solución de los conflictos sociales surgidos del hecho punible, de tal manera que el cumplimiento de la pena debería tener por consecuencia también la real justificación. Sin embargo, como es sabido, lo que ocurre es precisamente lo contrario: la pena no borra el pecado del condenado ante los ojos de la sociedad, sino que lo marca a fuego”.

El 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.⁴³

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 instaure 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

⁴³ 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.

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 (*sum 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*).⁴⁴

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.⁴⁵

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”.⁴⁶ 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

⁴⁴ *Idem*.

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

⁴⁶ 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.⁴⁷

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.⁴⁸

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

⁴⁷ 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”.

⁴⁸ *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”.⁴⁹

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

⁴⁹ *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.⁵⁰

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.⁵¹

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”.⁵²

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

⁵⁰ Citado por Migliardi, Mario, *op. cit.*, p. 134

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

⁵² *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”,⁵³ 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 violente. Visto de esta manera, la pena tiene un fin de protección al buen ciudadano, un fin de confianza de la persona respetuosa de la norma bajo la promesa del Estado de que sus bienes jurídicos relevantes guardan un estado de contención del riesgo, delimitado precisamente por los límites de la responsabilidad penal.

⁵³ 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.

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”.⁵⁴

⁵⁴ 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”.⁵⁵

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.⁵⁶

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.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 343.

⁵⁶ *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 dañosos, puede decirse lo que es un riesgo no permitido. Esto rige también, p. ej., para el moderno derecho penal ambiental, en donde el principio jurídico-formal de la accesoriedad administrativa resulta ser inadecuado para definir los riesgos socialmente intolerables y tiene que ser reemplazado por otros criterios más cercanos a la realidad”, p. 355.

les la accesoriedad administrativa resulta insuficiente, máxime cuando las actuales teorías de la finalidad de la pena no se cumplen ante expectativas de acciones colectivas y la expectativa del cumplimiento de la norma. Por lo que resulta valiosa la lectura 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.⁵⁷

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.⁵⁸

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?

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 356 y 357.

⁵⁸ 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.⁵⁹

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”.⁶⁰

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

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

⁶⁰ 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. *Cf.* 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.⁶¹

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.⁶²

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 enramado 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

⁶¹ Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

⁶² 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”.⁶³ 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.⁶⁴

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”.⁶⁵ 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.⁶⁶

⁶³ 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.

⁶⁴ Beck, U., *La sociedad...*, cit., p. 109.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁶ 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 *inmunizadas* 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:⁶⁷

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.

⁶⁷ 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,⁶⁸ 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

⁶⁸ 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”.⁶⁹

⁶⁹ 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.⁷⁰

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-

⁷⁰ 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*.⁷¹

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,

⁷¹ Jakobs, Günther, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, Porrúa, 2002, pp. 70 y 71. Cfr. Mir Puig, 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.⁷²

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,

⁷² 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.⁷³

⁷³ 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”.⁷⁴

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”.

⁷⁴ 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*”.⁷⁵

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

⁷⁵ 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.⁷⁶

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”.⁷⁷

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.⁷⁸ Similar postura sostiene Cerezo Mir, para quien

⁷⁶ 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.

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

⁷⁸ 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.⁷⁹

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.⁸⁰

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”.⁸¹

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:

⁷⁹ Cerezo Mir, J., *Los delitos...*, cit., p. 719.

⁸⁰ 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.

⁸¹ *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,⁸² 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”,⁸³ 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.

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

⁸³ *Idem.*