

CAPÍTULO SEGUNDO

PRECISIONES VALORATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

I. RESPONSABILIDAD PENAL DENTRO DE UNA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

Ya se han expuesto las consideraciones respecto del elemento volitivo del dolo como parte toral o central para la integración de éste, tema que, ante el análisis dogmático del delito, enfrenta dificultades, como los paliativos suplidos por el querer, tales como aceptar, tolerar, y otros similares, los cuales constituyen un parámetro de segunda importancia frente al precedente del conocimiento (de los elementos objetivos del tipo), con base en el cual ya se ha generado el suficiente aporte cargado de determinación por su actuar,⁸⁴ conocimiento que incide directamente en la determinación de la conducta del sujeto, que, en definitiva, es la que despliega un resultado de lesión o de peligro, que es con base en el cual interesa responsabilizar. Dicho conocimiento no implica que el sujeto conozca la ley, pero sí las circunstancias o situaciones que rodean a su conducta, y la realidad en que a su juicio se inserta la misma, y queda a “juicio del jurista el valorar si dicho conocimiento de la realidad es el que describió el legislador en el tipo”,⁸⁵ conocimiento que resulta altamente relevante cuando se trata de analizar conductas que se despliegan dentro de una estructura organizacional.

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

⁸⁴ Díaz Aranda, E., *Proceso penal acusatorio...*, cit., p. 695, sostiene: “No debemos confundir el dolo con la voluntariedad de la conducta a que alude el artículo 7o. del CPF puesto que la voluntad sólo se refiere a la capacidad de autodeterminación que tiene el sujeto sobre sus movimientos corporales, mientras que el dolo se refiere a la dirección que el autor imprime a su conducta. Agregando que, es indiscutible que el sustento fundamental del concepto de dolo radica en el elemento cognitivo, pues el conocimiento es el «presupuesto de la intención», toda vez que no se puede querer lo que no se conoce; como señala Hassemer, «no se puede concebir una voluntad vacía de contenido»”, p. 708.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 709.

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

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

Esto resalta la valoración normativa de las conductas en el derecho penal, destacándose la relevancia del elemento cognitivo, que no viene a devaluar el elemento volitivo, sino simplemente a ubicarlo en otro sitio de la sistemática del delito, en la culpabilidad, atendiendo a su verdadera trascendencia valorativa.

A juicio de Jakobs, la responsabilidad de cada sujeto frente al cumplimiento de la norma viene dado en la existencia misma de la norma, a la cual no se puede acceder o pretender conocer a voluntad, sino que todos los individuos tienen la responsabilidad de adecuar sus conductas acorde a la norma, por lo que comenta:

La explicación de una menor punibilidad de una conducta sin conocimiento del tipo es adecuada sólo para la imprudencia como error, pero no para el desconocimiento selectivo, basado en el desinterés sobre el destino de los demás... Para tales personas, ciegas ante los hechos por indiferencia o incluso por hostilidad, no sólo no se adecua la explicación dada, sino que, respecto

de ellas, el límite trazado por el derecho vigente entre conocimiento del tipo, por un lado, y desconocimiento del tipo, por otro, es totalmente equivocado. No hay ninguna razón para gratificar *per se*, con una pena menor, la falta de conocimiento del tipo de un indiferente; pues una falta de conocimiento es, *per se*, un déficit psíquico, y nada más, y el límite entre reproche de culpabilidad más grave y el más leve no puede orientarse según psicologismos, sino sólo según la relación con determinados fines.⁸⁶

Por lo tanto, si se analizan las conductas desplegadas dentro de una estructura organizacional, se tiene que una vez que se acredite el conocimiento, o la factibilidad de adquirirlo, se tendrá por integrado el elemento cognitivo del dolo, de tal manera que la conducta desplegada hacia el exterior, que contiene dicho contenido cognitivo, ya habrá merecido una relación causal con el resultado, y por tanto, de no contar con una causa de justificación que elimine la antijuridicidad del hecho, se entrará en terrenos del injusto colectivo, en donde precisamente el desvalor de acción es el haber actuado u omitido la conducta a valorar, en donde el sujeto cuenta con una carga de conocimiento o factibilidad de conocer que fue la que lo determinó a desplegar su conducta. En esta situación se está ante un dolo de autor, ya que se relaciona con la debida motivación del cumplimiento de la norma,⁸⁷ en correspondencia con el principio de confianza, que permitirá participar de un mismo injusto, y dejar al margen o a la periferia el actuar del partícipe (como actualmente lo hace la teoría de la autoría y participación).

Atento a lo anterior, en la responsabilidad penal por organización se irá más allá de las formas de autoría que provee la dogmática penal actual para la responsabilidad individual, a saber: la coautoría, la autoría mediata, delitos cualificados propios y la participación, entre otras tantas conductas

⁸⁶ Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., p. 39.

⁸⁷ Horn, citado por Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., p. 72, sostiene: “Desde el punto de vista psicologizante, se sostiene que una «capacidad para conocer» presupone al menos que exista una «representación de la posibilidad de que el proyecto de acción estaría de algún modo prohibido»”. Agrega el propio Jakobs, en página subsecuente: “Pero si esta representación existe y no significa nada para el autor, él no seguirá orientándose por este hilo. Es decir, incluso esta representación da un motivo no en el sentido psicológico-individualizante, sino en un sentido normativo: ella debe dar un motivo. En otras palabras, el autor reaccionará a la representación sólo si a él le importa acatar el derecho; pero dado que el derecho no puede dejarse desplazar porque el autor no se ocupe de él, el motivo para acatar el derecho es sencillamente presupuesto; nadie puede invocar que le falta ese motivo... No es decisivo si el individuo se ve motivado; más bien el derecho presupone como dado un motivo para activar todo lo disponible; se satisface esta exigencia determinada normativamente en el ámbito de lo que estereotípicamente es conforme al derecho mediante el conocimiento de la conformidad al derecho”.

que, aun cuando llevan consigo una carga valorativa dolosa, no encuentran cabida para imputar la responsabilidad colectiva. Nos referimos a la configuración del injusto colectivo, pero dejando claro que en ningún momento se deberá confundir con una concepción unitaria de autor.

Las complejas y numerosas aportaciones desplegadas dentro de una estructura organizacional pueden ser abarcadas con mayor amplitud mediante la responsabilidad colectiva, resolviéndose así, actuales e intolerables problemas de impunidad. Para ello hay que tener en cuenta la toma de conciencia y responsabilidad que deberá asumir cada individuo al exteriorizar una conducta dolosa en los términos aquí expuestos (con un dolo integrado por el elemento cognitivo y la determinación de desplegar la conducta cargada de determinado conocimiento o factibilidad de conocer). Ello auxiliará a delimitar la casi invisible línea delimitadora entre el dolo eventual y la culpa con representación (o culpa consciente), así como la problemática que su valoración jurídica genera dentro del ámbito de la impartición de justicia, la impunidad de cientos de conductas desplegadas en el día a día por gente irresponsable e indiferente en su actuar; riesgos y lesiones que viene soportando la sociedad, el medio ambiente, e incluso las futuras generaciones.

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

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

1. *El conocimiento dentro del dolo eventual y la culpa consciente*

Dado el sentido alarmista de los medios de información, así como de la mentalidad que se ha ido formando el individuo ante los acontecimientos que implican un reproche social, son los delitos dolosos los que más llaman la atención tanto del sistema de impartición de justicia como de la sociedad misma. Y se han dejado de percibir los grandes riesgos que la sociedad enfrenta ante la gran cantidad de conductas desplegadas de manera negligente o culposa, a pesar de existir altas estadísticas de delitos cometidos bajo la forma culposa.

De alguna manera, se considera que los delitos dolosos pueden ser controlables o predecibles, en tanto que se puede influir en el sujeto a efecto de que cambie el curso causal entre elemento volitivo (subjetivo) y el resultado (objetivo), pues en su psique y voluntad está el determinar en qué momento detiene o retrotrae su conducta, y, por ende, si lo desea, puede evitar que se produzca el resultado, generando un cambio en el curso causal. Esta situación no se puede prever tratándose de delitos culposos, en los cuales no se puede anticipar el curso causal de una manera consciente, pues, precisamente, se trata de delitos en los que impera la imprudencia, la negligencia, la falta de cuidado, de previsión, en sí, de atención al deber de cuidado, y otros tantos, que hacen imposible que terceras personas influyan en el sujeto imprudente, pues toda vez que éste no desea el resultado, sería imposible evitar lo que no se quiere realizar, ya que si fuera factible anticipar todos los resultados que devienen de los delitos culposos, presupondríamos *ex ante* su comisión, lo cual ya los alejaría de un delito culposos, y podría llevar a la comisión de un delito cometido con dolo eventual o con culpa con representación, en donde el sujeto sí es consciente del riesgo, y más aún, lo asume o tolera.

Antes de precisar las diferencias entre dolo eventual y culpa con representación, se tendrá presente la evolución propia de la culpa, a fin de atender a la relevancia que para esta figura reviste el conocimiento.

Partamos de Binding, quien consideró a la culpa como delito intencional evitable, y no como infracción involuntaria, por creer que todo delito culposo es obra de la voluntad. Otro antiguo origen de la culpa, en su primera acepción, lo considera como falta más o menos grave cometida a sabiendas y voluntariamente. Luego, en Roma, se empleó de un modo ambivalente, y en muchos casos, de manera incierta, para expresar no sólo la culpa genérica, sino también la negligencia o impericia.

De estas incertidumbres etimológicas y de su primitiva significación genérica surgen las vacilaciones en emplear el término romano “culpa”, que tras la evolución que tuvo en el derecho civil de Roma y en los glosadores adquirió un contenido terminante de negligencia, imprudencia o impericia (según los casos). Desdeñando el término propio, se ha designado la culpa *stricto sensu* con las palabras *falta*, *imprudencia*, *negligencia*, *cuasi-delito*, etcétera. Incluso, sin menosprecio para la expresión correcta, dice Pannain que el Código Penal italiano de 1930 no define la culpa, sino el delito culposo.⁸⁸

Por su lado, Ferri define al delito culposo como delito involuntario, denominación que figura en el artículo 319 del Código Penal francés. El Código Penal español, desde su redacción de 1848, escribió en su texto *imprudencia*, desdeñando, sin motivo, la más exacta fórmula de *culpa*, que figuraba en el Código de 1822. Asimismo, el CP mexicano de 1929 designó los delitos culposos con el término de *delitos por imprudencia*, que perdura en el Código de 1931, junto a la expresión de *delitos no intencionales*.⁸⁹

Por otro lado, diversos estudiosos del derecho consideran que el desvalor de la conducta en los delitos culposos se acredita principalmente con dos factores: a) en el injusto, cuando la conducta infringe el deber de cuidado, y b) en la culpabilidad, si el autor podía cumplir ese deber de cuidado, para ver si se le puede reprochar o no su conducta antijurídica. Mientras que el CPF mexicano define tanto el obrar doloso como culposo, atento a la descripción del artículo 9o. transcrito a continuación:

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y, Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

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

⁸⁹ *Ibidem*, p. 416.

Dentro de estas concepciones (dolo y culpa), tenemos una especie de subdivisión, a saber: dolo eventual, que se puede entender como el tomar como viene o conformarse con la realización de los elementos del tipo penal,⁹⁰ para el cual se “requiere un conocimiento de saber o tener como posible la realización del tipo penal”,⁹¹ mientras que en la culpa consciente o culpa con representación se toma como principio que el sujeto no quiere causar la lesión, pero el autor advierte dicha lesión o peligro como posible, de tal forma que “en la culpa consciente se reconoce el peligro de la situación y se confía en que no se dará lugar al resultado (si se deja de confiar habría dolo eventual)”.⁹²

Del citado artículo 9o. del CPF podemos extraer una clara diferencia entre dolo y culpa; sin embargo, en la práctica constantemente se tienen dificultades en atender a la línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa consciente, pues el punto toral de dicha diferencia lo constituye el nivel de previsibilidad, que deviene del elemento cognitivo de parte del sujeto. Así como la previsibilidad es un ejercicio intelectual del sujeto, con más razón lo es el nivel de confianza que puede tener un sujeto en la producción o no de un resultado, que si bien ha tenido la oportunidad de prever, confía, por su experiencia personal, en que no se producirá, por lo que resulta de suma importancia dejar totalmente a un lado la posibilidad de incurrir en un dolo eventual, pues existe una línea muy delgada entre ambos; sin embargo, el elemento subjetivo del injusto será el factor que permita contar con esa diferenciación, ya que en los delitos culposos se atenderá, como elemento subjetivo del injusto, a la propia imprudencia que le generó la confianza, con base en la cual no actúa en forma distinta, evitando así el resultado lesivo. En torno a este análisis, comenta Gimbernát que el delito imprudente de acción viene caracterizado porque el foco de peligro causante del resultado ha traspasado el punto crítico de lo permitido a lo prohibido a consecuencia de la conducta negligente del autor.

Por otro lado, no se puede considerar que, por sí mismo, el análisis del deber de cuidado implicará todas las formas de manifestación de la culpa; mientras que “la causación del resultado más imprudencia no es en todo caso también causación imprudente del resultado”.⁹³ Ello deja ver que si el sujeto acredita haber tenido el cuidado debido, será secundaria su conducta imprudente; realidad que, en aras de los aportes dentro de una organización, generarían un problema aún mayor.

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

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Ibidem*, p. 461.

⁹³ Jakobs, G., *Moderna dogmática...*, cit., p. 329.

Actualmente, el deber de cuidado es analizado por la teoría de la imputación objetiva, que considera equiparada o sustituida la referencia a la norma de cuidado por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no permitido, típicamente relevante o socialmente inadecuado; es decir, el injusto va más allá del mero cuidado que se tenga sobre el actuar del sujeto, pues independientemente de éste, será relevante para el derecho penal toda aquella conducta que se ha dirigido en forma socialmente inadecuada, y que ha generado un resultado lesivo. No se trata de un mero proceso hipotético bajo la *conditio sine qua non*, sino de un análisis objetivo del nexo de causalidad, atento a la norma de cuidado que se ha infringido; no podemos pretender que el subjetivo deber de cuidado genere un correctivo en el nexo de causalidad, y menos aún, que un presupuesto de la antijuridicidad presuponga una excluyente de culpabilidad, por tratarse de una conducta imposible de imputarle a determinado sujeto, independientemente de su actuar negligente y dañino para terceros.

El deber de cuidado ha pasado a considerarse como una planificación de riesgos, pues independientemente del primer aporte, todo sujeto es corresponsable de las conductas desplegadas en sociedad; ello, en la medida en que interactúan con las de terceros, de tal manera que todos los riesgos que se asumen al desplegar el rol determinado llevan consigo una planificación tal que sea capaz de salvaguardar los bienes jurídicos de terceros. Existen una gran cantidad de actividades (lícitas) que desarrolla el individuo como profesionista, empleado, ciudadano, empresario; en fin, en donde los aportes dependen de la capacidad y conocimientos personales, así como del rol que desempeña cada sujeto, quien deberá planificar los riesgos asumidos; es decir, no actuar más allá de los límites de permisión del riesgo, así como de la propia norma.

Cabe retomar la trascendencia que en el campo de la responsabilidad penal por organización reviste la conducta calificada bajo *dolo eventual* frente a otra considerada como *culpa consciente*, entendiendo que ambas están cargadas del mismo contenido de conocimiento sobre el peligro que se generará con dicho aporte; solamente que para el primer supuesto (*dolo eventual*), el sujeto se conforma con el resultado, mientras que para la culpa consciente, el sujeto confía en que éste no se produzca. Es preciso preguntarse, de acuerdo con el principio de confianza que rige la distribución de trabajo propio de una organización, ¿no basta con el conocimiento de ambos sujetos, para que comprometan el resultado final de la organización?, ¿no es suficientemente peligroso el sujeto que se conforma y el que confía, pero que finalmente no hace nada para evitar su aporte peligroso?

Frente a esta realidad, se identifica que la verdadera trascendencia de los aportes individuales dentro de una organización lo constituye el conocimiento de cada uno de sus intervinientes, y que basta su acreditación para formar parte del injusto colectivo correspondiente. En definitiva, al sujeto pasivo le resulta irrelevante la subjetiva diferenciación entre el conformarse y el confiar, pues ambos repercuten directamente en la asunción del riesgo, e incluso en la lesión que ha recibido el sujeto pasivo.

Lo anterior implica una diferencia categórica en términos de imposición de la pena, ya que si el juzgador considera que si bien ambos sujetos parten de la misma base de conocimiento, para el primero sobresale el elemento subjetivo relativo a conformarse con el resultado, por lo que será sancionado bajo las penas impuestas para los delitos dolosos, ya que la punibilidad establecida en el CPF no diferencia entre dolo directo y dolo eventual, mientras que si considera que el elemento subjetivo se sustenta en la confianza de que no se produjera el resultado, le impondrá la pena correspondiente al delito culposo, que en principio es más benéfica; además, hay otro supuesto: la no imposición de sanción alguna, en caso de que el tipo penal en cuestión no se encuentre inserto en el *numerus clausus* (es decir, en aquellos delitos culposos descritos en el artículo 60 del CPF). Esto deja ver la gran diferencia y trascendencia que en ámbitos de la pena presentan ambas formas de conducta.

La ironía antes planteada reviste una real trascendencia en ámbitos de la responsabilidad, máxime cuando la conducta se valora dentro de aquellas desplegadas por un colectivo, ya que resulta más fácil que se difuminen las responsabilidades individuales, pues quien recibe las lesiones y peligros emanados de conductas cargadas de conocimiento o factibilidad de conocer, y que atento a ello se determinaron por exteriorizar su conducta, no le importa si el sujeto confió en que no se produjera un resultado determinado, sino que lo que interesa como sociedad es qué tanto evitó la realización de dicho resultado.

2. Ubicación del elemento volitivo del dolo en la culpabilidad

Conforme a la sistemática del delito, compartida por la responsabilidad penal por organización, aquí propuesta, por un lado, la antijuridicidad presupone una conducta contraria a derecho, mientras que en la culpabilidad se valora el hacer del sujeto, de donde se desprenderá la necesidad y merecimiento de la pena, valoración que en la actualidad se hace atento al análisis individual de su conducta.

Para Roxin,

...en la categoría delictiva de la “responsabilidad” se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El presupuesto más importante de la responsabilidad es, como es sabido, la culpabilidad del sujeto. Pero ésta no es el único presupuesto, sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de punición.⁹⁴

Estos presupuestos de merecimiento y necesidad de la pena (valorados en la culpabilidad) son propuestos por Roxin, al generar un puente de unión entre la dogmática penal y la política criminal, lo cual resalta con la importancia que merece la prevención general en el derecho penal, en donde la prevención general, en términos de los aportes cuantitativos de los intervinientes en una organización, estriba en la responsabilidad asumida en el fuero personal, respecto de todas las aportaciones individuales hechas dentro de dicha organización, así como en la creación de conciencia sobre la trascendencia de dichos aportes, que por mínimos que sean generan un aporte comunicativo, ya que, concatenadas con otras conductas, generan un resultado, y, por tanto, una adecuación al curso causal.

Sin embargo, para llegar a niveles de culpabilidad, antes se debe contar con un injusto, basado éste en la posición objetiva *ex ante* del sujeto respecto de su actuar u omitir; como sostiene Mir Puig, “el núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la voluntad de realizar una acción prohibida, sino en la realización voluntaria de la conducta social que el derecho pretende prevenir”.⁹⁵ De esta postura se extrae una concepción objetiva del injusto, que no se aparta en su totalidad de elementos volitivos, sino que no se sustenta en éstos; lo anterior nos permite dejar a salvo el elemento volitivo del dolo para una valoración individual y subjetiva a nivel de culpabilidad, mas no dentro de una aportación cargada del elemento cognitivo, que presupone *ex ante* el peligro generado con esa conducta.

Así, una vez identificados los aportes individuales dolosos (con puro elemento cognitivo) o culposos, se analizará su concreción en el injusto colectivo (con el desvalor de acción, consistente en la determinación de su conducta cargada del elemento cognitivo; y con el desvalor de resultado, consistente en la lesión o incluso la puesta en peligro) con todos los presupuestos previos que conlleva. Posteriormente, se analizará, en lo individual,

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

⁹⁵ Mir Puig, citado por Márquez Piñero, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, México, UNAM, 2003, p. 168.

el aporte volitivo de cada sujeto que ha conformado dicho injusto colectivo; de esta forma, se estará atendiendo al reproche en proporción de la determinación de desplegar una conducta en el campo axiológico o valorativo de la conducta de cada sujeto.

Lo anterior, en consistencia con la relevancia que guarda el dolo en la teoría del delito, lo que lleva a destacar los análisis vertidos por Gallas, en los inicios del finalismo, quien deja ver la importancia que para él revestía el dolo tanto para el ámbito del injusto como para ámbitos de la culpabilidad, cuando sostiene que

Cabría pensar, en que el respectivo tipo de injusto implica el contenido específico de culpabilidad, desde el momento en que el contenido de este reproche se agota en la responsabilidad subjetiva por razón del injusto cometido... Sin embargo, es condición previa que también en el ámbito de la culpabilidad la consideración formal se complete por la material, y que se vea en ella, no sólo el resultado de una atribución subjetiva sino también la expresión de un ánimo reprochable. Solo entonces se llega a un concepto de culpabilidad susceptible de graduación, sólo entonces hay, junto a los grados del injusto (E. Kern), grados de culpabilidad.⁹⁶

Con todos los análisis y adecuaciones propias de la teoría de la doble posición del dolo, expuesta por Gallas, se aprecia cómo esta teoría conceptualiza el dolo tanto en la tipicidad como en la culpabilidad. Así, los elementos cognitivos y volitivos del dolo pertenecen a la tipicidad, mientras que los elementos emocionales del dolo pertenecen a la culpabilidad.⁹⁷ Incluso el propio Roxin sostiene la importancia del análisis del dolo en el tipo, así como en la culpabilidad, para graduar la forma más grave o más leve de la culpabilidad del sujeto,⁹⁸ siendo así posible analizar el merecimiento y necesidad de la pena en la individualidad del sujeto. Por su lado, Díaz Aranda sostiene que

La “motivación” a que se refiere el CFPP se acreditará con todos los medios de prueba que sirvan para demostrar que, en el momento del hecho, el sujeto conocía las circunstancias objetivo-materiales y valorativas que lo rodeaban y quiso realizar la conducta, queriendo, aceptando o previendo como posible un resultado (perspectiva *ex ante*). En esta construcción, el resultado

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

⁹⁷ Quintino Zepeda, R., *Diccionario de..., cit.*, p. 236.

⁹⁸ *Idem*.

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

Para este autor, “es preferible sustentar el dolo en los elementos cognitivos del autor y menos en la parte subjetiva”,¹⁰⁰ por lo que se inclina más por una concepción cognitiva del dolo, y menos hacia una volitiva, dado el gran problema de prueba a que esto nos enfrenta.

3. Verdadera trascendencia del elemento volitivo

La postura sostenida por la teoría de la doble posición del dolo deja ver la importancia de atender los elementos subjetivos del tipo (dolo, culpa y elementos subjetivos distintos al dolo) en la culpabilidad. Por ello, sin adherirse plenamente a este análisis del dolo (entendido como elemento cognitivo y volitivo), es factible que, si ya a nivel de tipo se configuró el dolo al haberse determinado el sujeto por la voluntad de exteriorizar su conducta con determinada carga de contenido cognitivo o factibilidad de conocer (dados los aportes cuantitativos [objetivos]), a nivel de culpabilidad se analice el elemento volitivo del dolo, en donde se valorarán los aportes cualitativos (subjetivos) de la conducta en cuestión, estructura del tipo en donde incluso se puede valorar qué quería lograr el sujeto con su conducta.

De esta manera, se estará en capacidad de graduar el *quantum* de la pena en su debida individualización, atendiendo principalmente a los factores de previsibilidad, niveles de conocimiento, factibilidad de conocer, motivación a evitar riesgos a la sociedad, conciencia colectiva, calidad de garante y posibilidad de evitación. Estos aportes subjetivos no determinan cambio alguno en el resultado producido, pero sí revisten trascendencia en la individualización de la pena, y dejan a salvo la integración de la antijuridicidad, y, por tanto, las figuras de autoría periféricas a la del autor directo (que lo realiza por sí).

Bajo la óptica de la imputación objetiva, y atento a la base normativa de la teoría funcionalista sistémica, Jakobs plantea dos posibles soluciones para que el conocimiento de la norma pueda dar base al reproche de culpabilidad:

⁹⁹ Díaz Aranda, E., *Proceso penal...*, cit., p. 716.

¹⁰⁰ *Idem*, agrega el autor que “los elementos subjetivos de la conducta-típica observan hoy en día una creciente intromisión de conceptos puramente cognitivos, dejando cada vez menos espacio a los intencionales para la integración del dolo, salvo en aquellos supuestos en los que el tipo requiere específicamente ánimos o deseos, también llamados elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo”, p. 717.

Primera, podría serle formulado al autor un “reproche indirecto de culpabilidad por el hecho”, cuando el desconocimiento inevitable al momento del hecho se base en que antes, “en forma reprochable”, no se haya informado sobre el estado de las normas, con lo cual se presupone el reproche de que el aceptar la actividad en el ámbito especial ya debió ser previsto en el momento previo. La construcción es similar a la de la culpa por asunción en la imprudencia, es decir, cuando se asume una actividad respecto de la cual quien la asume no está en condiciones, cognosciblemente, de llevarla a cabo correctamente... en esta propuesta, no está en juego un reproche indirecto del hecho, sino un reproche directo por la hostilidad general frente a la norma, respecto de lo cual, sin embargo, falta un tipo, justamente un tipo de hostilidad general frente a la norma. Segunda, el concepto de desconocimiento inevitable se interpreta normativamente; sería no conocido de modo inevitable no ya todo aquello que al autor le es actualmente inaccesible incluso con la mejor buena voluntad, sino sólo aquello inaccesible por cuya imposibilidad de acceso no es competente al autor. Formulado de otro modo, no se pregunta por la existencia real del variable conocimiento del autor al momento del hecho, sino por la existencia debida; si el autor es competente por el conocimiento, si, por tanto, al menos el conocimiento variable integra la existencia debida, esa situación significa “evitabilidad”, si es incompetente, significa “inevitabilidad”. A esta propuesta de solución no se le puede negar, al menos, coherencia externa: si el derecho no espera que el autor quiera acatarlo, sino que presupone la voluntad de acatamiento, ¿por qué debería esperar a que el autor se haya informado sobre la situación normativa, y no podrá presuponer más bien el estar informado?¹⁰¹

De la postura de Jakobs se aprecian los presupuestos de confianza y del rol que cada individuo desarrolla, pero lo que interesa resaltar de su postura es la importancia que da al conocimiento este reconocido dogmático alemán, y el cómo la existencia debida de dicho elemento puede ser un presupuesto para el reproche individual que se determinará a nivel de culpabilidad, y en donde lo importante es el compromiso asumido por cada individuo que participa en una organización, responsabilizándose frente a la sociedad del riesgo que le ha confiado su propio actuar, y que más allá de los subjetivismos o psicologismos de su conducta, lo determinante es el debido cumplimiento y motivación por la norma, o por las reglas dadas en una sociedad, ante lo cual el desconocimiento evitable constituye por sí un merecimiento de reproche.

Con ello se tiene que, en términos de una responsabilidad penal por organización, los aportes cuantitativos basados en el mero conocimiento (o

¹⁰¹ Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., pp. 68 y 69.

factibilidad de conocer) de los elementos objetivos del tipo,¹⁰² han generado suficiente comunicación social, y por tanto adecuación al curso causal en el resultado (incluyendo los niveles de peligrosidad y peligro); mientras que siendo esa conducta individual contraria a derecho, constituirá ya un injusto colectivo, cuyo grado de reproche se individualice en la culpabilidad atento al elemento volitivo de cada aporte.

Con lo analizado previamente se pretende dejar clara la postura aquí defendida, ante la relevancia de los elementos que integran al dolo, tanto el *cognitivo* como el *volitivo*. Al efecto, proponemos un análisis distinto, a fin de atender la responsabilidad penal por organización bajo baremos objetivos hasta el nivel del injusto colectivo, y en el juicio de reproche atender a los elementos axiológicos de cada aporte.

En una organización, si bien no todos los sujetos que intervienen son responsables en el mismo grado, sí lo son, en conjunto, del resultado generado con las conductas desplegadas;¹⁰³ pero, con las actuales herramientas que brinda la dogmática penal, gran cantidad de conductas se difuminan en el enramado de las organizaciones, y se hace imposible la imputación penal a aquellas conductas que generan riesgos latentes al diario vivir. En la sociedad del riesgo en que nos ha tocado vivir, cada vez se depende más de las conductas de terceros, que repercuten en la sociedad en su conjunto, por lo que debemos generar márgenes de confianza cada vez más sólidos, pero a la vez más determinantes, y, por ende, estructuras jurídicas acordes a dichas necesidades y a las responsabilidades que como integrantes de esta sociedad vamos asumiendo día con día.

Lo anterior implicará mayores exigencias a los impartidores de justicia, quienes deberán estar debidamente preparados para llevar un proceso de investigación científico y suficientemente sólido que permita valorar y comprobar el injusto colectivo y el reproche correspondiente a cada una de las conductas individuales responsables del resultado colectivo. Por lo que, como sociedad, debemos exigir el compromiso de estos actores, bajo la pena de que la norma escrita siga perdiendo su vigencia ante la ya preocupante impunidad en que se vive.

¹⁰² Molina Fernández, F., *op. cit.*, pp. 283 y 284, quien sostiene que “En todo delito de dañosidad social del hecho depende, en primer lugar, de las circunstancias objetivas que desembocan en la lesión del bien jurídico a cuya protección se destina el tipo y, en segundo lugar, de las circunstancias personales del ofensor. En este segundo sentido puede afirmarse que la reprochabilidad personal del autor condiciona (en parte) la dañosidad social de su hecho”.

¹⁰³ Jakobs, G., citado por Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 26, autor que comenta: “la culpabilidad supone una identidad de la persona mediante consciencia, es decir, que la persona se sepa libre, o sea como un espíritu consciente de sí mismo que concibe su ser como su posibilidad”.

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

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

1. El actuar “bajo órdenes”

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

Órdenes superiores, aunque hayan sido dadas por un militar, no podrían ser consideradas como atenuantes, si es que dichos crímenes indignantes y frecuentes fueron realizados en forma consciente, sin consideración y sin necesidad militar o justificación.¹⁰⁴

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

¹⁰⁴ Ambos, Kai, “Sobre el efecto eximiendo del actuar bajo órdenes desde el punto de vista del derecho alemán e internacional penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. XXI, núm. 67, Externado de Colombia, septiembre-diciembre de 1999, p. 18.

bilidad de evitar el error de prohibición”.¹⁰⁵ Sin embargo, habrá que analizar el conocimiento que se tenga sobre la antijuridicidad de la conducta bajo baremos objetivos, ya que el análisis del hombre medio siempre es un análisis *ex post*, y respecto del cual caben ciertas subjetividades, situación en la cual cobrarán vital importancia las particularidades del individuo, así como las de su propio entorno, con base en las cuales se estimará la capacidad de apreciación del hecho antijurídico, de tal forma que la posibilidad de argüir un error de prohibición no sea una mera estrategia procesal, sino un medio de defensa real para quien en efecto ha sido incapaz de apreciar la antijuridicidad de la orden que ha obedecido. Al respecto, Quintino llega a sostener:

Cuando una persona está jurídicamente vinculada a la obediencia de ciertos mandatos, y... dichos mandatos implican un comportamiento *notoriamente antijurídico*, entonces, quien obedece dichos mandatos obra también de modo contrario a Derecho. Desde luego, lo anterior no obsta para que la persona que obedece los mandatos antijurídicos pueda estar amparada por un estado de necesidad e inclusive por un error de prohibición.¹⁰⁶

Mientras que Kai Ambos afirma:

En todos los casos posibles se trata de la cuestión del *reproche personal* por la ejecución de la orden, de conformidad con la terminología alemana y española, ello nos ubica en el terreno de la culpabilidad y no de la justificación.

¹⁰⁵ Sancinetti, Marcelo A., “¿Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional?, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, núm. 6, enero-marzo de 2004, p. 25.

¹⁰⁶ Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario de derecho penal*, México, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004, p. 117. Sobre los riesgos “socialmente adecuados”, *cfr.* Frisch, W. en su publicación “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa de la división del trabajo”, publicado en Mir Puig, Santiago y Luzón Peña, Diego-Manuel, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 100-102, comenta: “La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa tiene una estrecha conexión con problemas fundamentales del Derecho Penal... así, problemas como el de cuándo un determinado riesgo resulta desaprobado y cuándo es «socialmente adecuado», en qué medida existe responsabilidad por la conducta de terceros o por las decisiones de órganos colegiados, o hasta qué punto alcanzan los deberes de control y supervisión en los casos de delegación de las propias funciones... El autor debe en cualquier caso saber que con su acción voluntaria está creando un riesgo que el Ordenamiento jurídico —conforme a sus criterios de juicio— desaprueba. En este contexto, resulta indiferente la cuestión de si el riesgo desaprobado es tan sólo un aspecto de la imputación del resultado, o si más bien constituye el auténtico núcleo del injusto de la acción”.

Eso es igualmente correcto en tanto que, la accesoriedad limitada, permite la posibilidad de una participación punible —por ejemplo de un instigador o cómplice militar de mala fe— en el hecho ejecutado, así como la justificación de un ataque realizado en legítima defensa.¹⁰⁷

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

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

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

Se parte, en el sentido de la citada presunción, de la antijuridicidad *manifiesta* de la orden, de modo tal que se desvirtúa la posibilidad de un error de prohibición *inevitable* y permite atribuirle al subordinado el hecho. Tampoco una difícil situación de conflicto del subordinado conlleva, *en principio*, en vista del bien jurídico violado, a la exclusión de la punibilidad; sin embargo puede considerarse como una circunstancia de atenuación punitiva. En el caso de hechos menos graves, puede plantearse una exclusión de la punibilidad si la orden no es abiertamente antijurídica y fue imposible para el subordinado

¹⁰⁷ Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, *cit.*, p. 26.

oponerse a ella. Por el contrario, se plantea, en principio, también la posibilidad de una *atenuación punitiva* para los casos de crímenes internacionales. Aquí depende —de modo similar al supuesto de exclusión de la punibilidad— del caso individual y especialmente de si al subordinado le era posible negarse a cumplir la orden.¹⁰⁸

Así, en el ámbito de tutela del derecho penal, se contemplan las causas excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva a favor del subordinado, que a nivel de culpabilidad repercuten directamente en el reproche individual por el hecho. Así, para sostener un error de prohibición de parte del subordinado, se tiene que valorar, en primer lugar, si el error era evitable o no; esto es, si las órdenes eran identificables como ilegales. Para, en un segundo momento, preguntarse “si, en la situación concreta, se hubiera podido comportar conforme a las normas o no (problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma)”.¹⁰⁹

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

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 28. Cfr. Jescheck, citado por Quintino Zepeda, R., *Diccionario...*, cit., p. 117, quien señala que “Todas las órdenes que implican una lesión a la dignidad humana, o que son contrarias a las reglas de Derecho internacional, se tienen como órdenes que no pueden vincular a ningún subordinado, y si el mismo ejecuta dichas órdenes, actúa entonces en forma antijurídica”.

¹⁰⁹ Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, cit., p. 28.

mento cognitivo dentro de la propia teoría del delito, más allá de las meras apreciaciones subjetivas del elemento volitivo. Lo anterior confirma que el conocimiento es un arma muy poderosa, que utilizada con desdén o indiferencia se torna peligrosa.

Aunque la situación jurídica parezca clara, la dimensión psicosocial del actuar bajo órdenes es compleja. Tal como lo sostiene Kai Ambos, al afirmar que “Solamente una educación crítica y un derecho penal ilustrado y liberal disminuyen la discrepancia entre las exigencias del derecho internacional penal y la realidad de la «obediencia absoluta», no sólo en el caso de las jerarquías de mando. Es necesario un tratamiento crítico frente a la autoridad y las órdenes”,¹¹⁰ motivo por el cual será solamente a partir de entender al ser humano en concreto, y ubicado en su entorno personal, cuando seremos capaces de hacer un análisis *ex post* objetivo, pues la manera de reaccionar de cada individuo es distinta, y en definitiva, el análisis de la culpabilidad lo habremos de hacer con base en el reproche personal; es decir, al merecimiento y necesidad de la pena, por lo que debemos analizar al individuo en su particularidad.

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

Orden es orden: quizás el seguir una orden puede originar su carácter definido e indiscutible, lo cual provoca que se piense tan poco sobre ella. Se le considera como algo que siempre fue así, ella aparece tan natural como imprescindible. Desde pequeño se está acostumbrado a recibir órdenes, de ellas se conforma en gran parte lo que se llama educación; también la vida adulta está regida por ellas, trátase de las esferas del trabajo, de la lucha o de la creencia. Casi nunca se ha formulado la pregunta sobre qué es una orden; si es realmente tan sencilla como parece y si no deja, sin considerar la rapidez y perfección de la respuesta esperada, otras huellas profundas, tal vez hostiles, en el ser humano que las obedece.¹¹¹

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Sancinetti, M., *op. cit.*, pp. 28 y 29. Cfr. Hassemer, W., *Persona, mundo..., cit.*, p. 237. “Para resolver esta cuestión entre exención total o simple atenuación de la persona que actúa bajo la influencia de otra, el criterio decisivo que hay que aplicar es el grado de dominio cognitivo y volitivo que tiene esta persona influida frente a la persona que la influye y el grado de autonomía que le queda a la persona influida”.

Ejemplos se pueden encontrar en todos los niveles de autoría y participación (desde la complicidad y la autoría mediata hasta la coautoría), por lo que, como sostiene Hassemer, se debe encontrar algo que justifica la imputación, así como el momento en que hay que hacer esa imputación, comenta: “si esta debe realizarse «al comienzo» (por ejemplo ya en la tipicidad) o «posteriormente» (por ejemplo en la culpabilidad), o depende del grado de distribución de la formación autónoma de la decisión y del poder autónomo de acción entre la persona dominada y la dominadora”,¹¹² aspectos todos ellos que, sin duda, son trascendentes en un análisis dogmático del delito, pues de ello dependerá qué conductas realmente delictivas se puedan concretar a nivel de injusto, y por consecuencia a nivel de culpabilidad individualizar el merecimiento y necesidad de pena. Ante estas realidades, no es dable quedarse en la justificación de actuar bajo órdenes, sino que debemos concretar, dentro del ámbito penal, aquellas responsabilidades individuales que generen incremento de riesgos no permitidos, atendiendo al nivel de conocimiento que se tenga sobre dicha concreción del riesgo; es de resaltar que una orden antijurídica hace antijurídica su obediencia, pues no la ampara el derecho penal como excluyente del delito.

La justificación del *actuar bajo órdenes* ha gestado innumerables reflexiones en el marco internacional, y ante dicha problemática, Kai Ambos se manifiesta enérgicamente, por lo que resulta interesante tomar en cuenta su postura:

Se sabe que los hombres que actúan bajo órdenes son capaces de cometer los peores crímenes. Cuando el emisor de las órdenes está enterrado y se les obliga a mirar hacia atrás no logran reconocerse. Ellos dicen: yo no lo hice y no están muy seguros de estar mintiendo. Si se les convence por medio de testigos, comienzan a vacilar y dicen: yo no soy así, eso no lo pude haber hecho. Ellos buscan las huellas del delito en su interior y no las pueden encontrar. Es sorprendente cuán convencidos están de ello. La vida que llevan posteriormente es realmente distinta y no es opacada por las acciones que cometieron. Ellos no se sienten culpables, no se arrepienten de nada. El hecho no ha dejado huella en ellos.¹¹³

Ante estas reflexiones, cabe cuestionarse ¿se corre el riesgo de acostumbrarse a obedecer órdenes antijurídicas?, o ¿ya se ha convertido ello en un patrón de vida o más bien de sobrevivencia a los intereses personales? Hábrá que tener cuidado con las conductas indiferentes, pues están rebasando

¹¹² Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 236.

¹¹³ Ambos, Kai, “Sobre el efecto...”, cit., p. 13.

los niveles sanos de convivencia social, y, ante ello, el ser humano puede perecer en la ignominia de la falaces justificaciones.

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

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

Similar situación presenta la legislación mexicana respecto del cumplimiento de un deber, excluyente contemplada en el artículo 15, fracción VI, del CPF, que a la letra dice: “La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”, justificación que el legislador emplea como causa de excluyente de responsabilidad, toda vez que lo considera elemento suficiente para que no se integre la antijuridicidad de la conducta.

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

Por otro lado, cabe hacer hincapié en el subjetivismo que encierra la fracción en cita, cuando sostiene que de tratarse de ejercer un derecho, éste “no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”; esto es, si la conducta típica se despliega en ejercicio de un derecho y no se acredita que fue con el propósito de perjudicar a otro, estaremos ante una conducta típica no antijurídica (y por tanto no delictiva), y por el contrario, si se acredita que el sujeto actuó con el propósito de perjudicar a otro, sí se estará ante una conducta típica y antijurídica, situación que deja fuera de responsabilidad penal a aquellas conductas indiferentes que, si bien no se representan en la psique del individuo la finalidad de perjudicar a otro, sí se despliega de manera irresponsable, a pesar de lo cual se está justificando por el hecho de no

tener el “propósito de perjudicar a otro”, pese a contar con el conocimiento de que su actuar individual está sobrepasando las barreras del riesgo permitido, con lo cual sin duda se pone en riesgo a todo el colectivo, indiferencia hacia la dañosidad social, que debe preocupar a todos, pero que actualmente el legislador simplemente justifica, toda vez que ni siquiera se está en terrenos de un dolo eventual, ni mucho menos de una culpa con representación, ya que la valoración de los delitos de peligro que se desprenden de una organización requieren de la valoración del propio riesgo, con las barreras de adelantamiento que ello implique, tanto para el dolo eventual como para la culpa con representación.

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

El individuo puede contemplar con cierta seguridad su pensión, la distancia disminuye día con día, y en consecuencia aumenta la seguridad de la espera. Pero, ¿qué será de la humanidad, qué será de la sociedad?, ¿qué condiciones de vida encontrarán las «generaciones futuras», dado el caso de que se trata aún de hombre y no de humanoides sustancialmente transformados por genes tecnológicos, ordenados y diferenciados por programas?¹¹⁴

En la línea de una responsabilidad colectiva, debemos tener en cuenta el tema de la autoría y participación, con base en lo cual y con el auxilio de diversas teorías estaremos en capacidad de deslindar la responsabilidad de aquellos que con su conducta hayan contribuido a la creación de un riesgo o un resultado típico. De ahí que en el presente trabajo se recurra a la teoría del dominio del hecho y a la teoría de la imputación objetiva, para el análisis de una adecuada responsabilidad colectiva que permita valorar todos los aportes cuantitativos cargados de conocimiento o factibilidad de conocer.

III. PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

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

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

- Teorías *objetivo-formales*, para las cuales autor es aquel que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos de la parte especial todos los demás son sólo inductores o cómplices.¹¹⁵
- Teorías *objetivo-materiales*, dentro de las cuales se consideraban diversas teorías, como la teoría de la necesidad de la aportación causal (teoría de la necesidad), que considera que quien realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar, se equipara al que ejecuta el hecho de propia mano;¹¹⁶ teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho (teoría de la simultaneidad), que consideraba a la cooperación durante el hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad,¹¹⁷ causalidad física y causalidad psíquica, que distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o sólo a través de la acción independiente de otro; asimismo, los distingue atento a la causalidad directa e indirecta;¹¹⁸ teoría de la supremacía del autor (teoría de la supremacía), que desarrolla la concepción de la coautoría y la complicidad considerando las circunstancias al caso concreto, que se da en una relación de equivalencia (coordinación) o de subordinación y supremacía.¹¹⁹
- Las *teorías subjetivas*, en las cuales se atendía a conceptos como la voluntad, los motivos, las actitudes, logrando diferenciar los aportes del autor de los aportes del partícipe, que se subdivide en teorías del dolo, de comienzos del siglo XIX, que atribuye al partícipe, en contraposición al autor, una voluntad dependiente, subordinada; parten de que el partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de éste;¹²⁰ la teoría del interés refiere a la distinción entre autores y partícipes de acuerdo con el interés en el resultado empeñado, en donde “el cómplice no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito”,¹²¹ ya que el dolo del partícipe es accesorio al dolo del autor.

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

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 58.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 65.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 69.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

¹²¹ *Ibidem*, p. 75.

Siendo Hegler, en 1915, quien primero emplea el término “dominio del hecho”, atribuyendo igualmente el dominio del hecho al autor imprudente, al acreditarse la falta de la voluntad de evitar el hecho tal como es, aun cuando el mismo era evitable, y, por ende, se esperaba tal reacción de parte del sujeto. Quince años después, desarrolla su conocida doctrina, con arreglo a la cual lo esencial de la autoría mediata reside en la “supremacía” del sujeto de atrás, si el ejecutor obra inculpablemente o de modo sólo imprudente, el que ocasiona es autor, porque es pleno señor del hecho o tiene el dominio del hecho más intenso.

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

Así, Weber traspone la fórmula, hasta entonces entendida objetivamente al ámbito subjetivo, al señalar que “autor es quien realiza el hecho con voluntad de dominio del hecho propio... autor mediato es quien se sirve de otra persona que a su vez actúa sin voluntad de dominio del hecho”.¹²² Mientras que en 1939, con Welzel, emana el concepto de autoría final, basada en el criterio del dominio del hecho, al sostener que “la autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final”.¹²³

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

...lo esencial para la autoría no es... sólo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho *se ejecute bajo su dominio*... quien es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos *dos* elementos *subjetivo-objetivos*, mientras que en la participación falta el dominio de la acción ejecutiva.¹²⁴

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

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

¹²² Roxin, C. *Autoría y dominio del hecho*..., cit., p. 84.

¹²³ *Ibidem*, p. 85.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 86.

aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; los inductores y cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo”.¹²⁵ Para Welzel, la coautoría es

...la ejecución, distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. El dominio del hecho corresponde ahí a todos conjuntamente... sólo puede ser coautor aquel que es cosustentador de la resolución del hecho.¹²⁶

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

Welzel “sigue enumerando como los tres requisitos de la autoría del dominio final del hecho, así como los requisitos subjetivos y objetivos... sostiene que, el que prepara o auxilia en términos objetivos es coautor; si cabe considerarlo como *cosustentador de la resolución común del hecho*... en su teoría del dominio del hecho se aproxima a la teoría del dolo”.¹²⁷

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

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

Sin poner manos a la obra se supervisa el curso del hecho, dirigiéndolo; inductor, aquel cuya aportación al hecho llega hasta determinar a cometer el hecho al aún no decidido; cómplice, aquel cuya cooperación se limita a reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos dejan en sus manos el hecho... su teoría se muestra como absolutamente independiente de la teoría del dolo... si bien se basa en el concepto final de

¹²⁵ *Ibidem*, p. 88

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 89 y 90.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 90.

acción, representa un desarrollo de la idea del dominio del hecho totalmente independiente.¹²⁹

Para Gallas,

La teoría objetivo-formal representa el punto de partida de sus consideraciones. A ésta la conecta con la doctrina final de la acción, con la idea de la adecuación y con un concepto normativo de dominio hasta formar una síntesis que supone una teoría del dominio del hecho totalmente original.. quien tiene el dominio del hecho no se decide necesariamente por el grado de dominio sobre el curso causal, sino también con arreglo al sentido jurídico de los distintos tipos... eleva el concepto de dominio del hecho desde la esfera ontológica a la normativa... y admite la autoría mediata y el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás, basándose en que la naturaleza jurídica del hecho como delito depende únicamente de la cualificación del sujeto de detrás, convirtiendo así el acto de inducción en ejercicio del dominio del hecho.¹³⁰

Richard Lange parte de la teoría subjetiva para conceptualizar la coautoría, “pero matiza que lo decisivo no es ya la cuestión de si el autor ha querido el hecho como propio, sino sólo la de si a éste se le puede imputar en virtud de la aportación al hecho sustentada por su voluntad”;¹³¹ reconoce incluso la figura del instrumento-partícipe doloso, y lo aplica al caso de la bañera, en donde determina a la hermana como autora por ahogar al niño, y a la madre como autora mediata.

Niese parte de la idea de que “en lugar de la dirección de los intereses subjetivos, debe aparecer el *dominio final del hecho* al que llama *criterio objetivo*... y que el agente *domine* la realización del resultado por medio del empleo, consciente del fin, de los medios elegidos, es decir, de la dirección final de la causalidad en el mundo exterior”.¹³² Esta postura lo lleva a concluir, en el conocido caso de la bañera, a considerar a la madre sólo como inductora.

Sax se refiere a quien realiza el tipo directa y característicamente, “siendo irrelevante que tenga o no *voluntad de autor* o *dominio consciente del hecho*”.¹³³ La teoría del dominio del hecho aparece para él sólo como complemento de la teoría objetivo-formal.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 92-95.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 97 y 98.

¹³² *Ibidem*, p. 99.

¹³³ *Ibidem*, p. 100.

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

Por otro lado, la relevancia de la postura de Jescheck se centra en la base del concepto de la finalidad, para entender las teorías objetivo-formales, objetivo-materiales y subjetivas; el autor sostiene que

La finalidad no debe equipararse aquí simplemente al dolo, pues también lo tienen el mero cómplice. Más bien, requiere... que el interviniente, para tener dominio del hecho, se perciba a sí mismo como “sujeto del delito”, teniendo el elemento de la mentalidad, perteneciente al ámbito de la culpabilidad... de manera que él autor y el cómplice se distinguen no sólo en el contenido de injusto, sino también en el grado de culpabilidad.¹³⁵

Ya para 1963, Roxin revolucionó el alcance de la autoría mediata, al presentar en la revista *Goldammer's Archiv* su doctrina del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, desarrollada con base en la teoría del dominio del hecho,¹³⁶ la cual, aun cuando se presenta ante nuevas realidades, sigue marcando la pauta para las nuevas adecuaciones de la dogmática penal, y de la cual se hacen algunas referencias:

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

En 1994, una sentencia de la 5a. Sala penal del Tribunal Federal alemán¹³⁷ condenó a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la fenecida República Democrática alemana “como autores mediatos de los disparos dolosos contra los fugitivos que cruzaron el «Muro», pese a que el Tribunal consideró como autores inmediatos plenamente responsables a los soldados de frontera de la República Democrática Alemana que habían realizado los disparos mortales”,¹³⁸ así, este Tribunal sostuvo:

Pero existen grupos de casos en los cuales, pese a un intermediario del hecho, que actúa de manera plenamente responsable, la contribución del hombre de atrás lleva casi de manera automática a la realización del tipo que este hombre de atrás pretende. Ello puede ocurrir cuando el hombre de atrás, median-

¹³⁴ *Ibidem*, p. 102.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 103 y 104.

¹³⁶ Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 29.

¹³⁷ Sentencia del BGH, t. 40, p. 218.

¹³⁸ Díaz-Aranda, E. *et al.*, *Lineamientos prácticos...*, *cit.*, p. 298.

te estructuras organizativas, se aproveche de determinados contextos, dentro de los cuales su contribución hacia el hecho desata cursos regulares (sentencia del BGH, t. 40, p. 236).¹³⁹

Por su lado, Roxin logra distinguir tres formas de dominio del hecho (dominio del hecho por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional), pudiendo darse el dominio por voluntad en tres modalidades, toda vez que

...se puede coaccionar a quien actúa, se le puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como *factor causal ciego*; o, si el sujeto que actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda *intercambiarse libremente*. De modo muy sintético, se alude así al dominio de voluntad por coacción, por error o “*en virtud de aparatos organizados de poder*”.¹⁴⁰

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

Dada la extensión de la teoría del dominio del hecho, resulta imposible abordarla en su totalidad, por lo que a continuación, y con el parámetro ya establecido, se hará hincapié en el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, teoría que a la fecha parece resolver con mayor claridad (aunque con diversas interrogantes sin responder) la complejidad de imputar penalmente, en forma individual, a quien incrementa el riesgo dentro de las labores de una organización. En ésta se emplea una maquinaria organizativa mediante la cual se pueden dirigir órdenes hacia los subordinados, atento al dominio de la voluntad que sobre los mismos se tiene, toda vez que los empleados de dicha organización han establecido un compromiso (o contrato) de realizar cierta labor dentro de la empresa; además, el superior jerárquico (u hombre de atrás en determinados casos) tiene por cierto que sus órdenes se llevarán a cabo simplemente porque los

¹³⁹ *Ibidem*, p. 299.

¹⁴⁰ Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 30.

subordinados se han comprometido a ello, independientemente del ejecutor que lleve a cabo la instrucción, toda vez que, en múltiples casos, quien da la orden la dirige hacia un sector determinado de la empresa, mas no a individuos con nombre. Es ahí donde radica la fungibilidad a la que atiende la teoría del dominio del hecho, en donde los sujetos actuantes o ejecutores son intercambiables, lo que garantiza aún más el cumplimiento de la orden emitida por el superior jerárquico.

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

Por otro lado, habrá que tener en cuenta la facilidad con la cual, dentro de una organización, se pueden difuminar las órdenes que vienen de altas jerarquías, y lo difícil que resulta su concreción en el dominio del hecho, o bien en los aportes en el ámbito de la ejecución. Sin embargo, como comenta Roxin, en términos de participación individual

...el interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos, ocurre a la inversa, ya que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo que va aumentado según se asciende en la escala jerárquica del aparato.¹⁴¹

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

¹⁴¹ Roxin, Claus, *Autoría y dominio...*, cit., p. 274.

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

Así, Herzberg coincide de modo pleno con el criterio de fungibilidad de Roxin, al partir de que la libertad de decisión de quienes reciben la orden (ejecutores) no afecta al dominio del hecho de los hombres de atrás. En su opinión, en este contexto, el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, el aparato, que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir.¹⁴²

Bloy asume que se trata de un supuesto de imputación por injusto de organización, y tan sólo en el caso del clásico injusto individual está dispuesto a reconocer una limitación de la autoría mediata a través del principio de responsabilidad.¹⁴³

Schmidhäuser acepta en la actualidad el criterio de la fungibilidad, pero afirma la concurrencia de la autoría mediata también en aquellos casos en los que la víctima es puesta a merced de una muchedumbre dispuesta a llevar a cabo el hecho.¹⁴⁴

Bottke toma como punto de referencia el dominio por organización, al afirmar la concurrencia de la autoría mediata en quien

...ocupando dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, da (traslada) instrucciones a otro que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, pudiendo contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida, y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida.¹⁴⁵

¹⁴² Herzberg, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 31. Afirma que “en este contexto el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, el «aparato», que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir”.

¹⁴³ Bloy, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 31.. Agrega que “resulta convincente el punto de vista por él introducido según el cual por regla general una conducta coordinada en sentido *vertical* suele dar lugar a autoría mediata, mientras que la coautoría tienen como presupuesto una conducta coordinada en el plano *horizontal*”.

¹⁴⁴ Schmidhäuser, citado Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, pp. 31 y 32.

¹⁴⁵ Bottke, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 31. Sostiene que “en la actualidad la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes parte de que el hombre de atrás —a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable— tiene dominio del hecho cuando «aprovecha determinadas condiciones marco pre-configuradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados». «Si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas

Por su lado, Díaz Aranda afirma que la admisión de la autoría mediata en el tema del dominio de la organización tiene la mayor cantidad de partidarios, y señala su coincidencia con Schroeder y con Joecks, y hace un comentario puntual de este último, quien sostiene que “El dominio del hecho a través de «aparatos organizados de poder» se presenta como una tercera forma autónoma de la autoría mediata. Ella es el prototipo para una constelación del «autor detrás del autor» y ha sido ampliamente reconocida en la literatura y la jurisprudencia...”.¹⁴⁶ Estas posturas abandonan la posibilidad de entender estas conductas mediante coautoría o inducción. El autor sostiene su tesis de la autoría mediata basada en tres principios: i) fungibilidad en el marco del dominio de la organización (“la seguridad del resultado aumenta enormemente por el hecho de que la organización cuenta con muchos esbirros dispuestos y que, entonces, la ausencia de uno de ellos —por cualquier causa— no puede hacer peligrar la ejecución de la orden”),¹⁴⁷ ii) la necesidad del apartamiento del derecho del aparato de poder (o marginalidad jurídica), y iii) la disponibilidad hacia el hecho específico de la organización (“la pertenencia a la organización, ya por sí misma, da lugar a una tendencia de adaptación. Se espera que cada uno de los miembros se integre”).¹⁴⁸ Afirma que

A favor de una autoría mediata de los hombres de atrás pueden esgrimirse dos posibles fundamentaciones de distinta firmeza. Por un lado, se puede concebir la relación entre hombre de atrás e intermediario del hecho como una pura relación de dos personas, e intentar probar algún déficit de la autonomía en el ejecutante, que permita atribuir al hombre de atrás un dominio del hecho de mayor nivel. O se puede ver al aparato organizado de poder como verdadero instrumento del hecho, compuesto por un gran número de personas que, gracias a la forma estructurada de actuar del aparato de poder, garantizan la producción del resultado con tan alto grado de probabilidad que se puede hablar de un dominio del resultado a través del hombre de atrás, independientemente de la diferente situación individual que pueda tener cada uno de los actores.¹⁴⁹

circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar», será autor mediato”. Agregando el autor que sigue sin estar claro si con ello la jurisprudencia abandona la teoría subjetiva y se suma de modo completo a la teoría (objetiva) del *dominio del hecho*, p. 39.

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

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 306.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 310 y 311.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 304.

Schild reconoce la construcción del dominio por organización, pero la reconduce —al igual que en el caso del dominio por coacción y por error— no al dominio por voluntad, sino exclusivamente al dominio de la acción del hombre de atrás. En cuanto al resultado alcanzado, este autor, sin embargo, se muestra partidario de afirmar la concurrencia de una mera autoría individual.¹⁵⁰

Schroeder erige en criterio la decisión incondicional de cometer el hecho en la persona del ejecutor, considerando que el dominio por organización es una construcción *ad hoc* cuyo elemento central (es decir, el criterio de la fungibilidad) no puede configurar el fundamento material del dominio del hecho. En su opinión, por un lado, este criterio no tiene en cuenta la especialización funcional de los ejecutores producida por el lento proceso de integración en tales organizaciones, y, por otro lado, aun en el caso de que los ejecutores no fueran intercambiables, no cambiaría en nada la responsabilidad jurídico-penal de los hombres de atrás. Según este autor, el elemento decisivo, desde el punto de vista material, está en que en todo momento existan “personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”.¹⁵¹

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

Por su parte, Jakobs se ha manifestado en contra del dominio por organización, y prefiere en general la coautoría a la autoría mediata en este contexto. Para él

El carácter común de la decisión de realizar el hecho —que es necesario para una coautoría— queda configurado por la conciencia común de dirijentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos con las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con la instrucción de la dirección. Para ello no sería decisivo que los intervinientes se conozcan

¹⁵⁰ Bottke, citado por Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 32. De acuerdo con el punto de vista de este autor, “el hombre de atrás no comete el hecho tan sólo «por medio» de otro, «sino quien comete de este modo el hecho por medio de otro *crea él mismo la acción típica* (precisamente, a través de un instrumento, y, por lo tanto, no por medio de ‘otro’)», en este sentido, habrían de tomarse como punto de referencia las conductas típicas de la parte especial, incluyendo el dolo”.

¹⁵¹ *Idem*. Se cita en el mismo documento el rechazo de Roxin ante este criterio de la “disposición incondicional”, ya que de acuerdo con este precepto el “caso clásico de una disposición (condicionada o incondicional) a realizar el hecho” (la aceptación de un ofrecimiento) precisamente no es autoría mediata, sino *inducción*.

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

Otto indica que el ejecutor directo está determinado de modo esencial por la conciencia de que no será hecho responsable de sus hechos. Esta circunstancia, sin embargo, no fundamenta aún un dominio del hecho del planificador sobre su persona; por el contrario, con su conducta el ejecutor asume como propio el plan delictivo por actos concluyentes; por ello, habría que afirmar que hay coautoría.¹⁵³

Bockelmann afirma que concurre autoría accesoria; argumenta que la coautoría queda excluida a falta de una decisión común de realizar el hecho, y que la concurrencia de autoría mediata no puede afirmarse teniendo en cuenta que los ejecutores son plenamente responsables.¹⁵⁴

Queda claro que el punto de partida del dominio del hecho genera un gran avance para la imputación a título individual; sin embargo, no lo resuelve en su totalidad, por lo cual queda en la dogmática actual muchas discrepancias y lagunas jurídicas. Por su lado, Herzberg habla de la libertad de decisión; Bloy menciona un injusto por organización; Bottke habla de una actitud criminal colectiva; Schild no comparte el dominio de la voluntad, sino el dominio de la acción del hombre de atrás, al señalar una autoría individual; Schroeder sostiene que lo decisivo en el dominio es que en todo momento existan personas dispuestas a llevar a cabo el hecho; Murmann pone en duda la fungibilidad, por no tratarse de un número ilimitado de posibles ejecutores. Por su lado, Jakobs, en el dominio por organización, habla de una coautoría,¹⁵⁵ dada la conciencia común que tienen tanto dirigentes

¹⁵² *Ibidem*, p. 35. En su opinión, en contra de una supuesta fungibilidad hay que tener en cuenta el hecho de que no eran intercambiables todos los soldados de fronteras de modo simultáneo, sino sólo de modo sucesivo, una característica que no tiene nada de especial en el ámbito de la participación. Desde este punto de vista, está dentro de la lógica de las estructuras de organización constatadas por la jurisprudencia que éstas no sólo permitan el intercambio de los receptores de órdenes, sino también de los emisores. Finalmente, lo que sucede es que no existe —como afirma Roxin— un “dominio superior de cualidad propia”, sino que quienes emiten las órdenes y quienes las ejecutan son jurídicamente de igual rango; por lo demás, el ejecutor *jurídicamente* no actúa de modo automático, sino que se deja corromper por la orden, siendo este acto responsable “lo exactamente opuesto a un funcionamiento automático”.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵⁵ Schünemann, Bernd, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. LV, enero-diciembre de 2002, p. 19, sostiene que “para la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder se debería exigir una

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

Otra interrogante se plantea en torno a los delitos cualificados propios, para los cuales en “el instrumento doloso no cualificado existe un supuesto de hecho que, sobre la base de la teoría del dominio del hecho, podría entrañar simplemente inducción, pues se trata de suscitar una decisión del hecho”,¹⁵⁶ por lo que finalmente la conducta del ejecutor quedará impune, por no satisfacer la cualidad específica que exige el tipo, y, por otro lado, al hombre de atrás, cuando mucho, se le podría enviar a la periferia de la inducción; igual sucedería cuando el hombre de atrás sea un *extraneus*, siendo cuestionable incluso la existencia de dicha “inducción” sin la figura central de la autoría. Ante esto, la teoría del dominio del hecho de alguna manera se encuentra limitada, pese a su trascendencia, máxime en responsabilidad penal por organización.

Hasta aquí se dejarán estas inquietudes, que son compartidas en su totalidad, ya que la complejidad de las interacciones humanas dentro de la actual sociedad demanda nuevas estructuras dogmáticas que regulen en su totalidad no solamente sucesos individuales, sino estos ámbitos de responsabilidad por organización, en donde, como se ha visto, aun con las teorías de la imputación objetiva, así como de dominio del hecho, siguen quedando sin protección jurídica, siendo la sociedad misma quien está pagando los costos, y es el propio individuo, quien, a su vez, sigue interactuando en forma indiferente, y, por ende, irresponsable.

Bajo la propia dinámica de la organización, Schünemann considera que

La idea de una dirección absoluta mediante una o más personas *omnipotentes* en la empresa que están en la cúspide de la jerarquía..., no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, ni, especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna, porque la división de trabajo

supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como *Roxin*, que la organización se aparte del Derecho, sino también que se base en un sistema de ejercicio de violencia (lo que quizá ya venga implicado en el concepto de «aparato de poder») ... En su lugar, considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por un lado, tiene una posición de garante..., y, por otro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omisiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría”.

¹⁵⁶ Roxin, Claus, “Autoría y dominio...”, *cit.*, p. 282.

conduce a una diferenciación funcional y a una descentralización de los procesos de acción y decisión, a través de las que el poder de dominio inicial de los órganos directivos se transforma en un “poder de intermediación”, y en vez de dominio de la acción existe una función de coordinación, lo que, unido a la simultánea descentralización del conocimiento, puede conducir como resultado final, incluso, a una “irresponsabilidad organizada”.¹⁵⁷

En este sentido, solamente en la medida en que se responsabilice a cada individuo por su propio aporte se logrará vivir en una sociedad con menos riesgos, y, por tanto, con mejor calidad de vida. En definitiva, en una sociedad más consciente y responsable.

IV. PRESUPUESTO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La teoría de la imputación objetiva fue estructurada a comienzos de 1970, época en que propuso los siguientes criterios normativos como reguladores del nexo causal: *a)* crear un riesgo no permitido; *b)* concreción del riesgo no permitido en un resultado; *c)* que el resultado pertenezca al ámbito de protección de la norma.¹⁵⁸

Es decir, ya no basta la mera causalidad obtenida bajo la fórmula de la *conditio sine qua non*, sino que se precisa de mayores elementos para tener por cierto que el derecho penal habrá de reaccionar ante determinadas conductas, así como la medida de su reacción. Ya no se ve al individuo como un ente natural y causal, sino como una persona en toda su extensión, de quien

¹⁵⁷ Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 16. *Cfr.* Feijóo Sánchez, Bernardo, en su publicación “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, núm. 4, julio-septiembre de 2003, p. 142, agrega que “esta afirmación parte de la idea de que determinados hechos no deben ser interpretados en clave individual sino que sólo adquieren un sentido delictivo como obra colectiva. En muchos casos una consideración aislada de las distintas aportaciones al hecho no permite valorar correctamente la dimensión típica de cada una de ellas. Determinadas modalidades de conducta sólo son relevantes para el Derecho penal en relación con otras conductas y sólo en el marco de esa relación cobran sentido típico. Al mismo tiempo, no se debe olvidar a la hora de interpretar o valorar una conducta teniendo en cuenta otras que en una sociedad como la nuestra que se basa en la libertad y responsabilidad individual los comportamientos de terceros que actúan libre y responsablemente son normativamente algo distinto que cursos causales o fenómenos naturales”.

¹⁵⁸ Citado por Quintino Zepeda, *Diccionario de...*, *cit.*, p. 311, dice Quintino: “el avance concreto de la teoría de la imputación objetiva consiste en haber demostrado, primeramente, que en derecho penal la cuestión no consiste en saber *quién ha causado algo*, sino que más bien, se trata de afirmar a *quién le es imputable* un cierto comportamiento perturbador de la norma penal”.

se analiza su conducta con voluntad final. Por su lado, el resultado no es una mera consecuencia (y por tanto imputable penalmente), sino que más allá del mero silogismo de si evitando *X* acción se evita el resultado *Y*, querrá decir que la acción *X* es la causante del resultado *Y*, pues alrededor del silogismo se concretan un sinnúmero de consideraciones valoradas por la sociedad como permitidas o no permitidas, atento a que la propia dinámica social permite asumir ciertos riesgos, lo cual implica el coste de vivir en sociedad.

La teoría de la imputación objetiva, sostiene Canció Meliá, presenta dos problemas distintos: el primero, el relativo a los llamados “cursos causales atípicos, es decir, aquellos supuestos en los que de alguna manera es poco habitual la *conexión existente entre la conducta analizada y el resultado producido*”;¹⁵⁹ el segundo “tiene que ver con la determinación de cuáles comportamientos que aparentemente pueden subsumirse bajo el tipo lo realizan, en sentido estricto, conforme el sentido de éste”.¹⁶⁰

Así, Canció Meliá ofrece la siguiente fórmula para considerar la teoría de la imputación objetiva: “el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis: *a)* ha generado un «riesgo jurídicamente desaprobado», y *b)* este riesgo se ha «realizado en el resultado»”.¹⁶¹ Mientras que Feijóo, respecto de la teoría de la imputación objetiva, considera que

No añade un elemento de análisis dentro de la estructura del delito —aunque ofrezca nuevos criterios dogmáticos— sino una nueva forma o perspectiva de análisis de la tipicidad con la que no se tienen en cuenta criterios de imputación naturalísticos (causalidad, finalidad, etcétera) sino fundamentalmente normativos (la existencia de riesgos asumidos por el propio ordenamiento jurídico, la delimitación social de esferas o ámbitos de organización y decisión, el principio de auto responsabilidad, etcétera).¹⁶²

¹⁵⁹ Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 21.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁶² Feijóo Sánchez, Bernardo, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, vol. XXI, núm. 69, 2000, p. 73. Cfr. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, México, Ángel, 2002, p. 17; “la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etc., y con ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar

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

Más bien, enuncia que un derecho de comportarse de determinada manera, o, a la inversa, el ilícito de un comportamiento, no se puede determinar teniendo en cuenta solamente un individuo aislado, ni una norma aislada, sino siempre teniendo en cuenta personas, es decir, reglas específicas de una sociedad. Esta hipótesis se puede desdoblar en tres proposiciones: el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso.¹⁶³

A fin de comprender la trascendencia dogmática que la teoría de la imputación objetiva presupone para la sociedad del riesgo, en seguida se explicará el contenido de sus principales criterios normativos.

1. *Riesgo permitido*

En la teoría de la imputación objetiva resulta predominante considerar el rol que cumple el ciudadano respecto de determinado actuar, pues será con base en dicho rol como se podrá calificar su conducta. Es decir, “no bastará con la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico”,¹⁶⁴ sino que se precisa responsabilizar al individuo únicamente en torno a su ámbito de competencia, o bien de su rol, pues no se puede esperar que todos conozcan todo o sean capaces de desarrollarse eficazmente en todos los ámbitos; por ello, el desarrollo del individuo en sociedad se da asumiendo los riesgos del error humano. De esta manera, el riesgo permitido forma una barrera de permisión, y mientras las conductas se desarrollen dentro de dichas barreras, sus resultados serán permitidos y tolerados por la sociedad, no así las conductas desplegadas fuera de esas barreras de riesgo permitido, situación en la cual, sea por la conducta riesgosa o por el resultado (de lesión o de peligro), sí reaccionará el derecho penal.

Así, se ha abordado el tema de la sociedad del riesgo, y puntualizado que dentro de la dinámica de dicha sociedad, y atento a la actual complejidad de

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

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

¹⁶⁴ Jakobs, G., *La imputación...*, cit., p. 22. Cfr. Hassemer y Muñoz Conde, *La responsabilidad por...*, cit., p. 98, quienes comentan que “según la teoría de la imputación objetiva, tanto la creación de un riesgo no permitido, como el incremento más allá de lo tolerable de un riesgo en sí permitido es lo que, entre otros criterios, fundamenta la imputación de un resultado, siempre claro está que quede constatada la relación de causalidad entre la acción peligrosa y el resultado dañoso producido”.

la misma, se deben asumir ciertos riesgos en el diario vivir, pues de no ser así, el ser humano no podría siquiera salir de su casa para evitar sufrir algún percance. Es decir, puesto que debemos seguir viviendo en sociedad (con los riesgos que cada sociedad vaya asumiendo), es que vamos ponderando los costes-beneficios¹⁶⁵ que ello implica, y atento a esto, la sociedad misma va permitiendo llevar a cabo ciertos riesgos, sin dejar de lado la viabilidad que se tenga o no de haber conocido los mismos, pues tampoco podemos tolerar indiferencias, ya que nos llevaría al absurdo de decir: “no sabía que actuaba fuera de las barreras del riesgo permitido”; por el rol que desempeñamos, tenemos obligación de conocer aquello que está a nuestro alcance, máxime cuando es necesario para el desempeño de nuestro actuar responsable.

Con este preámbulo se atenderá a la concepción que Jakobs propone del riesgo permitido, cuando considera que “se trata de una concreción de la adecuación social. Aquí no se toman en consideración las situaciones de justificación. El riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece los que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción”.¹⁶⁶ Así, en tanto la sociedad busca los límites para interactuar con los riesgos que considera tolerables, será el derecho penal el que regule los riesgos no permitidos, así como los riesgos permitidos que han sobrepasado sus barreras de permisión; esto se objetiviza a través de la tipificación de las conductas que para la sociedad son importantes mantener dentro de ciertos límites, dentro de cierta normatividad; es decir, dentro de normas permisivas y prohibitivas insertas en la legislación.

2. Principio de confianza

Sencilla, pero relevante, resulta la máxima expuesta por Hegel, quien sostiene que “El mandato jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como persona”,¹⁶⁷ es decir, “reconocer a los otros como yo”,¹⁶⁸ como sujetos

¹⁶⁵ Jakobs, G., *La imputación...*, cit., p. 34; sostiene que “el beneficio estaría constituido por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una relación adecuada”.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ Hegel, citado por Feijóo Sánchez, *El principio de...*, cit., p. 39; este último dice que “a partir de ese reconocimiento surge el mundo del derecho como algo vinculante construido a través de la comunicación”.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 39-41. Agrega Feijóo que “hasta donde llega el reconocimiento de autodeterminación llega la responsabilidad. El ámbito de autonomía que disfruta un ciudadano es

que confían en nosotros, tanto como nosotros deseamos confiar en ellos, puesto que todo ser humano es corresponsable del mundo en que habita.

Este principio de confianza permite actuar en el diario vivir, atento a que el otro cumpla con su propio rol. Sin embargo, dentro de una estructura de división de trabajo, se va haciendo más complejo este principio de confianza, ya que los demás deberán cumplir fielmente con su aporte. En la medida en que el sistema social se hace más complejo, la confianza en la norma ha de adoptar la función de esa confianza original en los otros. “La confianza original se ve sustituida por la «confianza en el sistema» para posibilitar la interacción social. Cuanto más anónimos son los contactos el aumento de la desconfianza entre los individuos es mayor y son más necesarias las normas que garantizan ciertas expectativas”;¹⁶⁹ por lo que en estructuras de organización, donde se concatenan varios aportes individuales, resulta de vital importancia este principio de confianza, pues es lo que permitirá a cada individuo atender a su propia tarea con la tranquilidad de que el resto del grupo ha hecho lo suyo en forma correcta (o debida atento a su propio rol).

Si el que persigue una finalidad en un determinado ámbito social puede contar con que los otros van a comportarse de forma correcta, ello tiene como consecuencia que se pueda organizar la consecución del interés que se persigue de una forma más racional. Por tanto, “el principio de confianza posibilita una organización más razonable de los contactos interpersonales. El principio de confianza, pues, está estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad”.¹⁷⁰

equivalente a su ámbito de responsabilidad... Las posibilidades de contacto están en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositen en las normas...: cuando la confianza en éstas se ve afectada las posibilidades de contacto social se reducen y la vida social se entumece; por el contrario, donde existe confianza en que todos respetarán las normas las posibilidades de contacto son mucho mayores”.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 43. Cfr. Jakobs, G., *La imputación...*, cit., p. 25, quien sostiene que “el principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo”. Cfr. Kindhäuser, en Feijóo Sánchez, B., *El principio...*, cit., p. 44, al comentar: “Si la norma no se reconoce como efectiva frente a los comportamientos se aminora su valor como criterio rector de la conducta; se defrauda —aunque sólo sea caso por caso— la confianza de los ciudadanos en el reconocimiento de la norma”.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 50. Cfr. Frisch, “Problemas fundamentales...”, cit., p. 104, que dice: “Hasta qué punto se puede responsabilizar al órgano directivo de una empresa de la contratación o nombramiento del empleado en cuestión, o por haberle proporcionado los instrumentos para su trabajo o las informaciones necesarias, es una cuestión que no resulta fácil responder. Pues las respuestas que se dan a esta pregunta acerca de la responsabilidad por comportamientos delictivos de terceros resultan ya en general vagas y ambiguas; yendo desde la aplicación del concepto de «prohibición de regreso», hasta el intento de centrar la cuestión en el

El principio de confianza, si bien es el punto toral para la división o reparto de trabajo, también se debe entender con límites claramente establecidos; de no ser así, se corre el riesgo de abusar del mismo, y que conductas descuidadas o indiferentes se cobijen ante la responsabilidad de terceros y bajo el manto del principio de confianza. Si bien en una organización cada quien tiene su propia tarea a realizar, no se pueden tolerar o consentir conductas disvaliosas de los demás intervinientes de la organización, y menos aun amparar una conducta dolosa o culposa en dicho aporte defectuoso. Como comenta Feijóo, “si alguien se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su injusto dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero. Esta persona está realizando ya un comportamiento antijurídico con indiferencia de que concurra con una conducta defectuosa de otra persona”.¹⁷¹

En la responsabilidad por organización debemos prestar atención a las órdenes que se dictan en forma vertical,¹⁷² en donde el superior jerárquico, si bien no será responsable de la propia actuación de su subordinado, sí lo será de las indicaciones que le dé a éste, así como de la conciencia que tenga de la falta de capacidad o de pericia del subordinado para ejecutar el trabajo encomendado, en donde, atento a la organización misma, será responsable de delegar responsabilidades en alguien que, dada su experiencia (la del superior jerárquico), considera incapaz de llevar a cabo, o, peor aún, que la notoria inexperiencia del subordinado pueda producir un riesgo determinado. Por tanto, como sostiene Cerezo Mir, “cuanto menores sean la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio

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

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 58.

¹⁷² *Ibidem*, p. 69. Al respecto comenta que en algunos casos, uno no sólo toma decisiones y responde de sus comportamientos, sino que su ámbito de decisión y, por tanto, de responsabilidad, se extiende hasta afectar al comportamiento de terceras personas. En ese caso, la incorrecta organización de esa esfera de señorío ampliada supone que uno no responde de un injusto ajeno, sino de la propia infracción de sus deberes como garante. Esto es importante, por ejemplo, en los casos de división vertical del trabajo, en los que el superior o los superiores pueden tener especiales deberes de control y vigilancia que limitan el alcance del principio de confianza. En las relaciones jerárquicas los superiores (por ejemplo, el director médico de un hospital) pueden tener deberes especiales de selección, información, entrega de medios materiales, preparación, etcétera. O, por ejemplo, ciertas personas con deberes de inspección no pueden partir en su trabajo de la confianza en que todas las personas susceptibles de investigación respetan escrupulosamente las normas y, con base en ello, infringir sus deberes de inspección.

de confianza”;¹⁷³ pero tampoco implica la permisión del otro extremo; es decir, que el subordinado consciente de su incapacidad por cumplir la labor encomendada se ampare en la orden recibida por su superior, ni en el deber de vigilancia de este último.

El principio de confianza no debe entenderse como una circunstancia dada *per se* a todo sujeto, sino como una correspondencia a la responsabilidad asumida por cada individuo frente a su colectividad, de tal suerte que cada individuo será merecedor de dicha confianza atento a la evitación de riesgos en su actuar. Lo anterior coincide con el planteamiento de Otto, quien sostiene:

Cuando una persona conozca o deba conocer (elemento de imputación personal) una situación en la que ya no les es posible confiar —existen motivos objetivos concretos o evidencias de que otra persona no quiere respetar las normas o carece de capacidad para ello— ya será posible imputar el hecho típico a esa persona a título de dolo o imprudencia en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación.¹⁷⁴

Por lo que la confianza no es ciega, sino que debe ser objetiva, y no será justificada una conducta si, concatenada con otra que ha rebasado los niveles de confianza, genera un resultado típico, pues objetivamente se pudo haber evitado, máxime si existe un tercero que confía en esta última aportación.

3. *Prohibición de regreso*

La concepción de prohibición de regreso la expuso a comienzos del siglo XX en Alemania Reinhart Frank, entendida como un mecanismo para impedir que la responsabilidad penal se extendiera de manera ilimitada;

¹⁷³ *Ibidem*, p. 55. Agrega Feijóo “que toda indicación defectuosa, imprecisa o incompleta a un subordinado supone ya una infracción del deber de cuidado... Sin embargo, ello no implica tratar a los subordinados como personas irresponsables”. Cfr. Schumann, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. LV, 2004, p. 56, quien al respecto agrega que “el que recibe las instrucciones debe asegurarse de que ha entendido bien dichas instrucciones o solicitar algún tipo de aclaración o instrucciones complementarias cuando le surge alguna duda con referencia a la corrección de lo que ha de hacer”.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 75. Cfr. Stratenwerth, quien en el mismo documento sostiene que “La enorme especialización que caracteriza nuestra sociedad en la actualidad tiene como consecuencia que cada uno sólo se pueda ocupar con garantías suficientes de un ámbito muy limitado”, p. 55.

conforme al planteamiento original de la prohibición de regreso, “un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada”.¹⁷⁵

Así, esta prohibición de regreso “se concreta en la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien, física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo —hubiese bastado la voluntad de hacerlo—, a pesar de la no evitación, no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente”.¹⁷⁶ Baste imaginar un campo de tiro, en donde la empresa provee al tirador *A* un rifle cargado para efecto de las prácticas de tiro; es el caso que *A*, sea por error o en forma dolosa, dispara el arma hiriendo a *B*. En esta situación, sería imposible atender a un curso causal en donde se imputara a la “empresa” (o al empleado de la misma) el haber proveído el arma; por el contrario, de acuerdo con la prohibición de regreso, esta responsabilidad no puede abarcar a la empresa, sino solamente a *A*, claro, entendiendo que *A* es un sujeto imputable, no así si se tratara de un sujeto inimputable (menor de edad, por ejemplo), pues lo importante no son los meros efectos causales, sino identificar quién es el responsable del resultado típico, y por consecuencia quién será merecedor de pena.

De ahí que la figura de la prohibición de regreso sea entendida como un problema normativo —de imputación—, que se ubica sistemáticamente en el tipo objetivo. Por tanto, la prohibición de regreso forma parte de la novedosa teoría de la imputación objetiva;¹⁷⁷ de qué que, para efectos de imputación, lo que realmente interesa es quién vulneró la norma. Al respecto, Canció Meliá sostiene que “a través de la imputación objetiva se trata de definir la conducta típica, más allá de elementos fáctico-naturales y de accidentes particulares de la infracción, normativamente como con-

¹⁷⁵ Reyes Alvarado, Yesid, “El concepto de imputación objetiva. Derecho penal contemporáneo”, *Revista Internacional*, Bogotá, núm. 1, octubre-diciembre de 2002, pp. 19 y 20, agrega que “en términos generales puede entonces afirmarse que con la *prohibición de regreso* se pretendió exonerar la responsabilidad penal a quien con su conducta posibilita la ejecución del hecho delictivo, equiparando así el comportamiento de esa persona con el de quien despliega una conducta socialmente adecuada. La *prohibición de regreso* se reformula en la segunda mitad del siglo XX obedeciendo a un intento más de los partidarios de una concepción final del injusto, por solucionar los inconvenientes que a ellos planteaban algunos supuestos de hecho relacionados con delitos imprudentes”.

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

¹⁷⁷ Quintino Zepeda, R., *Diccionario de...*, cit., p. 317.

ducta con significado (objetivo) típico. Se pasa así de la imputación del resultado a la imputación de la conducta como típica”.¹⁷⁸

Para la responsabilidad penal por organización, la concepción de la prohibición de regreso puede presentar una dificultad o salida cómoda en terrenos del derecho procesal, pues en este campo todos los aportes hechos con conocimiento o con capacidad de haber conocido deben ser corresponsables, pues más allá de su aporte individual, de alguna manera participan del resultado producido por el colectivo. Tal como lo sostiene Tiedemann, para quien “la infracción de deber objetivo de cuidado existe cuando, al incumplir el deber de vigilar el producto defectuoso, se hubiera obtenido conocimientos que a su vez hubiesen originado la obligación de informar, corregir, dejar de producir, o retirar del mercado el producto”;¹⁷⁹ esta postura implica que existen campos de acción personal que llevan inmersa una responsabilidad por las conductas o aportes preexistentes, ante los cuales, a decir de Canció Meliá, la teoría de la imputación objetiva se presenta como un “procedimiento de interpretación de los tipos penales que significa la conexión entre el texto de la ley y la realidad social”.¹⁸⁰

V. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN NORMATIVA

Por su lado, Díaz Aranda, partiendo de su postura de la integración de la teoría del delito con tres elementos: conducta típica, antijuridicidad y culpabilidad, sostiene que el juicio de tipicidad se debe analizar desde tres vertientes: objetiva, normativa y subjetiva, proceso que permitirá determinar si la conducta realizada por una persona física es aquella que el legislador penal ha querido prohibir y sancionar en determinada norma. De ahí que en relación con los elementos de la conducta-típica, este autor sostenga:

Como he señalado, la tradicional división entre tipo objetivo y tipo subjetivo debe ser sustituida por elementos objetivos, normativos y subjetivos de la conducta típica, entre los cuales se debe establecer una relación horizontal y no vertical, pues si quisiéramos constatar primero los elementos objetivos y después los normativos con ello sólo podríamos analizar los delitos de acción, pero no encontraríamos el soporte necesario para explicar los de omisión, en los cuales la conducta que realiza el agente no es la descrita objetivamente en el tipo... si queremos analizar primero los elementos objetivos del hecho y

¹⁷⁸ Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 21.

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

¹⁸⁰ Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 41.

dejar hasta el final el estudio de los elementos subjetivos de la conducta típica, será muy probable que hagamos juicios erróneos de tipicidad, lo cual se evita si eliminamos la idea de prelación entre elementos objetivos, normativos y subjetivos y los ponemos al mismo nivel, siendo el hecho por analizar el que nos dé la pauta sobre el elemento por el que debemos empezar.¹⁸¹

Agrega este autor, que en aquellos casos en que el elemento objetivo no aparece descrito en la descripción del tipo penal, se requerirá acudir a los elementos normativos, a fin de estar en posibilidad de “valorar el hecho y determinar si este es aquel que normativamente quiso sancionar el legislador, y así, sin violar el texto de la ley, atribuir o imputar el resultado a la conducta del sujeto”.¹⁸²

Señala, además, que los elementos normativos jurídicos se pueden dividir en expresos e implícitos; tradicionalmente conocidos los primeros como aquellos que están plasmados en el tipo penal de forma expresa, mientras que los elementos normativos implícitos “están conformados por una serie de criterios sustentados en el derecho positivo y que se agrupan bajo el nombre de teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta”,¹⁸³ o también llamada teoría de la imputación objetiva del resultado. Así, los criterios normativos implícitos, a juicio de este autor, requieren de una interpretación gramatical, sistemática, teleológica e histórica; además, estos criterios normativos implícitos son aplicables a conductas típicas de resultado, y no así a conductas típicas de mera actividad.

Aunado a lo anterior, Díaz Aranda propone reubicar los supuestos de ausencia de conducta (*vis absoluta* y *vis compulsiva*), proponiendo su ubicación dentro de los elementos normativos de la conducta-típica, bajo el rubro de “imputación normativa del resultado a la conducta”, teniendo en cuenta que los elementos normativos no son perceptibles sensorialmente (como sucede con los elementos objetivos), sino que, al no tener corporeidad, son producto de una valoración.

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

¹⁸² *Ibidem*, p. 626.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 644. Afirma que “no sigue la denominación de teoría de la imputación objetiva del resultado, porque la considera una traducción desafortunada de la terminología empleada por la doctrina alemana, que sólo se refiere a la teoría de la imputación objetiva o de imputación al tipo objetivo, siendo que la doctrina española le ha agregado todos los demás adjetivos. Además, con estos criterios no estamos buscando ‘imputar objetivamente’, porque esa clase de imputación sólo se consigue a través de criterios causales o físicos. Sería tanto como volver a la teoría causalista de la conducta... En realidad lo que buscamos son ‘criterios normativos’ que nos ayuden a sustentar debidamente cuándo podemos imputar un resultado a una conducta, sea de acción o de omisión”, p. 645.

Por ello, define a los elementos normativos de la conducta típica como “aquellos que requieren de una valoración cultural o jurídica para establecer si el hecho corresponde o no a la descripción prevista en el tipo penal”.¹⁸⁴

Así, derivado de la evolución de diversas teorías, se llega a la etapa del funcionalismo, que como sostiene Díaz Aranda, contiene dos innovaciones para la teoría del delito: *la teoría de la imputación al tipo objetivo*, a la cual denomina “teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta”, y la “tercera categoría de la teoría del delito, denominada responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imponer la pena”.¹⁸⁵ Esta evolución surge por la necesidad de considerar y valorar los elementos normativos que se encuentran insertos en los tipos penales (sea explícitos o implícitos), a fin de hacer una adecuada valoración de la conducta desplegada por el sujeto, cuyo análisis vaya más allá del mero plano objetivo de la teoría de la imputación objetiva, de la cual el autor considera desafortunada su denominación, ya que sostiene que “dicha clase de imputación sólo se consigue a través de criterios causales o físicos; sería tanto como volver a la teoría causalista de la conducta... en realidad lo que buscamos son «criterios normativos» que nos ayuden a fundamentar cuándo podemos imputar un resultado a una conducta, sea de acción o de omisión”.¹⁸⁶

A la luz de esta teoría, los criterios normativos nos permitirán dotar de contenido valorativo y social las conductas desplegadas por el sujeto, y con base en ello estar en capacidad de establecer la responsabilidad ante un incumplimiento a la norma; esto es, ir más allá de la mera vulneración a la norma en su sentido causal, para tratar de comprender los motivos que han llevado al sujeto a vulnerarla.

Bajo la premisa sostenida por Díaz Aranda, en cuanto a la categoría única que compone la conducta-típica, y en alusión a los elementos normativos implícitos en el tipo, propone dos grandes criterios para delimitar el radio de prohibición de la norma: 1) ausencia de voluntad, y 2) alcances del tipo,¹⁸⁷ con base en lo cual propone su teoría de imputación normativa del resultado a la conducta, tomando como parámetro de análisis la teoría de la imputación objetiva del resultado, e integrando tanto las causas excluyentes de la voluntad como las de la culpabilidad; funda su postura en la integración del cuerpo del delito, establecido en el artículo 168 del Código Federal de Pro-

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 641.

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

¹⁸⁶ Díaz Aranda, E. y Canció Meliá, M., *op. cit.*, p. 49.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 51.

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

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

Resulta innegable que, ante la ruptura de paradigmas infructuosos, se precisa restablecer ciertas estructuras, principalmente aquellas que han de salvaguardar los intereses básicos para que el individuo sea capaz de desarrollarse en sociedad, esto es, la salud y el medio ambiente sano como unos de los derechos fundamentales sociales, cuya tutela permite el disfrute del resto de los derechos que posee el individuo, lo cual no requiere de mucha explicación, pues es innegable que si no se salvaguarda el derecho a la vida, la salud, el medio ambiente, entre otros, el ser humano, como especie, no será capaz de garantizar el uso y disfrute de otros tantos derechos, como el de propiedad, de familia, políticos, etcétera.

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

De ahí que se coincida con lo sostenido por Carbonell, para quien, tradicionalmente, la responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual; es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo: se trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para avanzar hacia una socialización del riesgo; es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran capaces de responder frente a los riesgos sociales.¹⁸⁸

Ante los nuevos riesgos surge la necesidad de adecuar la responsabilidad penal hacia una responsabilidad de carácter colectivo, frente a la cual el Estado asuma su nuevo compromiso, no sólo como promotor del bienestar

¹⁸⁸ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2006, p. 804.

de los individuos, sino que atenúe y evite en su mayoría posible los daños asumidos por los individuos, quienes cada vez se encuentran más vulnerables ante los riesgos que se afrontan en el diario vivir, máxime cuando se habla de derechos que corresponden a toda persona; es decir, de derechos fundamentales, ya que no es un solo individuo actuando de manera aislada quien genera los nuevos riesgos y daños, sino un conjunto de individuos, cuyas conductas y consecuencias van concatenadas hacia la producción de un resultado que pone en riesgo exponencial los derechos que corresponden a todos, y que el Estado debe salvaguardar, igual que al individuo, con especial relevancia al derecho a la salud y el medio ambiente sano.

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

1. Postura de Luigi Ferrajoli

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

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

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudada-

nos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹⁸⁹

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

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

Por su lado, Ferrajoli sostiene que a dicha pregunta se le pueden dar dos respuestas distintas, ambas sustanciales, según se la interprete en el sentido de cuáles son o en el sentido de cuáles deben ser esos derechos. La primera respuesta, que podemos llamar “iuspositivista”, es aquella según la cual son derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad personal, la libertad de expresión, de reunión y de asociación, los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social. La segunda respuesta, de tipo axiológico, o, si se pre-

¹⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 19; cfr. Carbonell, M., *Los derechos...*, cit., pp. 5 y 6, al sostener que “Cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales”.

fiere, iusnaturalista, es que se deben considerar fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad de conciencia, las otras libertades civiles, los derechos a la subsistencia y otros similares, gracias a los cuales se aseguran la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos que se decida, precisamente, asumir como fundamentales.¹⁹⁰

En la definición de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli, en tanto derechos subjetivos atribuidos por la norma a todos los individuos, se dota al concepto “todos” un contenido que incluye tanto a la persona como al ciudadano y/o a las personas capaces de obrar. Además, identifica tres rasgos estructurales básicos que permiten distinguir estos derechos del resto, a saber:

a) la forma universal de su imputación, entendido universal en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares; b) su estatuto de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que he llamado *normas téticas*, en oposición a las *normas hipotéticas* que, en cambio, predisponen como efectos hipotéticos las situaciones singulares dispuestas por los actos negociables, por ejemplo, que prevén en hipótesis; c) su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás.¹⁹¹

¹⁹⁰ Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 289; señala que “Las tres cuestiones a) cuáles son, b) cuáles deben ser y c) qué son los derechos fundamentales, pertenecen, por otra parte, al igual que las respectivas respuestas, a tres tipos distintos de discurso que —para evitar equívocos y falsas divergencias— deben distinguirse rigurosamente. Estos tres tipos de discurso corresponden a otras tantas disciplinas: a) la *ciencia jurídica positiva*, entendida como análisis empírico de las normas de derecho positivo de un determinado ordenamiento, sea estatal o internacional; β) la *filosofía política* o de la justicia, entendida como doctrina normativa en torno a valores ético-políticos que merecen o requieren ser tutelados como derechos fundamentales; γ) la *teoría del derecho*, entendida como sistema de conceptos y afirmaciones idóneos para denotar y explicar las formas y estructuras del derecho positivo. Hay, finalmente, un cuarto sentido de nuestra pregunta, así como una cuarta posible aproximación al tema de los derechos fundamentales, que se refiere a su concreta fenomenología empírica: δ) «¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados como fundamentales?». Esta pregunta pertenece al ámbito δ) de la *sociología del derecho* y, por otro lado, de la *historiografía jurídica*”, pp. 290 y 291.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 291 y 292; sostiene que “Las clases de sujetos que nuestra definición ha identificado como posibles titulares de los derechos fundamentales, más allá de las distintas y cada vez mayores extensiones que históricamente han ido asumiendo, son tres: personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar, cada una definida por otros tantos *status*, el primero de los cuales —el de la persona— incluye a los otros dos. Si se distinguen las cuatro combinaciones generadas por la relevancia o irrelevancia del *status* de ciudadano y/o de capaz de obrar como presupuestos de los derechos fundamentales, obtendremos cuatro clases de

De ahí que la universalidad, su carácter general y abstracto, así como la indisponibilidad de parte de sus titulares, hace de los derechos fundamentales, derechos diferenciados del resto de los derechos de carácter individual, como lo son la salud y el medio ambiente sano, que se constituyen como derechos que pertenecen a la sociedad misma en cuanto colectivo.

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

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

estos derechos: a) los *derechos humanos*, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar; b) los *derechos civiles*, que pertenecen a las personas en cuanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía; c) los *derechos públicos*, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; d) los *derechos políticos*, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar. Finalmente, una última precisión. También estas distinciones, al igual que la definición de «derechos fundamentales», son distinciones analíticas, verdaderas por definición. No nos dicen *qué* derechos —o sea, con referencia a qué contenidos— son de la persona o del ciudadano, de libertad o sociales, sino *qué son* estos distintos tipos de derechos. Se trata, por tanto, de categorías analíticas, como, por otra parte, lo son todos los conceptos teóricos, que concurren como figuras atómicas en la composición de esas figuras moleculares que, en concreto, son las situaciones jurídicas. Así, llamamos, por ejemplo, «sociales» a los derechos a la salud o a la educación, y «de libertad» a la libertad de prensa o reunión, en tanto que son expectativas positivas lo que prometen los primeros y negativas los segundos. Pero ello no quita para que en el derecho a la salud se incluyan inmunidades (por ejemplo, frente a la contaminación) o para que en la libertad de reunión se incluyan también expectativas positivas (por ejemplo, al disfrute de un lugar público)”, pp. 293-300.

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

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

Por su lado, Carbonell sostiene que el concepto de Ferrajoli hace referencia principalmente al contenido de los derechos (un derecho subjetivo, su asignación universal, su restricción en algunos casos para los no ciudadanos o para quienes no tienen capacidad de obrar, etcétera), considerando, sin embargo, que no señala que el carácter de fundamental de un derecho proviene (desde el punto de vista de la dogmática jurídica) también de la fuente jurídica que lo establece (normalmente la Constitución o los tratados internacionales, y las fuentes del derecho).¹⁹³ De ahí que este autor plantee la definición de derechos fundamentales a la luz de cinco teorías diferentes, a saber: la teoría de la libertad, la teoría institucional, la teoría axiológica, la teoría democrático-funcional y la teoría del Estado social, que se resumen en los siguientes términos:

¹⁹² *Ibidem*, pp. 371 y 372; agrega que “los cuatro criterios —igualdad, democracia, paz y tutela del más débil— propuestos para identificar en el plano axiológico los derechos fundamentales merecedores de tutela son convergentes y complementarios entre sí. La paz no sólo se funda, como dice el preámbulo de la Declaración Universal de 1948, en el máximo grado de efectividad de la igualdad en los derechos fundamentales y, por tanto, de la democracia, sino que se ve amenazada por el crecimiento de las asimetrías, origen de otras tantas desigualdades, entre sujetos fuertes y sujetos débiles. En sentido jurídico y descriptivo, podemos afirmar que los fines y razón de cada estado constitucional de derecho consisten en la garantía de los derechos y demás principios, cualesquiera que sean y aun aquellos considerados injustos o deplorables, estipulados en su carta constitucional. En este sentido, podemos identificar en cada constitución la carta de identidad del respectivo ordenamiento jurídico y político, del mismo modo, por otra parte, en que los estatutos dictados en virtud del acto constitutivo de cualquier persona jurídica, sea un ente público, una fundación o una sociedad comercial, identifican su finalidad y su específica razón social. En sentido axiológico y prescriptivo, en cambio, podemos identificar los fines o la razón del ‘estado constitucional de derecho’ como categoría de una filosofía política normativa, en los derechos que la misma identifica como fundamentales: por ejemplo, según el enfoque aquí propuesto, en los derechos que consideramos fundamentales sobre la base de los cuatro criterios antes formulados”.

¹⁹³ Carbonell, Miguel, *Los derechos...*, cit., p. 13.

Para la teoría de la libertad, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Esto significa que el individuo tiene asegurada una esfera propia en la que el Estado, entendido según la experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar. Se trata de un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica, y frente al cual el ordenamiento lo único que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera preexistente. Los derechos de libertad se entienden también como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, al señalar en cada caso lo que pueden y lo que no pueden hacer.¹⁹⁴

Y con base en la concepción que se tenga sobre los derechos fundamentales, se identifican al menos tres teorías; a saber: la teoría institucional, axiológica, democrático-funcional y del Estado social.¹⁹⁵

A fin de estar en capacidad de ofrecer las bases conceptuales necesarias y los fundamentos teóricos para caracterizar adecuadamente y presentar un concepto de derechos fundamentales sociales, Arango clarifica y fundamenta el concepto de la salud y el medio ambiente sano como derechos sociales fundamentales; defiende la tesis de que deben concebirse como derechos subjetivos, entenderlos en sentido estricto como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”;¹⁹⁶ este carácter subjetivo reclama del Estado la garantía de los mismos hacia todo individuo, lo cual da el carácter de derechos fundamentales sociales, con base en lo cual se conforma el modelo de derecho social, que a juicio de Abramovich algunos de sus postulados son:

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

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 35.

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

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

- El señalamiento de límites a la racionalidad del sujeto actuante, y a su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él; límites que estarán marcados por diversos factores: la constatación de motivaciones irracionales en los seres humanos, su voluntad cambiante, el efecto de presiones colectivas, la falta o el carácter incompleto de la información, etcétera.
- La generación de riqueza deja de ser el único factor de análisis de resultado económico.
- La sociedad se considera en estado de conflicto permanente.
- Las funciones que se asignan al Estado se multiplican: el Estado asume la regulación política de la economía, y toma a su cargo la decisión acerca de qué áreas de la interacción humana quedarán libradas al funcionamiento del mercado, y qué áreas quedarán parcial o totalmente desmercantilizadas.¹⁹⁷

Estos presupuestos, en términos jurídicos, generan, entre otros, los siguientes efectos: “la modificación de los criterios de asignación de responsabilidad civil: generación de riesgo y la necesidad de establecer criterios sociales de distribución del costo de los daños llevan a la elaboración de la noción de responsabilidad objetiva, independientemente de factores subjetivos”,¹⁹⁸ distribución de costo de los daños que tratándose de derechos como la salud y el medio ambiente sano se vuelven incalculables, al incluir incluso a las generaciones futuras como titulares de esos derechos fundamentales.

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

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

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

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 54-56. A lo cual Ewald, citado por Abramovich, sostiene que “el derecho social se caracteriza por: a) ser un *derecho de grupos* y no de individuos. El individuo goza de sus beneficios sólo en la medida de su pertenencia a un grupo; se trata de un derecho del individuo situado o calificado; b) ser un *derecho de desigualdades*, que pretende constituirse en instrumento de equiparación, igualación o compensación. Se trata de un modelo jurídico que tiende a concebir las relaciones legales como estructuralmente desigualitarias, rechazando la concepción del contrato en términos de equilibrio de las prestaciones, autonomía de la voluntad o protección del consentimiento; c) hallarse ligado a una *sociología*, orientada a señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a las distintas clases o grupos sociales, cuáles son las necesidades o aspiraciones de esos grupos, etcétera. Esta orientación sociológica desplaza a la filosofía o a la moral, fundamento de derecho privado clásico”.

capacidad que tenga el titular del mismo para disponer de ellos. De ahí se desprende su doble vertiente: por un lado, la capacidad individual del sujeto para demandar la exigibilidad, y, por el otro, la obligación y deber del Estado, como garante de los derechos de los individuos, de no sólo vigilar que sean respetados dichos derechos (tutela pasiva), sino que de parte del Estado se requiere un hacer; es decir, que emita las acciones necesarias para proveer los derechos que le corresponden al individuo (tutela activa), brindando acciones positivas, tales como proveer salud, un medio ambiente sano, educación, el sostenimiento del patrimonio cultural de sus pueblos, paz, entre muchos otros.

La corporeidad de los derechos, para Abramovich, radica en la justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones que se derivan del derecho; agrega que ello debe darse hasta el grado en que se pueda verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento.¹⁹⁹

Esta necesidad de exigibilidad o de justiciabilidad de todos los derechos retoma mayor énfasis cuando hablamos de derechos a la salud y un medio ambiente sano, toda vez que, dada la vulnerabilidad de estos derechos, su exigibilidad es de tal trascendencia para la sociedad, que mientras sólo obren en el papel, y no en el mundo fáctico, la sociedad estará destinada a la extinción. Esto lo empezamos a ver con los elevadísimos índices de contaminación ambiental, los grandes riesgos que hoy en día asume la salud del consumidor al consumir productos alimenticios con contenidos dañinos para el organismo, entre otros. Se trata de problemas reales y vitales para el individuo, que más allá del mero riesgo que generan para nuestra vida y salud, están generando costes muy elevados, como mutaciones genéticas, intoxicaciones derivadas de dulces y juguetes con alto contenido de plomo, constante estado de estrés (principalmente en las grandes ciudades). En fin, nos enfrentamos a un estilo de vida en el que cada vez resulta más complejo hacer exigibles esos derechos, máxime cuando éstos resultan exigibles no sólo al Estado, sino al resto de los individuos.

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

...puede ser justificada a partir de un concepto evolucionado de los derechos subjetivos [el cual] exige comprender el funcionamiento de la interpreta-

¹⁹⁹ Abramovich, V. y Courtis, C., *op. cit.*, p. 37.

ción constitucional y del ejercicio de los derechos en la práctica, de manera que sea posible reconstruir las condiciones formales y materiales necesarias para el reconocimiento judicial de los Derechos Sociales Fundamentales... Tal concepto —propio de la sociedad de riesgo— le asiste para otorgarle a los derechos sociales fundamentales un fundamento filosófico sólido y, de esta forma, justificar su justiciabilidad. El original andamiaje conceptual edificado para fundamentar dicho concepto lo inmuniza la objeción de que dichos derechos son indeterminados, y por lo tanto no propiamente derechos, sino directrices políticas, y permite su reconocimiento en caso de que el no reconocimiento injustificado de un derecho fundamental innominado conlleve a una consecuencia contraria a los postulados constitucionales, haciéndose jurídicamente necesario su reconocimiento.²⁰⁰

En defensa de la tutela de los derechos sociales, Carbonell sostiene que “La plena exigibilidad requiere de la creación de una nueva teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes”;²⁰¹ señala, además, que en México, para desarrollar plenamente la normatividad de los derechos sociales, se requiere trabajar principalmente en el contenido de los derechos sociales y en la exigibilidad procesal.²⁰²

A su vez, Abramovich sostiene que otro obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos tanto sociales como económicos y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela; para su demostración, basta señalar, entre otros, que la incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales, circunstancia que pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales.²⁰³ Estas realidades llevan a plantear la necesidad de crear estructuras

²⁰⁰ García-Jaramillo, L., *op. cit.*, p. 25.

²⁰¹ Carbonell, M., *Los derechos...*, *cit.*, p. 821.

²⁰² *Idem.* Cfr. García-Jaramillo, *op. cit.*, quien sostiene que “La falta del concepto evolucionado es lo que ha impedido la justiciabilidad de los DSF. Se propende por la justiciabilidad judicial, no por la justiciabilidad política, ya que el respaldo legislativo representado en una mayoría parlamentaria que realice una actividad normativa general para garantizar DSF, es secundario frente al reconocimiento efectivo de los DSF mediante una interpretación sistemática de la Constitución por parte de los jueces”.

²⁰³ Abramovich, V. y Courtis, C., *op. cit.*, p. 129.

sustantivas y adjetivas tendentes a la tutela de ámbitos colectivos, que cada vez más revisten una realidad relevante para nuestra sociedad, pues ya no sólo se habla de derechos de primera y segunda generación, como los proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, sino que actualmente diversos estudiosos hablan de los *derechos de tercera generación*, lo cual responde a la necesidad de reconocer nuevas necesidades, y, por tanto, nuevos derechos, atento a las actuales exigencias sociales, tales como el derecho a disfrutar de un ambiente adecuado, que lleva intrínseco el derecho a la vida, entendido como el derecho que da sentido a nuestro orden social.

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

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

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

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

Más allá de escuchar una serie de derechos escritos en la Constitución, se requiere materializar dichas prerrogativas, pues, como sostiene Ferrajoli, la definición formal de derechos fundamentales “sirve para informarnos

no ya sobre el contenido, sino más bien sobre la forma de tales derechos, es decir, para identificar la estructura que permite su tutela como derechos iguales, universales e indisponibles”.²⁰⁴ Esta estructura va más allá del ámbito jurídico, pues toca fibras sociales, como la conciencia, la solidaridad e, incluso, la salvaguarda de los derechos de las generaciones futuras, tal como lo estableció la Declaración de Río de Janeiro de 1992, en su principio 3, que fue reproducido en los mismos términos en la Declaración de Viena de 1993, al sostener que “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

La solidaridad ante las generaciones futuras va más allá de los contenidos morales que se puedan extraer de la norma, puesto que se basa en el derecho real e indivisible que se tenga como integrantes de una sociedad y del género humano que conforma la misma, género humano que no inicia y termina con la generación actual, sino que se conforma incluso de la generación que está por venir; es decir, los derechos fundamentales sociales no pertenecen solamente a las generaciones actuales, sino a todo el género humano, animal y a la naturaleza entera, presente y futura.

Hay que tomar en cuenta que los derechos fundamentales sociales son indisponibles en tanto que no le pertenecen a un sujeto en su individualidad, sino a la colectividad, por lo que estos derechos no se pueden dividir en partes. Coincidimos con Ferrajoli, al sostener que es preciso distinguir entre el ejercicio de un derecho y su titularidad. La indisponibilidad de los derechos fundamentales no se refiere al ejercicio, sino a su titularidad, que no deja de existir, con independencia de lo que se haga o quiera, dado que los derechos fundamentales no son sino normas (téticas),²⁰⁵ lo cual nos lleva a pensar si se tiene o no el deber de garantizar esos derechos incluso a las generaciones futuras, que también son titulares de éstos. No resulta complicado concluir que el medio ambiente, los productos de consumo que son riesgosos para la salud, etcétera, no pertenecen a las generaciones actuales, y, por tanto, no se tiene el derecho a destruirlos; al contrario, pertenecen a todos los titulares del mismo, y ante ello, toda persona debe actuar con corresponsabilidad.

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

²⁰⁴ Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 146.

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 162 y 163.

El deterioro de nuestro entorno supone una amenaza al legítimo legado de las generaciones futuras, y que la vida humana digna de ser vivida sobre la Tierra únicamente será posible de forma duradera, si desde ahora se reconocen ciertos derechos a las personas pertenecientes a las futuras generaciones que les permitan ocupar el lugar que les corresponde en la cadena de la vida. La afirmación de tales derechos reconocidos a estas personas justifica por la indispensable solidaridad entre las generaciones y por la unidad pasada, presente y futura del género humano.

De ahí que se deben asumir nuevas responsabilidades y obligaciones como sociedad, a fin de asumir el papel tanto de defensores de los derechos que nos corresponden a todos, como de responsables del respeto hacia los mismos, es decir, nuestra corresponsabilidad también legitima los derechos que son relevantes para que podamos seguir conviviendo en sociedad.

VII. RESPONSABILIDAD HORIZONTAL ANTE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

1. *Acepción normativa de la responsabilidad*

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

En palabras de Michelini, en el marco de la teoría de la corresponsabilidad solidaria de la ética del discurso, la responsabilidad es entendida como capacidad de, y disposición para, aportar razones con el fin de fundamentar mis acciones y decisiones frente a todos los demás, y también como derecho a cuestionar las razones de otros. En definitiva, se trata de una comprensión radical de la responsabilidad, a la luz de lo cual todo ser humano posee responsabilidad para con todos los seres humanos, y agrega que

...frente a la *visión realista*, el principio ético-discursivo de corresponsabilidad solidaria sostiene que no sólo la solución de los problemas y conflictos sino ya también la determinación adecuada de los intereses y de las aspiraciones individuales y colectivas que estén en juego tienen que ser intersubjetivamen-

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

Por su lado, la ética de Hans Jonas del principio de responsabilidad se centra aún más en la concepción que en el presente trabajo se atribuirá a dicho término, pues sostiene que

Sólo los seres humanos pueden escoger consciente y deliberadamente entre alternativas de acción y esa elección tiene consecuencias...la responsabilidad es la carga de la libertad... la responsabilidad es un deber, una exigencia moral que recorre todo el pensamiento occidental, pero hoy se ha vuelto más acuciante todavía porque en las condiciones de la sociedad tecnológica ha de estar a la altura del poder que tiene el hombre.²⁰⁷

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

2. La responsabilidad moral

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

- Actuar de manera involuntaria. Refiriéndose a actos que se realizan por fuerza o ignorancia, en los que la voluntad no está comprometida.
- Actuar de manera voluntaria. Según Aristóteles, dentro de los actos o razones voluntarias no hay excusas, pues se actúa con conciencia y razón.

²⁰⁶ Micheli, Dorando J., “La ética del discurso como ética de la responsabilidad”, *Literatura y Lingüística*, Agencia Córdoba, CONICET ciencia Secyt-UNRC, ICALA, núm. 14, 2003, disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-58112003001400015&script=sci_arttext, p. 4.

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

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

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

Para la responsabilidad moral, entonces, el nivel epistemológico del individuo es relevante; la valoración de su conducta se da en atención a lo que sabe, las intenciones y los propósitos que tenía. Así, surge el análisis de la diferencia entre interés compartido e interés colectivo; el primero refiere a la suma de intereses individuales que resultan compatibles; un ejemplo de ello es el de los naufragos de una balsa, que comparten su interés individual por salvar su propia vida, mientras que el interés colectivo se refiere a aquel que tienen varios individuos, y que no se refiere a cada uno individualmente, sino a todos ellos, en tanto que conformen un grupo.

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

Estos dos tipos de intereses conducen a maneras distintas de ver la responsabilidad moral. Cuando se trata de los intereses compartidos se ve a cada miembro como un agente individual que actúa según su propio interés. Un grupo de adolescentes ebrios que destrozan una cabina telefónica en horas de la noche seguramente no tiene un interés colectivo, y la responsabilidad de cada uno de los miembros del grupo puede reducirse a su nivel de participación en el acto

vandálico. En cambio, el caso de un jurado que condena a un acusado —siguiendo otro ejemplo de Graham (véase 2006:257)— es el tipo de acción en la que el colectivo hace algo que ninguno de sus integrantes puede hacer solo y que todos han de proponerse contando con los demás.²⁰⁸

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

Esto sin adentrarse, por ahora, a la responsabilidad penal, en donde se estará valorando la licitud o ilicitud del hecho alcanzado por el colectivo; esto es, el injusto colectivo, que cobra especial relevancia en el presente estudio, ya que se habla precisamente de la suma de aportes con conocimiento o capacidad de conocer el resultado de lesión o de riesgo.

Frente a estos análisis, cabe destacar el presupuesto que lleva a Jonas a sostener su máxima, que dice: “Actúa de tal manera que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana en la Tierra”,²⁰⁹ máximas que demandan mayor conciencia de parte de quienes tienen en sus manos o a su alcance el evitar los riesgos generados a gran escala por la evolución de una sociedad que ansía cada día mayor “modernidad”, bajo la pena del deterioro vital de los más débiles, en donde “los poderes globales usan una estrategia de distancia y no involucramiento gracias a la velocidad con que pueden moverse, burlando sin esfuerzo ni advertencia el control de las autoridades locales, escabulléndose fácilmente hasta de las redes más densas”,²¹⁰ y ante lo cual el individuo deberá enfrentar sus propias agonías y rediseñar sus propias curas, pues la globalización se torna en un monstruo disociador de las individualidades.

Sin duda, los presupuestos de responsabilidad antes concebidos ya no responden a los niveles de deterioro generados en el planeta; ante la vulnerabilidad con que se plantean los derechos vitales de los individuos, no queda más que ampliar los márgenes de responsabilidad y convertir el deber del

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

²⁰⁹ Godina, Célida, *op. cit.*, p. 4.

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

saber y conocer en un presupuesto urgente y de mayor alcance que el que se había exigido anteriormente. Se deberá responder por el actuar propio, ya no sólo de manera directa hacia el individuo al que se pudo hacer daño, sino ante todo un colectivo y ante la Tierra misma, que también está reclamando mayores márgenes de responsabilidad.

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

En el presente trabajo se considera como superada la divergencia entre si la persona moral tiene o no vida propia; al respecto resalta la postura de Peter French, citado por Miguel Alzola, con relación en su publicación de 1979 *The Corporation as a Moral Person*, al decantarse en favor de una teoría que acepte la responsabilidad colectiva de las organizaciones, en las que, “sin consideración de las razones personales que los ejecutivos tengan para votar como lo hacen, y aún si esas razones personales fueran inconsistentes con la política organizacional, la corporación obra por sus propias razones y los actos deberían ser atribuidos a ella”.²¹¹

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

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

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

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

3. *La responsabilidad civil*

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

Un ejemplo de ello son los análisis en torno a la iniciativa de Ley Federal de Acceso y Aprovechamiento de los Recursos Genéticos, que no ha logrado avanzar los procesos para constituirse en norma exigible, y en donde, en alusión a la responsabilidad civil objetiva, se precisa que no requiere que haya culpa o dolo del responsable, porque el daño se causa por el solo hecho de que el autor cree un riesgo; por ejemplo, a través del empleo de aparatos o sustancias que son peligrosos, sin importar que hayan sido utilizados con las precauciones necesarias. Se sustenta en el hecho de que todo aquel que cause daño, por ser responsable de sus propios actos, debe indemnizar al perjudicado, haya culpa o no, en virtud de que el uso de cosas peligrosas presupone un aumento de su patrimonio, y esto no puede hacerse en perjuicio de terceros,²¹² lo que nos habla de análisis en torno a un tema aún no resuelto.

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

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

...la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social. Su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal.²¹³

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

4. *La responsabilidad horizontal*

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

Frente a la visión tradicional de los poderes públicos como únicos sujetos pasivos posibles dentro de la relación jurídica derivada de los derechos fundamentales, hoy surge un punto de vista alternativo que nos llama la atención sobre los “pobres salvajes” que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en la esfera del mercado como en los ámbitos sociales no regulados. A partir de esta nueva realidad (que quizá no sea nueva, pero de la que la teoría constitucional se ha dado cuenta recientemente) se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos fundamentales, desde la que se puede hablar de los *efectos horizontales* de los derechos fundamentales o de la *eficacia entre particulares* de estos mismos derechos.²¹⁴

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

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

²¹⁴ Carbonell, M., *Los derechos...*, cit., p. 138.

una responsabilidad horizontal también para con las generaciones futuras. De ahí que resulta necesario resaltar lo señalado en la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, adoptada en 1997 dentro de la 29a. reunión de la Conferencia General de la UNESCO, cuyo contenido ya no se refiere a derechos de las generaciones futuras, dada la gran controversia que genera en la ciencia del derecho la protección del no nacido hasta los derechos de las generaciones que vendrán. Es por ello que esta Declaración habla de responsabilidades, sí, de responsabilidades de las generaciones actuales, ya no solamente frente a sí misma, sino para con las generaciones futuras, una responsabilidad horizontal para con el género humano mismo y el planeta en su conjunto, de cuya exposición de motivos cabe destacar:

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

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

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

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

Teniendo presente que el destino de las generaciones venideras depende en gran medida de las decisiones y medidas que se tomen hoy y que los problemas actuales, comprendidos la pobreza, el subdesarrollo tecnológico y material, el desempleo, la exclusión, la discriminación y las amenazas al medio ambiente, deben resolverse en beneficio de las generaciones presentes y futuras.²¹⁵

Lo anterior precisa despojarnos del ańejo paternalismo del Estado hacia los individuos, lo que convenientemente ha gestado una sociedad inválida, sin criterio propio, totalmente apática y por ende manipulable, así como inconsciente de la responsabilidad que se tiene respecto de nuestro entorno, lo que ha generado una sociedad autodestructiva e indiferente. Solamente en la medida en que aunado a la toma de conciencia se trabaje en meca-

²¹⁵ Declaración que puede consultarse en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

nismos normativos más eficientes es que se podrá solventar medianamente todo el daño que se ha generado al planeta. No hay tiempo para puras buenas voluntades; se necesita cambiar paradigmas y mover esquemas, por incómodos que ellos puedan resultar. Ya no basta con conformarse con las responsabilidades individuales y sus propios nexos de causalidad; actualmente se deben gestar ordenamientos normativos capaces de proteger no sólo al individuo en lo particular, sino a la sociedad en el contexto del ecosistema en que habita. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 8 de diciembre de 2017 publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, la tesis aislada titulada “Derecho humano a un medio ambiente sano. El artículo 4.46 del Código para la Biodiversidad del Estado de México lo protege a través de la vinculación de los particulares”, que establece:

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

De ahí que sólo en la medida en que se determinen todos y cada uno de los aportes que gestan los resultados que ponen en riesgo al ecosistema, es que se podrá detener la autodestrucción y perpetuar la especie humana. O acaso, ¿se puede concebir la vida humana dentro de un medio ambiente altamente contaminado (más allá de los niveles tolerables por el ser huma-

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

no), sin ríos, sin agua de uso ni de consumo, sin áreas verdes, con productos alimenticios altamente dañinos envenenados por pesticidas, sin un espacio en donde habitar, sin educación, sin cultura, sin otras especies del reino animal?

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

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

Atento a esta doctrina, un sujeto es responsable si con su actuar viola derechos humanos de otros, sosteniendo el Tribunal Constitucional alemán, “que los derechos fundamentales no son ilimitados, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengan establecidos”.²¹⁷ Esta doctrina es reconocida en España como el *efecto frente a terceros de los derechos fundamentales*, que se divide en dos corrientes, la mediata y la inmediata, “sosteniendo la primera que los derechos fundamentales despliegan sus efectos en las relaciones privadas mediante la intervención de un órgano del Estado, concibiendo a los derechos como valores objetivos, mientras que la segunda los considera como derechos subjetivos contenidos en la propia Constitución, por lo que no hace falta la intervención de ningún órgano del Estado”,²¹⁸ y son exigibles directamente por el sujeto que los ostenta, incluso ante terceros.

Esta doctrina surge en el ámbito laboral, y refiere al derecho privado; esto es, a conductas amparadas por el derecho civil, y no así frente a vulneraciones amparadas por el derecho penal. No obstante, se considera que

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

²¹⁸ Anzures Gurriá, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, México, 2010, p. 1. Puede consultarse en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/const22/CUC000002201.pdf>.

sus fundamentos son igualmente válidos para el derecho penal, toda vez que el deber del individuo a respetar los derechos de terceros abarca a todo derecho, abarca a los derechos fundamentales, lo que implica responsabilizar al sujeto, incluso por la vía penal, cuando con el aporte de su conducta ha vulnerado derechos fundamentales de terceros. De ahí que esta doctrina genere serios análisis entre la delgada división entre lo público y lo privado, e incluso propuestas que permitan superar dicha división, a fin de gestar la complementación entre ambas ramas del derecho.

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

A decir de Carbonell, debe generarse un trato desde los tribunales, en atención a los derechos difusos o intereses colectivos, al sostener que

...para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o “intereses colectivos”.²¹⁹

²¹⁹ Carbonell, M., *Los derechos...*, cit., p. 834, además, dice que “el rasgo característico de lo que llamamos «globalización» es, por consiguiente, la crisis del derecho en un doble sentido, uno objetivo e institucional, y el otro, por así decir, subjetivo y cultural: a) como creciente incapacidad reguladora del derecho, que se expresa en sus evidente e incontroladas violaciones por parte de todos los poderes, públicos y privados, y en el vacío de reglas idóneas para disciplinar sus nuevas dimensiones transnacionales; b) como descalificación, intolerancia y rechazo del derecho, que se expresa en la idea de que los poderes políticos supremos, por el hecho de estar legitimados democráticamente, no están sometidos a reglas, ni de derecho internacional ni de derecho constitucional, y que, de igual modo, el mercado no sólo tiene, sino que debe prescindir de reglas y límites, considerados como inútiles estorbos a su capacidad de autorregulación y promoción del desarrollo”, pp. 380 y 381.

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

Y dentro de la globalización que vivimos, en la sociedad se van rompiendo viejos paradigmas y se reconoce la necesidad de crear nuevos referentes y nuevos mecanismos jurídicos que permitan salvaguardar estos nuevos intereses, que sin duda son relevantes para la sociedad. Necesidad que se acrecienta en el ámbito empresarial, en el que se gestan un sinnúmero de acciones colectivas derivadas de la distribución de trabajo y la difuminación de un responsable con vínculo causal hacia el resultado. De ahí que se coincida con las palabras de Ferrajoli, quien sostiene:

Esta desigualdad es legitimada por la ideología liberalista, según la cual la autonomía empresarial no es, como se ha visto, un poder, sujeto en cuanto tal al derecho, sino una libertad, y el mercado necesita, para producir riqueza y ocupación, no reglas sino, al contrario, no ser sometido a ningún límite y a ninguna regla. Ideas que son contrarias al modelo normativo del estado constitucional de derecho, que no admite poderes *legibus soluti*, además de insostenibles en el plano económico, ya que ningún mercado puede sobrevivir sin reglas y sin intervenciones públicas dirigida a garantizar su respeto. Incluso hoy, por lo demás, éstas intervenciones no faltan; sólo que se dan de forma prevalente en favor de los países más ricos y de las grandes empresas.²²⁰

Esta realidad lleva a este autor a sostener que “falta todavía una jurisdicción penal internacional capaz de sancionar los crímenes contra la humanidad, comenzando por la guerra, prevista como tal por el estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma en julio de 1998, pero bastante lejano de las setenta ratificaciones requeridas para su puesta en funcionamiento”.²²¹

Estas carencias, sin duda, las tiene México, y frente a ellas se está reaccionando, pues, como se sostuvo con antelación, más allá del derecho escrito, las vías de exigibilidad de éstos es lo que los legitima, de ahí que mientras

²²⁰ Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 378.

²²¹ *Ibidem*, p. 379. Agrega que “falta una jurisdicción constitucional internacional capaz de censurar los actos de los Estados y de los organismos de Naciones Unidas cometidos en violación del principio de la paz y de los derechos humanos establecidos en el plano internacional. Falta algún sistema de obligaciones internacionales para tutela de los derechos sociales y de los mínimos vitales en los países más pobres, y alguna forma no digamos de gravamen fiscal internacional pero sí de tasa por el uso, el abuso, la apropiación y la distribución de recursos ambientales y bienes comunes del planeta por parte de los países más ricos”.

que los individuos no puedan disponer de los derechos fundamentales sociales que le corresponden, la tarea del ámbito de la justicia mexicana será considerada para el sueño de los justos, un sueño en donde no caben realidades, a pesar de que se viva en una realidad en la que no bastan los sueños.

5. *Protección penal hacia los derechos fundamentales sociales*

Bajo el presupuesto sentado en la relevancia que revisten para la sociedad y el individuo, el derecho a la salud y el medio ambiente sano, así como en la legitimidad y los canales para su exigibilidad (en torno a su verdadero valor, y no como mera norma escrita, sino como contenido social), es que se ve la necesidad de generar nuevas vías de exigibilidad de estos derechos.

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

Ante tantas interrogantes e inconsistencias legislativas, en alusión a la fórmula de Radbruch²²² (que sostiene que una norma injusta llega a ser invalidada por un derecho suprallegal) cabe preguntarse si en el tema de tutela a los derechos fundamentales la normatividad vigente consagra un “derecho justo”, o si nuestra legislación carece de naturaleza jurídica.

²²² Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>, p. 75, fórmula que establece: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley «positiva» y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como «Derecho injusto» ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo «Derecho injusto», sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”.

Ésta y otras tantas preguntas deberán responderse con modificaciones al nuevo sistema penal, modificaciones que atiendan a un injusto colectivo en los términos expuestos en el presente trabajo, y, por consecuencia, a una responsabilidad colectiva que permita responsabilizar a todos y cada uno de los integrantes de una estructura organizacional que desplegaron su conducta con suficiente carga cognitiva, lo que implicará el nivel de previsibilidad y solidaridad hacia el colectivo.

De ahí que, a pesar de las críticas que puedan darse en torno a la intervención del derecho penal en temas que pertenecían sólo al ámbito de lo civil, en el presente trabajo se propone como necesaria la intervención del derecho penal como una vía judicial complementaria para la tutela y salvaguarda de los derechos fundamentales sociales, que obtiene su legitimación material del análisis de los criterios de identidad de la sociedad; es decir, de aquello que para la sociedad es de relevancia tal que soporte los costes de la intervención penal. Esta postura se asume no obstante visiones contrarias, como la de Soto Navarro, quien sostiene que

Las reacciones frente a la protección penal de los bienes plasmados en los textos constitucionales inciden tanto en el aspecto de su legitimidad como de su eficacia. Se apela, fundamentalmente, a tres principios nucleares del derecho penal contra los que atentarían las nuevas incriminaciones: el principio de intervención mínima, el principio de seguridad jurídica y el principio de lesividad. Estos dos últimos se habrían visto especialmente afectados por la proliferación, con respecto a los bienes jurídicos colectivos, de estructuras típicas de peligro.²²³

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

Por su lado, Mir Puig, al igual que otros tantos autores que defienden el principio de intervención mínima, sostiene que “no es correcto acudir a la intervención penal con el objeto de conseguir un efecto disuasorio más

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

intenso respecto a infracciones de normas no suficientemente internalizadas por la conciencia social”;²²⁴ considera, además, que la intervención penal en tales casos no contribuye a la eficacia de la norma, de tal suerte que el efecto disuasorio que debiera ofrecer la prevención general positiva no se logra a través de los excesos en la intervención penal.

Refiriéndose a los derechos sociales fundamentales como bienes jurídicos colectivos, Bustos afirma que estos bienes revisten la categoría de esenciales, en cuanto que están ligados a las necesidades básicas de los individuos,²²⁵ de ahí que de nada o de poco serviría proteger ciertos bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad física, la salud, etcétera, si otros tantos factores atentan contra los bienes jurídicos colectivos, y por tanto afectan la individualidad misma; es decir, de poco sirve que el derecho penal se centre en conductas individuales cuando aquellas desplegadas por un colectivo, como son las empresas, generan daños irreversibles a todos, sin que existan instrumentos legales que permitan responsabilizar a toda la empresa en su conjunto por las acciones desplegadas de forma concatenada hacia la consecución de un resultado de lesión o de peligro, conductas que en su mayoría están dotadas del elemento cognitivo del dolo de sus integrantes, lo cual hace más riesgosa la conducta de dichos sujetos, dada la indiferencia de su actuar, indiferencia que genera daños tan graves como los que se están viviendo actualmente dentro de ciudades altamente contaminadas, con productos altamente contaminantes; en fin, sitios que se han vuelto indignos para vivir, y en los cuales la capacidad

²²⁴ Mir Puig, *cit.* por Soto Navarro, Susana, *La protección...*, *cit.*, p. 173.

²²⁵ *Ibidem*, p. 174. Señala dicha autora que “por bienes jurídicos colectivos sin referente individual se entienden aquellos que aluden a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del estado y del sistema social (como la Administración de Justicia, la Administración pública, el orden socio-económico o el medio ambiente, si no se adopta, en este último caso, una interpretación antropocéntrica), ámbito en el que también el legislador opta preferentemente por estructuras típicas de peligro abstracto. Pero la adopción de esta técnica de tutela no se justifica, como en el caso anterior, porque se trate de prevenir, riesgos para bienes jurídicos individuales. Aquí los argumentos son o que no es imaginable la lesión del bien jurídico colectivo, porque supondría su destrucción total, o, principalmente, que ésta no puede ser producida por acciones individuales, aisladamente «*inocuas*», de modo que sólo su reiteración generalizada entraña un riesgo para el bien jurídico. Esto último es lo que se conoce como problema de los efectos acumulados y para solventarlo se ha desarrollado la tesis de los delitos con el bien jurídico intermedio. Esta interpretación fue formulada originalmente por Schünemann. Se parte de que los citados bienes jurídicos colectivos son inmateriales, por lo que es preciso recurrir a otro bien jurídico que los represente en un plano menos abstracto. Ese bien jurídico intermedio o inmediato resultaría lesionado con la mera realización de la conducta subsumible en el tipo, lo que fundamentaría por sí solo quedarían fuera del tipo los ataques mínimos, en virtud del principio de insignificancia”, p. 181.

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

Sin duda, a fin de no caer en un expansionismo del derecho penal, el primer paso fundamental será el establecer de manera precisa y clara la configuración del bien jurídico protegido en los derechos fundamentales sociales, a fin de dotar el marco dogmático-penal con un sustento tal que le permita reaccionar de una manera justa y equilibrada sólo ante aquellas conductas más lesivas para la sociedad. Incluso, como sostiene Soto, “indicándole al legislador que el tipo ha de recoger, en todo caso, el *núcleo de la prohibición* penal y que debe realizar una rigurosa selección *cualitativa* de los preceptos extrapenales necesarios para *complementar* el tipo, utilizando para ello los criterios generales de desvalor material de conducta”,²²⁶ pues, de no contar con instrumentos jurídicos más severos y eficaces, se estará frente a una realidad insostenible; ello se visualiza en diversas manifestaciones tanto a nivel individual como grupal,²²⁷ que evidencian el hartazgo social ante la reiterada violación a los derechos humanos más elementales e indispensables para el diario vivir.

²²⁶ Soto Navarro, S., *op. cit.*, p. 221.

²²⁷ Granados Chapa, Miguel Ángel, “Afectados ambientales”, *Reforma*, México, 12 de septiembre de 2008, “Valga recordar, entre otras, la marcha contra la inseguridad ambiental que se ventiló el 1o. de septiembre de 2008. Marcha a la cual llegaron afectados de diversos estados a demandar que se satisfaga el «derecho de todos los mexicanos a un ambiente sano a favor del derecho a la información verídica y confiable sobre la crítica situación socio-ambiental del país». Manifestantes que formularon el siguiente diagnóstico: «A 26 años de la imposición de las políticas ambientales neoliberales en nuestro país hemos sufrido el avance constante de la contaminación de aguas, aire y suelos; la exposición de la población a la operación de cientos de basureros tóxicos y descargas incontroladas a los ríos; millones de toneladas de residuos urbanos e industriales de alta peligrosidad; el envenenamiento de los acuíferos por la infiltración de lixiviados, la erosión de los suelos y la deforestación o la contaminación del aire de las ciudades con las emisiones de automóviles e industrias; el saqueo de nuestros recursos naturales y el despojo a las comunidades; el crecimiento irracional de las ciudades con el fin de incrementar las ganancias de las grandes constructoras; aparatosos proyectos carreteros, grandes presas y otros megaproyectos que buscan beneficiar a intereses privados sin importar las consecuencias, que lesionan las formas productivas y culturales de nuestros pueblos e impactan de manera irreversible el medio ambiente, desprotección de las poblaciones que se enfrentan a las devastadoras inundaciones y prolongadas sequías derivadas del calentamiento global y los cambios climáticos, propiciadas por las graves emisiones contaminantes de los países dominantes»”.