

CAPÍTULO QUINTO

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

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

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

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

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

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

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

³¹⁸ Código Penal Federal, en su artículo 13 establece: “Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- II. Los que los realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

viduales que se difuminan en una estructura organizacional no encuentran cabida en las formas de autoría directa, coautoría ni autoría mediata, y con muy forzadas valoraciones se podrían encuadrar en la fracción VIII del artículo en comento, relativa a la autoría indeterminada, con los riesgos que conlleva su compleja integración, y con una pena reducida de hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito que se trate, como lo indica el artículo 64 bis del citado Código. Pensemos en los daños generados a la fauna y al medio ambiente que le fueron imputados a Industrias Peñoles³¹⁹ y Mina de Cobre La Parreña mediante una acción colectiva difusa interpuesta por Acciones Colectivas de Sinaloa, por la responsabilidad directa en la contaminación del arroyo Milpillas, la presa del Comaquito y el río Magdalena en Sonora, México. Pues a decir de los actores, la demandada, entre el 23 y 29 de diciembre de 2014, derramó en el arroyo Milpillas

...miles de metros cúbicos de cianuro y sustancias contaminantes que se utilizan en la explotación y operación de la mina, además de aguas contaminadas con ácido sulfúrico y otros contaminantes... niveles de contaminación del arroyo, la presa y el río están por encima de lo permitido por las Normas Oficiales Mexicanas NOM127SSA1-1994.³²⁰

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

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hipótesis 2. La imposibilidad de llevar a cabo la individualización de la pena a quienes se considere que se adecuan a esta forma de autoría, ya que si se desconoce el resultado que cada quien produjo, será imposible graduar el injusto penal en términos de desvalor de acción y desvalor de resultado, lo que lleva a la imposición de una pena carente de legalidad y con una amplia posibilidad de ser anulada en vía de impugnación, lo que daría como resultado final la impunidad de quien sí tiene responsabilidad penal, pero no a la luz de un injusto individual que se analiza bajo el lente de una dogmática individualista, y respecto de la cual se requiere intervención en la fase ejecutiva y un plan común (entre otros), a pesar de que en el fondo el injusto típico se configurará con la acción colectiva³²⁴ de sus intervinientes. Esta realidad,

³²⁴ Ruiz Antón, citado por Díaz Aranda, E. y García Conlledo, M., *La autoría en el derecho penal*, España, Distribuciones Prosell, 1991, p. 517. Explican la coautoría en el CP español con el siguiente ejemplo: “Los coautores son autores, y por tanto la conducta de todos ellos origina colectivamente el desvalor que fundamenta directamente el injusto típico”.

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

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

Frente a esta realidad, se presenta la necesidad de una concepción colectiva, precisamente, para encuadrar, de una manera jurídico-dogmática, la responsabilidad penal por organización, de tal manera que sean también responsables *aquellos que formando parte de una estructura organizacional, hayan contribuido con sus aportes cuantitativos cargados de conocimiento o factibilidad de conocer, en la creación de un resultado o un riesgo sancionado por el derecho penal.*

Esta relevancia que se da al conocimiento se sustenta aún más en la capacidad comunicativa de las circunstancias objetivas a que se refiere el último párrafo del artículo 54 del CPF, al considerar un aumento o disminución de la pena de acuerdo con el conocimiento que se tenga respecto de las circunstancias objetivas que puedan rodear incluso a terceros; de ello se puede extraer la importancia de considerar un injusto colectivo con aportes exclusivamente objetivos o cuantitativos, sustentados en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo o la indiferencia ante su conocimiento, donde las valoraciones subjetivas se analizarán, como refiere el artículo en cita, sin capacidad comunicativa para con el resto de los intervinientes de la organización, pues los motivos de cada uno serán relevantes sólo para su propia culpabilidad, no así para el resultado o riesgo generado en colectivo. Para una mejor referencia, a continuación se transcribe el precepto:

Artículo 54. El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.

En el mismo sentido, el último párrafo del artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativo a los criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad, establece:

El aumento o la disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no serán aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Sí serán aplicables las que se fundamenten en circunstancias objetivas, siempre que los demás sujetos tengan conocimiento de ellas.

Toda vez que el aumento o disminución de la pena se analiza a nivel de culpabilidad, es ahí donde debe hacerse el análisis del grado de conocimiento de las circunstancias objetivas a que se refiere el artículo antes transcrito. Esto, sin duda, guarda una complejidad particular, ya que hay un sinnúmero de calidades de sujetos, relaciones personales, y sobre todo de circunstancias subjetivas, que requieren ciertos tipos penales, que no pueden ser identificadas de manera objetiva por los terceros intervinientes, de ahí que baste con la imposibilidad de acreditar la comunicabilidad entre el autor y los demás sujetos, para no tener por acreditado el aumento o disminución de la pena basado en el artículo en cita. Esta problemática incluso, como se ha detallado en capítulos anteriores, conlleva la complejidad de la figura del partícipe, quien necesariamente requiere la concreción del autor para estar en posibilidad de valorar su conducta de manera accesoria o circundante a la del autor.

Lo anterior queda solventado cuando nos centramos en un análisis dogmático del injusto colectivo, y para conductas desplegadas dentro de una organización se emplee la responsabilidad colectiva. Esto es, responsabilizar a todos los aportes cargados de conocimiento o factibilidad de conocer, pues son estos sujetos los que verdaderamente generan un riesgo para la colectividad, pues en un hecho desplegado dentro de un colectivo la responsabilidad es la misma: evitar lesiones y daños a bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

De lo anterior se desprende un análisis sobre las excusas absolutorias, dada la imposibilidad de considerar una comunicabilidad entre valoraciones subjetivas, ya que las excusas se valoran a nivel de culpabilidad, y de acuerdo con cuestiones de política criminal, esta excluyente de culpabilidad se puede conceder para el supuesto de una comunicabilidad social mínima o la falta de necesidad de la pena. Por ello, en el caso de responsabilidad penal por organización, igualmente se dejará a salvo la facultad de que el juzgador otorgue o no el beneficio a aquel aporte que cumpla con los requisitos propios de la excusa absolutoria.

Retomando la trascendencia de las aportaciones individuales desplegadas dentro de un colectivo, y de la corresponsabilidad de éstas dentro de los resultados emanados en una organización, cobra relevancia la incorpora-

ción del injusto colectivo, atento al cual, más allá de la cualidad del sujeto que interviene en la organización, interesará su aporte cuantitativo; así se pueden incluir también a los sujetos no cualificados requeridos en los delitos especiales. Estas particularidades se considerarán en la culpabilidad, ya que los tipos penales especiales tienen su razón de ser dada la confianza que se brinda a algunas personas para la realización de determinadas funciones; pero no por ello estos delitos cualificados propios deben presuponer una puerta abierta para aquellos que aun cuando no tienen una calidad de sujeto específica puedan ampararse en ello, por lo menos no en la responsabilidad penal por organización, donde el aporte objetivo del sujeto es sumamente relevante para la sociedad como para dejarlo impune.

Por otro lado, la sistemática con que hoy se estudia el tema del error no tendría por qué modificarse con el planteamiento del injusto colectivo ni del planteamiento de la integración del dolo con puro elemento cognitivo que aquí se ha expuesto. Por su lado, el error de tipo en sí es el desconocimiento de los elementos objetivos del tipo, y en la propuesta de este trabajo el dolo estaría constituido por el elemento cognitivo, por lo que igualmente el error de tipo destruirá el dolo, lo que podría generar la atipicidad de la conducta en caso de ser un error invencible, o bien un merecimiento de pena por culpa en caso de ser vencible.

Respecto al error de prohibición, y toda vez que éste es analizado en la culpabilidad (dado que ahí se valora la conciencia de la antijuridicidad), seguirá eliminando la culpabilidad en caso de ser invencible, y en caso de ser vencible atenuará la pena (reglas establecidas en el artículo 66 del CPF). De esta forma, las figuras de participación aledañas a las conductas que cuenten con una causa de exclusión del delito, previstas en el artículo 15 del CPF, seguirán tratándose como hasta ahora lo viene haciendo la dogmática penal.

Ante este escenario, se propone incluir en el artículo 13 del CPF la fracción IX, en donde se regule la autoría en su forma de responsabilidad colectiva, así como un párrafo último que precise los alcances de ésta, para quedar como sigue:

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

...

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

...

...

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

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

Así, la autoría por responsabilidad colectiva permitirá ir más allá de las aristas que en el tema presentan figuras como el deber de cuidado, la autoría directa, la coautoría, la autoría mediata y la autoría indeterminada. En este tenor, para la responsabilidad colectiva se propone una sistemática de análisis de la conducta bajo la siguiente estructura, en donde las propuestas de reforma del presente trabajo se identifican con letra cursiva:

1. Conducta
 - a. Acción
 - b. Omisión
2. Tipo
 - a. Elementos objetivos (determinados por cada tipo penal)
 - b. *El dolo como único elemento subjetivo del tipo*
 - i. *Dolo directo (actuar con conocimiento de los elementos del tipo)*
 - ii. *Dolo eventual (actuar previendo el peligro o peligrosidad de su conducta)*

- c. Elementos normativos
- 3. Antijuridicidad.
- 4. *Injusto colectivo*
 - a. *Desvalor de acción (determinarse por la conducta cargada de elemento cognitivo)*
 - b. *Desvalor de resultado (lesión o puesta en peligro generada con el aporte individual sumado al del colectivo)*
- 5. Culpabilidad
 - a. Imputabilidad
 - b. Conciencia de la antijuridicidad
 - c. Exigibilidad de otra conducta
 - d. Graduación de la pena
 - i. *Elemento volitivo del dolo (querer y tolerar o aceptar el resultado)*
 - ii. *Nivel de conocimiento o factibilidad de conocer el peligro o peligrosidad generado con su conducta, con la cual contribuyó dentro del colectivo al que forma parte.*
 - iii. *Nexo causal individual (conformado por i) aporte cuantitativo individual con carga comunicativa a la cadena del hecho, y ii) la suma de éste con el resto de los aportes carga comunicativa a la cadena del hecho que, de manera conjunta hacen posible el resultado).*

A la luz de esta propuesta, se propone:

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

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

- c) Al concretarse la parte subjetiva del tipo para la responsabilidad penal sólo con el dolo (como se ha especificado con antelación), se elimina la comisión de las conductas comunicativas al hecho delictivo en forma culposa, al superar con ello la barrera que genera el *numerus clausus*, al dejar fuera de responsabilidad penal los delitos no consagrados en el artículo 60 del CPE. A la vez, permite incluir todas aquellas conductas que se han determinado por ser parte de la cadena generadora del hecho colectivo, a pesar de tener conocimiento o capacidad de conocer el resultado delictivo, lo que dota de objetividad a esta forma de responsabilidad penal, a fin de que todo individuo tenga en cuenta que su actuar con conocimiento o factibilidad de conocer presupone una responsabilidad que, mal empleada, lo hará merecedor de las consecuencias penales a que haya lugar.
- d) La antijuridicidad se analizará en los mismos términos que se hace para la conducta individual.
- e) Se reafirma la configuración del *injusto colectivo*, que se integrará por:
 - i) el desvalor de acción (implica determinarse por la conducta cargada de elemento cognitivo), y ii) el desvalor de resultado (lesión o puesta en peligro generada con el aporte individual sumado al del colectivo). En este nivel se integrarán todos los aportes individuales cargados de conocimiento, independientemente de “calidades de autor”, de elementos volitivos, o de cualquier otra limitación a la suma de aportes individuales que concretaron el resultado colectivo.
- f) A nivel de culpabilidad, se propone graduar la pena de todos los que conforman el injusto colectivo mediante la valoración individual de:
 - a) el elemento subjetivo del dolo (querer y tolerar o aceptar), b) nivel de conocimiento o factibilidad de conocer el peligro o peligrosidad generado con su conducta, con la cual contribuyó dentro del colectivo al que forma parte, y c) nexo causal individual conformado por
 - i) aporte cuantitativo individual a la cadena del hecho, y ii) la suma de éste con el resto de los aportes que, de manera conjunta, hacen posible el resultado. Esta forma de individualizar la pena permitirá

atender motivaciones de política criminal y de utilidad de la pena, ya que habrá niveles de conocimiento y cursos causales individuales que resulten ínfimos hacia la suma del resto de los aportes de la colectividad, y que por su inocuidad resulte innecesaria la imposición de una pena o sanción. Por el contrario, habrá niveles de conocimiento tan elevados que, independientemente de que el nivel de causalidad individual sea mínimo o muy lejano al resultado, tengan responsabilidad penal, y, por ende, merecimiento de pena o sanción.

- g) Por último, en el análisis de la autoría por responsabilidad colectiva se conservará la sistemática de figuras dogmáticas, como error (de tipo y de prohibición) en el nivel de la estructura del delito en que hasta ahora lo ha venido haciendo la dogmática; las excusas absolutorias a nivel de culpabilidad, atento a la comunicabilidad social mínima (sustentada en el escaso conocimiento o cognoscibilidad), y a la falta de necesidad de la pena.

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

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

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

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

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

El 5 de marzo de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el CNPP, con objeto de establecer las normas aplicables a la investigación, procesamiento y aplicación de la sanción de los delitos cometidos en el territorio nacional. La normatividad establece pautas sumamente modernas en la procuración de justicia, y dentro de un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En resumen, pugna por un derecho penal garantista.

En este contexto, para el legislador y todos los intervinientes de los múltiples análisis llevados en torno a la emisión de este ordenamiento, resultó relevante designar, en su título X, relativo a “Procedimientos especiales”, el capítulo II, para el “Procesamiento para personas jurídicas”; esto es, establecer las bases para el ejercicio de la acción penal en contra de las personas jurídicas, pues así como las personas jurídicas tienen derechos, también tienen obligaciones, y “actúan en el tráfico jurídico, contratan, compran, enajenan, pero también defraudan y corrompen a servidores públicos... las personas jurídicas tienen capacidad de acción, por lo que estaría en condiciones de realizar un injusto penal”.³²⁶

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

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

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

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal.

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta *sólo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido*.

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo que guarda sentido a lo analizado por Tiedemann:

La desde hace tiempo conocida y creciente división del trabajo conduce, de un lado, a un debilitamiento de la responsabilidad individual y, de otro lado, a que las entidades colectivas sean consideradas, en base a diversos fundamentos,

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

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

responsables (también en el orden fiscal y civil), en lugar de las personas individuales. Esta «colectivización» de la vida económica y social sitúa al Derecho penal ante problemas novedosos. En este sentido, la sociología enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también y, sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios (comprendidos aquéllos contra el consumidor), los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, colocan a los sistemas y medios tradicionales del Derecho penal frente a dificultades tan grandes que resulta indispensable una nueva manera de abordar los problemas.³³⁰

Coincidimos con tal planteamiento, en tanto que resulta relevante contar con instrumentos penales, más allá de los civiles y administrativos, que responsabilicen el actuar delictivo de las personas jurídicas; a la par, con mayor énfasis se insiste en la necesidad de responsabilizar de manera adecuada y con mayor firmeza el actuar individual de aquellos que conforman el entramado organizacional, quienes comúnmente se amparan en el actuar de la organización, generándose la difuminación de las responsabilidades individuales, y por ende la indiferencia y menoscabo en el cuidado debido en el despliegue de sus conductas.

Así, a juicio de Feijoo,

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

Se insiste, pues, en la relevancia del tema de la “responsabilidad colectiva” para el derecho penal y para la sociedad misma; a la vez, se insiste en la necesidad de contar con la forma de autoría aquí planteada y la estructura de análisis del delito para estos casos de responsabilidad colectiva, a fin de

³³⁰ Tiedemann, Kladeus, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, sitio web “derecho penal”, julio 1996, p. 102. Puede consultarse en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf.

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

alcanzar el objetivo que buscan reformas como las del CNPP: un derecho garantista que proteja los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras, un derecho penal que responda a las actuales demandas del ser humano y que restablezca el nivel de confianza en la norma quebrantada.

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

Como se ha sostenido en el presente trabajo, ante la dinámica actual que vive la sociedad y las actividades cada vez más complejas que se despliegan en ésta, los aportes individuales se tornan más complejos, y la dogmática se debe adecuar a ellos, bajo la pena de perecer por ineficaz, tal como lo sostiene Sancinetti en la conclusión de la publicación donde cuestiona la racionalidad del disvalor de resultado en un concepto de ilícito, pues una vez que se abordan cuestiones dogmáticas de fondo y de suma la discrepancia para ciertos baremos ya establecidos, resulta satisfactorio ver que es precisamente a través de las discrepancias como surgen las buenas ideas; así, dejando a un lado los análisis profundos, este autor concluye:

Solo una dogmática que admite un sistema con contradicciones puede sentirse cómoda con un concepto de ilícito penal que se ve más o menos grave, según las consecuencias del quebrantamiento de la norma. Si uno quiere construir un sistema estructurado sobre bases homogéneas, solo puede partir de un modelo de norma y su quebrantamiento en el que el ilícito y la culpabilidad sean definidos según el cuadro de circunstancias y representación del autor acerca de ellos, existente al momento de la motivación defectuosa. Solo así, comisión y omisión, tipicidad y justificación, tentativa y desistimiento, autoría y participación, pueden tener respuestas racionales, coherentes y justas.³³²

³³² Sancinetti, M., *op. cit.*, p. 239.

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

Elevar el nivel de calidad de vida de la sociedad implica salvaguardar los derechos fundamentales, y si esto requiere cambios estructurales complejos, habrá que hacerlos, pues de lo contrario pereceremos como humanidad y vencerán los miedos al cambio, la impunidad, la corrupción y los abusos e injusticias en que nos vamos acostumbrando a vivir.