

CAPÍTULO CUARTO

NUEVA SISTEMÁTICA DEL DELITO PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL POR ORGANIZACIÓN

I. ELEMENTO *COGNITIVO* CONFIGURADOR DEL DOLO

En el primer capítulo se analizaron las posturas sostenidas por las “teorías de la voluntad” y las “teorías cognitivas”, posturas divergentes que presentaron su punto álgido durante los siglos XIX y XX, siendo hasta 1970 que dominaron las posturas que dan trascendencia al aspecto *volitivo* del dolo. Sin embargo, posturas en contrario y que atienden a la configuración del dolo, solamente con el elemento *cognitivo*, hasta la fecha siguen sosteniendo su punto de vista, dado que tanto para un dolo eventual como para un dolo general o directo lo relevante en la determinación del actuar u omitir del sujeto lo constituye el conocimiento que se tenga respecto de la realización (o posibilidad de realización) de los elementos objetivos del tipo, e incluso de los resultados (o peligros) que se puedan generar con la conducta. Postura defendida, entre otros, por Schimdhäuser, Jakobs, Frisch, Kindhäuser, Bottke, Gimbernat y Silva.²⁰⁸

Por otro lado, los paliativos abarcados por el elemento *volitivo* como son: el “querer”, “aceptar”, “tolerar” y otros similares, constituyen un parámetro de segunda importancia, toda vez que el precedente del conocimiento (de los elementos objetivos del tipo), ya por sí, ha generado el suficiente aporte doloso. Esta situación ubicada en una organización reviste aún mayor importancia dada la trascendencia de cada uno de los aportes que con mayor o menor conocimiento (o factibilidad de conocer) se concatenan en la producción de *un resultado común*, que si bien no habla-

²⁰⁸ Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general*, Madrid, 1996, p. 405.

mos de coautoría por no reunirse los elementos que para ella actualmente reconoce la dogmática, sí tenemos claro que, independientemente de la voluntad de cada uno de los sujetos, sus aportes han sido objetivos y han generado un resultado, sea de lesión o de peligro.

Esto implica para algunos autores que lo relevante es la valoración normativa de las conductas, en donde no sólo se tutela al individuo, sino a la sociedad misma que ha dado valor a ciertos comportamientos bajo la tutela de la norma. Así vemos a Cancio Melía, para quien:

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

Aun cuando, a nuestro juicio, la relevancia del elemento *cognitivo* no viene a “devaluar” el elemento *volitivo*, sino simplemente a ubicarlo en otro sitio de la sistemática del delito (en la culpabilidad), atendiendo a su verdadera trascendencia valorativa.

Claro está que para tener por acreditado el elemento *cognitivo* debemos atender a la condición personal del sujeto, de tal suerte que valoremos sus capacidades personales para llegar a un determinado conocimiento, atender si le era posible el haberlo conocido o no, o bien si tuvo indiferencia ante el conocimiento que estaba obligado a adquirir (y no hablamos de una obligación no contractual o de garante, sino de una obligación como parte integrante de una sociedad que ha otorgado ciertos niveles de confianza en su propio desempeño como individuo); más aún, si voluntariamente se puso en una situación de “justificación” en obediencia de una orden, a pesar de contar con un conocimiento del riesgo que dicha ejecución generaba. En concreto, atender a si la ignorancia de las repercusiones de su actuar u omitir le eran o no evitables.

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 tenemos la responsabilidad de adecuar nuestras conductas acorde a la misma, por lo que comenta:

La explicación de una menor punibilidad de una conducta sin conocimiento del tipo es adecuada sólo para la imprudencia como error, pero no para el desconocimiento selectivo, basado en el desinterés sobre el destino de los demás... Para tales personas, ciegas ante los hechos por indiferencia o incluso por hostilidad, no sólo no se adecua la explicación dada, sino que, respecto de ellas, el límite trazado por el derecho vigente entre conocimiento del tipo, por un lado, y desconocimiento del tipo, por otro, es totalmente equivocado. No hay ninguna razón para gratificar *per se*, con una pena menor, la falta de conocimiento del tipo de un indiferente; pues una falta de conocimiento es, *per se*, un déficit psíquico, y nada más, y el límite entre reproche de culpabilidad más grave y el más leve no puede orientarse según psicologismos, sino sólo según la relación con determinados fines.²⁰⁹

Por lo tanto, una vez que se acredite el conocimiento, o la factibilidad de haberlo adquirido, tendremos integrado el elemento *cognitivo* del dolo, de tal suerte que su aporte 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, entraremos en terrenos de un *injusto colectivo*, en donde precisamente el desvalor de acción es el haber actuado u omitido con la carga del elemento *cognitivo* que se haya configurado.

En la propuesta anterior nos referimos, sin duda, a un dolo de autor, un dolo que se relaciona con la debida motivación del cumplimiento de la norma,²¹⁰ en correspondencia al principio de confianza que ejerzamos, lo cual nos permitirá participar de un mismo injusto dejando al margen o

²⁰⁹ Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 179, p. 39.

²¹⁰ *Cfr.* Horn, *cit.* por Jakobs, *ibidem*, p. 72. “Desde el punto de vista psicologizante, se sostiene que una «capacidad para conocer» presupone al menos que exista una «representación de la posibilidad de que el proyecto de acción estaría de algún modo prohibido». Agregando el propio Jakobs, en página subsecuente: “Pero si esta representación existe y no significa nada para el autor, él no seguirá orientándose por este hilo. Es decir, incluso esta representación da un motivo no en el sentido psicológico-individualizante, sino en un sentido normativo: ella debe dar un motivo. En otras palabras, el autor reaccionará a la representación sólo si a él le importa acatar el derecho; pero dado que el derecho no puede dejarse desplazar porque el autor no se ocupe de él, el motivo para acatar el derecho es sencillamente presupuesto; nadie puede invocar que le falta ese motivo... No es decisivo si el individuo se ve motivado; más bien el derecho presupone como dado un motivo para activar todo lo disponible; se satisface esta exigencia determinada normativamente en el ámbito de lo que estereotipadamente es conforme al derecho mediante el conocimiento de la conformidad al derecho”.

a la periferia el actuar del partícipe (como actualmente lo hace la teoría de la autoría y participación); de tal suerte que en la responsabilidad penal por organización estaremos evitando las problemáticas que revisten (como ya se planteó en capítulos anteriores) la coautoría, la autoría mediata, delitos cualificados propios y la participación, entre otras tantas conductas que, aun cuando llevan consigo una carga valorativa dolosa, no encuentran cabida de imputación con las herramientas de la actual dogmática penal. Dejando claro que esta configuración del *injusto colectivo* en ningún momento se deberá confundir con una concepción unitaria de autor, como lo analizaré más adelante.

Esta concepción objetiva del dolo no implica que regresemos a una época causalista en la que nos anclemos en la ya superada *conditio sine qua non*, mas bien que debemos reconocer que, en términos de responsabilidad por organización, y en general en los delitos de peligro, nos encontramos con aportes individuales sumamente difuminados, que aun cuando no pierden su individualidad, ni su aporte subjetivo y de sentido valorativo, sí resulta este último secundario en la producción de un resultado. Por ello es que la responsabilidad asumida por cada uno de los aportes con una determinada carga de conocimiento (o de factibilidad por conocer) será suficiente para considerarla como carga comunicativa entre los intervinientes. Como enseguida se analizará, el elemento *volitivo* o carga axiológica del actuar humano seguirá considerándose en la culpabilidad.

Sin duda, bajo esta postura seguirán quedando algunas formas de autoría por valorar, sin embargo, aquellas que en forma relevante se presentan dentro de las complejas y numerosas aportaciones de una organización pueden ser abarcadas con mayor amplitud, resolviéndose así actuales e intolerables problemas de impunidad. Todo ello atento a la toma de conciencia y responsabilidad que deberá asumir cada individuo al exteriorizar una conducta dolosa en los términos aquí expuestos. Incluso, podemos hacer más clara la “invisible” línea delimitadora entre el dolo eventual y la culpa con representación (o culpa consciente) que se citará a continuación, así como la real problemática que en su valoración jurídica genera dentro del ámbito de la impartición de justicia, por lo que más adelante se transcribirá un artículo que cita algunas sentencias dictadas por el Tribunal alemán, las cuales, con base en el elemento del *conocimiento*, determinan inclinarse por dolo eventual o bien por culpa.

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

Tanto en la dogmática como en los intereses manifiestos por la sociedad, son los delitos dolosos los que han cobrado mayor importancia, toda vez que a simple vista parecen más peligrosos e incluso han sido más dañinos para la sociedad, sin embargo, se ha relegado la realidad existente frente a los delitos conocidos como *culposos* o *imprudentes*; pese a ello, resulta alarmante que estadísticamente podemos ver como estos últimos llegan a superar los daños causados por los delitos dolosos.

De alguna manera, se considera que los delitos dolosos pueden ser controlables o predecibles, en tanto que se puede influir en el sujeto a efecto de que cambie el curso causal entre elemento *volitivo* (subjetivo) y resultado (objetivo), pues en su psique y voluntad está el determinar en qué momento detiene su conducta, y, por ende, si lo desea puede evitar que se produzca el resultado, generando un cambio en el curso causal. No así en los 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, negligencia, falta de cuidado, previsión, atención al “deber de cuidado”, y otros tantos, lo cual hace imposible que terceras personas influyan en el sujeto imprudente, pues, toda vez que éste no desea el resultado, sería imposible evitar lo que no se quiere realizar, ya que si fuera factible anticipar todos los resultados que devienen de delitos culposos presupondríamos *ex ante* su comisión, lo cual ya los alejaría de un delito culposo, y nos podría llevar a la comisión de un delito de dolo eventual. Análisis que a nuestro juicio no es tan sencillo, máxime si hablamos de una culpa con representación, en donde el sujeto es consciente del riesgo.

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

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

De estas incertidumbres etimológicas y de su primitiva significación genérica surgen las vacilaciones en emplear el término romano *culpa*, que tras la evolución que tuvo en el derecho civil de Roma, y en los glossadores, adquirió un contenido terminante de *negligencia, imprudencia o impericia* (según los casos). Desdeñando el término propio, se ha designado la *culpa stricto sensu* con las palabras *falta, imprudencia, negligencia, cuasi-delito*, etcétera. Incluso, sin menosprecio para la expresión correcta, dice Pannain que el Código Penal italiano de 1930 no define la “culpa”, “sino el delito culposo”.²¹¹

Por su lado, Ferri, titula 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, estableció en su texto: *imprudencia*, desdeñando, sin motivo, la más exacta fórmula de *culpa*, que figuraba en el de 1822. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, en sus innumerables sentencias, ha empleado hasta hace muy poco el mismo término legislado. Sólo recientemente, aunque sigue manejándose el vocablo *imprudencia*, aparecen junto a él, para esclarecerlo o completarlo, frases en que se usan expresiones más propias: “delito culposo”, “trasgresión culposa”, “conducta culposa”, “culpa”, etcétera. Hablando igualmente de *negligencia* el Código Penal español. Asu vez, el Código Penal 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*.²¹²

Comenta Jiménez de Asúa que, en suma, podríamos decir que: “la culpa, en su sentido más amplio y general, es la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente causa un efecto dañoso; concepto que se basa en la previsibilidad y, por ende en la voluntad que debió prever”.

Los 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 Có-

²¹¹ Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del delito*, México, Iure, 2003, p. 415.

²¹² *Ibidem*, p. 416.

digo Penal Federal nos define tanto el obrar *doloso* como *culposo*, atento a la descripción del siguiente artículo:

Artículo 9o. Obra *dolosamente* el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra *culposamente* el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Dentro de estas concepciones (dolo y culpa) tenemos una especie de subdivisión, a saber: *dolo eventual*, que se puede entender como el “tomar como viene” o “conformarse con” la realización de los elementos del tipo penal.²¹³ Para el cual se “requiere un conocimiento de saber o tener como posible la realización del tipo penal”.²¹⁴ 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 suerte 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)”.²¹⁵

Del artículo citado anteriormente podemos extraer una clara diferencia entre dolo y culpa, sin embargo, en la práctica constantemente se tienen dificultades para atender a la línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa consciente, pues el punto toral de dicha diferencia lo constituye la previsibilidad, misma que deviene del elemento *cognitivo* de parte del sujeto. Y así como la previsibilidad es un elemento intelectual del sujeto, con más razón el nivel de confianza que puede tener un sujeto en la producción o no de un resultado, mismo que, si bien ha tenido la oportunidad de prever, “confía” por su experiencia personal en que no se habrá de realizar. Por lo que resulta de suma importancia dejar totalmente a un lado la posibilidad de incurrir en un dolo eventual, pues pareciera existir una línea muy delgada entre ambos, sin embargo, el elemento subjetivo del injusto será el factor que nos permita contar con dicha diferenciación. Toda vez

²¹³ Schünemann, Bernd, *cit.* por Quintino Zepeda, *op. cit.*, nota 108, p. 234.

²¹⁴ Quintino Zepeda, Rubén, *idem*.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 461.

que en los delitos culposos atenderemos como elemento subjetivo del *injusto* a la propia imprudencia que le generó dicha confianza, con base en la cual no actúa en forma distinta, evitando así el resultado lesivo. Comenta Gimbernat que el delito imprudente de acción viene caracterizado por que 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, consideramos que las conductas culposas, en sus variadas acepciones, van más allá del subjetivo “deber de cuidado”, pues independientemente que se tenga éste, se podría actuar bajo negligencia, imprudencia, impericia, desatención, indiferencia, descuido, etcétera, y en todos estos casos el sujeto considerará que tuvo el debido cuidado a su saber y entender, dejando así el resultado en manos del “infortunio o desgracia”. Sin embargo, no se puede considerar que por sí mismo el análisis del deber de cuidado implicará todas las formas de manifestación de la culpa; “la causación del resultado más imprudencia no es en todo caso también causación imprudente del resultado”,²¹⁶ 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, generaría un problema aún mayor.

Actualmente, el deber de cuidado es analizado por la teoría de la imputación objetiva, misma que considera equiparada o sustituida la referencia a la norma de cuidado por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no permitido, típicamente relevante o socialmente inadecuado. Es decir, el *injusto* va más allá del mero cuidado que se tenga sobre nuestro actuar, independientemente de éste, será relevante para el derecho penal toda aquella conducta que se ha dirigido en forma socialmente inadecuada, y que atento a ello ha generado un resultado lesivo. No se trata de un mero proceso hipotético bajo la *conditio sinequanon*, sino de un análisis objetivo del nexo de causalidad, atento a la norma de cuidado que se ha infringido, pues no podemos pretender que el subjetivo vocablo “deber de cuidado” genere un correctivo en el nexo de causalidad, y más 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 dañoso a terceros.

²¹⁶ Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 33, p. 329.

Comenta Feijóo que para la valoración normativa de la conducta de una persona se deben tener en cuenta principalmente dos aspectos: *a)* los conocimientos, capacidades instrumentales y experiencias que el autor ha ido adquiriendo a lo largo de su vida o antes del hecho, y *b)* los datos objetivos de la situación concreta que esa persona había llegado a conocer o que tenía a su disposición.

El deber de cuidado se ha considerado como una “planificación de riesgos”, pues, independientemente del primer aporte, todos somos responsables de nuestras conductas en la medida que interactúan con las de terceros, de tal suerte que todos los riesgos que asumimos en nuestro rol, llevan consigo una planificación tal, que sea capaz de salvaguardar los bienes jurídicos de terceros. Existe gran cantidad de actividades (lícitas), que desarrolla el individuo como profesionista, empleado, ciudadano, empresario, en fin, todos los aportes dependen de la capacidad y conocimientos personales, así como al rol que desempeñamos, los cuales deberán planificar los riesgos asumidos; es decir, no actuar más allá de sus límites de permisión del riesgo, así como de la propia norma.

Retomando la trascendencia que en el campo de la responsabilidad penal por organización reviste la conducta calificada como *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. Debemos preguntarnos, atento al 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 es que, a nuestro juicio, la verdadera trascendencia de los aportes individuales dentro de un trabajo que se realiza en aras de una organización, lo constituye el conocimiento de cada uno de sus intervinientes, para lo cual bastará la acreditación de su existencia, a fin de considerarlo como parte del *injusto* colectivo. Pues, en definitiva, al sujeto pasivo le resulta irrelevante la subjetiva diferenciación entre el confor-

marse y el confiar, pues ambos repercuten directamente en la asunción del riesgo e incluso en la lesión propia que ha recibido el sujeto pasivo.

Lo anterior implica una diferencia categórica en término de imposición de pena, toda vez que si el juzgador considera que si bien ambos sujetos parten de la misma base de conocimiento, en donde para con el primero sobresale el elemento subjetivo “conformarse” con el resultado, lo sancionará bajo las penas impuestas para los delitos dolosos, ya que nuestro Código no diferencia entre dolo directo y dolo eventual. Mientras que si considera que el elemento subjetivo se sustenta en la “confianza” de que no se produjera el resultado, le impondrá la pena correspondiente al delito culposo, la cual de principio es más benéfica; frente al otro supuesto, la no imposición de sanción alguna, en caso que el tipo penal en cuestión no se encuentre inserto en el *numerus clausus* (es decir, como aquellos delitos culposos que merecen imposición de pena). Lo cual nos deja ver la gran diferencia y trascendencia que en ámbitos de la pena, y bajo una interpretación de la actual dogmática penal, presentan ambas formas de conducta.

Esta dificultad se presenta, como ya se mencionó, en aras del elemento subjetivo de la *voluntad*, sitio en donde se puede “distinguir” entre el *conformarse* y el *confiar*. Situación que finalmente repercute en estrategias procesales para la defensa, por lo que, en aras de una responsabilidad por organización, no se deben permitir “salidas fáciles” para los sujetos que de manera irresponsable o indiferente, simplemente se amparan en la responsabilidad de la persona moral.

2. Sentencias dictadas por el Tribunal alemán, ¿qué diferencia presupone el conocimiento para determinar dolo o culpa?

Dentro de la Revista de Derecho Penal de 2002-1, editada en Argentina, se publicó el artículo intitulado “Culpa consciente y dolo eventual. El elemento volitivo del dolo” (sobre la vigilancia de animales peligrosos), traducción elaborada por Dirk Styma, mismo que refiere a la sentencia del BGH 5 StR 419/01 del Tribunal Supremo Federal en lo Penal de la República de Alemania del 11 de diciembre de 2001 (Tribunal Territorial de Hamburgo).

La lectura completa de la misma resulta sumamente interesante para el análisis de la trascendencia del elemento *cognitivo*, toda vez que fue éste

el factor principal a considerar para el fallo final, por lo que consideramos que su lectura será de sumo interés. Asimismo, podemos visualizar las dificultades que dentro para el injusto personal reviste la delgadísima línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa consciente, y cómo existen posturas en contrario entre Tribunales y las *partes* del juicio, esto atento a sus propios intereses.

Sentencia

1. El recurso de casación del imputado K., como también el recurso de casación promovido por la Fiscalía, en contra de la sentencia del Tribunal Territorial de Hamburgo del 17 de enero de 2001, son rechazados.

El imputado se hará cargo de las costas generadas por el recurso de casación promovido por él, como también por las costas necesarias de la querrela, generadas por la realización del juicio del recurso de casación. El Estado se hará cargo de las costas generadas por el recurso de casación promovido por la Fiscalía, como también por las costas necesarias de los imputados, generadas por el recurso de casación promovido por la Fiscalía.

Consideraciones

El Tribunal Territorial consideró que los imputados son culpables de homicidio culposo. El Tribunal Territorial condenó al imputado K, a una pena privativa de libertad de tres años y seis meses. La imputada Wi, fue condenada a una pena de menores de un año, cuyo cumplimiento es suspendido condicionalmente. El imputado K., como también la Fiscalía, recurren a la sentencia. Ambos recursos de casación son rechazados.

En verano del año 2000 el imputado K. era propietario del perro “Zeus”, de cuatro años de edad, y la imputada Wi., que vivía con K., era propietaria de la perra “Gipsy”, de un año de edad. Los perros eran una mezcla entre las razas bullterrier, pitbull y american staffordshire terrier. Ambos perros disponían de una considerable fuerza para morder y estaban entrenados para saltar a gran altura. Los animales habían llamado la atención de los órganos públicos competentes en varias oportunidades, dado que aquéllos atacaron a otros perros y les causaron, en parte, graves heridas. Por consecuencia, en abril de 1998 el Departamento Municipal competente ordenó que el perro “Zeus” debía ser llevado con una correa en caso de que saliera del domicilio, dado que el veterinario municipal informó que “Zeus”, aunque no era agresivo contra seres humanos, sí lo era contra otros perros. Dado que el imputado no cumplió con dicha orden, a continuación ocurrieron varias agresiones hacia otros perros. Dicha circunstancia motivó al Departamento Municipal correspondiente en el mes de mayo de 2000 a calificar a “Zeus” como perro peligroso según el Reglamento de Perros, y a

ordenarle al imputado que el perro usara un bozal, como también que la persona que pasee al perro no pueda pasear varios perros calificados como peligrosos al mismo tiempo.

El perro de la imputada Wi., también llamó la atención a los órganos públicos competentes. En abril de 2002 mordió a otro perro con tanta gravedad que el último fue tratado por un veterinario. Un tiempo después “Gipsy” atacó a una mujer y el 11 de mayo de 2000 mordió a un niño en el brazo. A raíz de dichos acontecimientos, el Departamento Municipal le ordenó a la imputada Wi., presentar al perro sin demora ante el veterinario municipal, y que mientras tanto lleve al perro fuera de su domicilio con una correa de un largo no superior a los dos metros. La imputada no cumplió con la orden de presentar al perro ante el veterinario municipal, dado que ella temía que pudiera perderlo. El 29 de mayo de 2000, sin que la imputada hubiera presentado al perro el veterinario municipal, el Departamento Municipal revocó la orden de presentarlo.

A continuación los perros fueron paseados con correa y generalmente uno sólo por vez.

A la casa de los imputados pertenecía un patio interior, el cual lindaba con el terreno de un colegio primario. Los imputados liberaron a los perros en el patio por un corto tiempo de la correa, dado que éstos estaba acostumbrados a excrementar sin ella. Los imputados se aseguraban siempre de que no hubiera niños en el patio. Luego de que “Gipsy” había mordido su bozal hasta destruirlo, los imputados decidieron adquirir nuevos bozales en una fecha futura, dado que bozales aptos y “bonitos” eran demasiado costosos.

En la mañana del 26 de junio de 2000 el imputado K., con el conocimiento de la imputada Wi., llevó a los dos perros al patio. Allí los soltó de la correa para que excrementaran en los arbustos del patio, como era costumbre. Tentados por los ruidos causados por los niños, quienes estaban jugando a la pelota en el terreno del colegio lindante, de repente “Gipsy”, y luego “Zeus”, saltaron el muro de 1.40 m de altura, que linda con el patio del colegio, en el cual se encontraban niños en su recreo. El imputado K. trepó el muro para alcanzar a los perros, que corrían hacia los niños que jugaban a la pelota.

“Gipsy” atacó al niño Ka., de seis años de edad, lo tiró al piso y le mordió la cabeza, luego tomó parte “Zeus”, y ambos perros mordían al niño en la cabeza y la garganta. Gritando por ayuda, el imputado corría hacia el niño e intentaba alejar a los perros del mismo. A pesar de sus intentos desesperados de alejar a los perros del niño, los mismos una y otra vez alcanzaban al niño y le mordían la cara y la garganta. En un momento propi-

cio, el imputado K. agarró al niño gravemente herido y lo levantó arriba de su propia cabeza. Los perros también atacaron al imputado K. y el mismo se cayó al piso con el niño en brazos. Los perros atacaron de nuevo al imputado K. El imputado K., el cual seguía gritando por ayuda, tapó al niño con su propio cuerpo para protegerlo de los ataques de los perros. A raíz de la intervención de un tercero, los ataques de los perros al niño fueron interrumpidos. Mientras tanto, la imputada Wi. se había presentado en el patio del colegio y había logrado agarrar a “Gipsy” y ponerle la correa. Por el contrario, “Zeus” logró liberarse y morder nuevamente la cabeza de la víctima. El imputado K. lo alejó del niño y se tiró encima del perro, el cual todavía estaba agresivo, a los fines de evitar nuevos ataques. Mientras tanto habían llegado policías, que mataron a ambos animales con sus armas. El niño Ka. falleció en el patio del colegio. Los imputados se encontraban en estado de shock, lloraban y estaban desconsolados por la muerte del niño.

II

El recurso de casación del imputado K. es evidentemente infundado. La sentencia no contiene errores en la aplicación del Derecho en perjuicio del recurrente. Asimismo, el recurso de casación promovido por la Fiscalía, y representado por el fiscal general del Estado Federal, el cual aspira a una revocación de la sentencia, dado que los imputados no fueron condenados por lesiones seguidas de muerte, no es exitoso.

1. Actuar con dolo eventual requiere que el autor reconozca la realización del tipo penal como posible y no totalmente lejana, y que la consienta. Se puede tratar de una realización del tipo penal no deseada, cuya posible realización es asentada por el autor (vgr. BGHR StGB art. 212 Abs. 1 dolo, eventual 38, 39). Por el contrario, existe culpa consciente cuando el autor no acepta la realización del tipo penal prevista como posible, y seriamente —no solamente de forma vaga— confía en que la misma no va a acontecer. Especialmente, considerando la cuestión de si el autor consiente la realización del tipo penal prevista como posible, el Tribunal se encuentra obligado a evaluar la personalidad del autor y todas las circunstancias relevantes para el acontecimiento de los hechos (vgr. BGHSt 36, 1, 9, f; BGHR StGB art. 212 Abs. 1 dolo, eventual 24, 41).

Le compete solamente al juzgado de los hechos, a raíz de las pruebas producidas, convencerse de los hechos reales y de los elementos subjetivos. El tribunal de Casación se encuentra obligado a aceptar la evaluación de las pruebas realizadas por el juez del hecho. En caso de que el juzgado de los hechos no pueda superar dudas propias, el Tribunal de Casación debe revisar tal decisión solamente en referencia a errores en la aplicación del

derecho. Existe, entre otras causas, una evaluación de pruebas inválida por errores en la aplicación del derecho, en caso de que la misma sea contradictoria, confusa o incompleta, o cuando la misma viole conocimientos científicos, conceptos lógicos o experiencias ciertas, o cuando las exigencias acerca de la certeza necesaria para una codenación sean exageradas (jurisprudencia permanente: *vgr.* BGHR StPO art. 261 evaluación de las pruebas 16; formación de la convicción). En el presente caso no existen tales errores en la aplicación del derecho.

2. En primer lugar, el juez del hecho considera de forma correcta que, en casos de actuar sumamente peligrosos, el autor reconoce la realización del tipo penal como posible, y en caso de que continúe con su actuar —en el presente caso sacarles la correa a los perros— también consiente la realización del tipo penal (jurisprudencia permanente: *vgr.* Solamente BGHR StGB art. 212 Abs. 1 dolo, eventual 35, 38, 40; BGHR StPO art. 261 nota 5; dolo eventual de matar). Ambos imputados reconocían la lesión de una persona por uno de los perros bajo ciertas circunstancias como no totalmente lejana. Los imputados tenían conocimiento de que los perros eran capaces de saltar el muro hacia el lado del patio del colegio, y que con anterioridad lo habían hecho varias veces. Teniendo en cuenta la enorme fuerza de morder de los perros y su costumbre de morder directamente las zonas de la garganta y de la cabeza de la víctima durante sus ataques, los imputados no descartaron que una agresión seria hacia una persona podría causar la muerte de la misma. Los imputados habían tenido la experiencia de que ellos mismos no siempre podían dominar a los perros en forma suficiente cuando les sacaban la correa.

Sin embargo, en contra de la opinión de la parte revisora, no existe una contradicción cuando la Cámara del Crimen llega a la conclusión de que los imputados, en el momento aquí considerado y en la situación concreta, no reconocían como posible que los perros podrían fugarse del patio cerrado, ni que en caso de fugarse podrían atacar personas en el patio del colegio. Los imputados confiaban en que ello no ocurriera y que sus medidas de seguridad —por cierto, objetivamente insuficientes— eran suficientes, a los fines de evitar posibles peligros. La opinión de los imputados, a pesar de graves indicios de peligro y órdenes de los órganos municipales correspondientes, desestimaron e ignoraron un gran medida el peligro proveniente de los perros se basa en una consideración válida del juzgado en referencia a los hechos.

La Cámara del Crimen se basa principalmente en el desarrollo personal de los imputados, todavía jóvenes, el cual fue extensamente analizado, co-

mo también en sus experiencias, sus situaciones de vida y sus maneras de pensar y actuar.

El pensar y actuar de ambos imputados están dirigidos por la ignorancia e incomprendibilidad, negación como estrategia incorporada para resolver problemas, descuido, distracción y despreocupación, y en gran medida egoísmo y falta de consideración. Como resultado de estas actitudes, los imputados desestimaron el peligro proveniente de los perros, y a raíz de su ignorancia y despreocupación no percibieron los estímulos provenientes del patio del colegio, los cuales atraían a los perros.

En este sentido el Tribunal Territorial expone que, a raíz de sus experiencias y en lo informado por el veterinario municipal, ambos imputados estaban convencidos de que el perro “Zeus” no mordía a seres humanos.

En referencia a la perra “Gipsy”, los imputados se explicaban la agresión del 11 de mayo de 2000 hacia el niño con el hecho de que el animal durante ese día estaba especialmente excitado, y que dicho acontecimiento fue una excepción. La Cámara del Crimen tuvo en cuenta que la imputada Wi, en el mes de mayo de 2000 tenía la intención de matar al perro, dado que aquella temía otras agresiones hacia seres humanos. Finalmente, la imputada Wi, no mató al perro, dado que su novio K., el cual era dominante en la relación, y supuestamente tenía conocimientos más profundos en referencia a la educación de perros, le quitó importancia al acontecimiento, calificándolo como único, y de acuerdo a la relación existente entre los imputados, le quitó la responsabilidad a la imputada Wi. El mismo K. estaba convencido de que la imputada Wi evaluó la situación de una manera equivocada y que la dramatizó. Los imputados seguían tranquilizándose con la idea de que el perro no tenía la intención de lesionar, dado que en caso contrario, y a raíz de la enorme fuerza de morder del animal, la lesión producida tendría que haber sido mucho más grave. Asimismo, dicha idea tranquilizadora se basó en el hecho de que el Departamento Municipal correspondiente revocó la orden de presentar a “Gipsy”, y en que en las semanas antes del hecho no había ocurrido ninguna agresión por parte del animal. Dicha evaluación del Tribunal Territorial es apoyada por el peritaje de la médica especialista veterinaria, la cual desarrolló que, a raíz del instinto de jauría de los perros, el actuar de la perra en la situación concreta del hecho aumentó el potencial agresivo del perro “Zeus”. Posiblemente, los imputados no podían prever tal situación excepcionalmente peligrosa ni la gravedad de los hechos resultantes de dicha situación.

Teniendo en cuenta dicha situación, el Tribunal Territorial descartó la existencia del elemento volitivo del dolo. Los imputados no aceptaron una lesión de una persona por sus perros de una manera tal que los imputados

habían consentido dicho resultado, por cierto indeseado. Estas evaluaciones no muestran errores en la aplicación del derecho. La Cámara del Crimen considera como muy posible que los imputados no tenían ningún interés en que una persona fuera lesionada por uno de sus perros, dado que dicha lesión era indeseada por las posibles consecuencias causadas por tal lesión, como multas, una posible pérdida de los animales y sanciones penales. Además, expone el Tribunal Territorial que los imputados habían implementado ciertas medidas —por cierto, medidas insuficientes— para evitar que personas fueran mordidas por los perros. En tal sentido, los imputados siempre se aseguraban de que no hubiera niños en el patio del colegio cuando les sacaban la correa a los perros. Como resultado de los serios e intensivos intentos de salvarle la vida a la víctima y del desconsuelo de los imputados por la muerte del niño, el Tribunal Territorial podía concluir que a los imputados no les era indiferente la integridad física de personas, especialmente la de niños.

3. La Fiscalía alegó que el Tribunal Territorial, a raíz de las pruebas producidas, debería haber comprobado la existencia de un dolo eventual en referencia a una lesión. Dicha alegación representa una evaluación propia de las pruebas por parte de la Fiscalía y no muestra que la Cámara del Crimen implementara exigencias exageradas acerca de la certeza necesaria para la existencia de un dolo eventual. La evaluación de las pruebas, en contra de la opinión del recurrente, no es incompleta, dado que el Tribunal Territorial consideró todas las circunstancias agravantes en referencia a los imputados. Ante el problemático desarrollo personal de ambos imputados y sus maneras de actuar y pensar resultantes de tal desarrollo, el Tribunal Territorial evaluó las circunstancias esenciales de forma diferente que la Fiscalía, la cual, en la situación a considerar, pretende darle un peso mayor al ámbito personal de los imputados. La evaluación de los hechos realizada por el Tribunal Territorial no es la única posible. No obstante, la misma no manifiesta contradicciones y no muestra otros errores en la aplicación del derecho.

Por consecuencia, la evaluación de los hechos no es objetable.

4. Asimismo, la individualización de la pena no es objetable. Las sanciones muy leves, en referencia al resultado extremadamente trágico del hecho y a las grandes faltas de los imputados, no se desprenden totalmente de su propósito de ser una justa compensación de la culpa. Ello rige especialmente en referencia a una considerable falta de las autoridades públicas y a los intentos intensivos de los imputados de salvarle la vida al niño.

Comentario.

En su fallo BGH 5 StR 419/01 del 11 de diciembre de 2001, el Tribunal Supremo Federal en lo Penal de la República Federal de Alemania se

basa en dos fallos anteriores del mismo Tribunal, en los cuales se determinó los criterios de la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, como también la obligación del juez de evaluar la personalidad del autor y todas las circunstancias relevantes para el acontecimiento de los hechos en referencia a la cuestión de si el autor asiente la realización del tipo penal prevista como posible.

En el fallo BGHSt e, 363 del año 1955, denominado “fallo del cinturón de cuero”, los actores acordaron robar a la víctima y dejarla incapaz para defenderse mediante la aplicación de somníferos. Después de haber fracasado la aplicación de los somníferos, los actores acordaron el plan de estrangular a la víctima con una correa de cuero. Reconociendo que dicha estrangulación podría causar la muerte de la víctima, los actores renunciaron a tal plan y convinieron adormecer a la víctima mediante golpes en la cabeza con un saco de arena. Luego de haber acordado el plan, los actores visitaron a la víctima. Uno de ellos llevaba el saco de arena; el otro, por acaso y por decisión propia, llevaba el cinturón de cuero. Luego, uno de los actores golpeó a la víctima dos veces con el saco de arena en la cabeza. Los golpes no tuvieron el efecto deseado, dado que el saco de arena se rompió. El actor que había llevado el cinturón, con ayuda del toro, lo puso alrededor del cuello de la víctima, y ambos tiraron con fuerza de los dos extremos del cinturón hasta que la víctima perdió la conciencia. Minutos después ésta recuperó la conciencia y uno de los actores la redujo y el otro la estranguló con el cinturón hasta que la misma falleció. Los actores se apoderaron de los objetos que querían y, finalmente, intentaron sin éxito reanimar a la víctima. Fueron condenados por homicidio con dolo eventual.

El Tribunal determinó, en concordancia con la jurisprudencia mayoritaria y los antecedentes del Reichsgericht (Tribunal antecesor del Tribunal Supremo Federal hasta el año 1945), que actuar con dolo eventual requiere que el autor reconozca la realización del tipo penal como posible y no totalmente lejana, y que la consienta. Se puede tratar de una realización del tipo penal no deseada, cuya posible realización es consentida por el autor. El autor acepta la posible realización de un resultado no deseado, dado que el mismo no dispone de otros medios para llegar al fin de su acción. Por el contrario, existe culpa consciente cuando el autor no acepta la realización del tipo penal prevista como posible, y seriamente —no solamente de forma vaga— confía en que la misma no va a acontecer.

En el fallo BGHSt 36,1 del año 1988, denominado “fallo del soldado con sida”, el Tribunal consideró que el elemento volitivo del dolo, es decir la cuestión de si el autor asiente la realización del tipo penal prevista como posible, debe ser analizado mediante la evaluación de la personalidad del

autor y todas las circunstancias relevantes para el acontecimiento de los hechos. En dicho fallo un soldado, que sabía que estaba infectado con el virus HIV, mantuvo relaciones sexuales por vía anal con dos hombres sin informarles de la infección, a pesar de que había sido advertido por su médico acerca de los riesgos de dichas relaciones sexuales sin hacer uso de profilácticos. Las relaciones sexuales no causaron la infección de las víctimas y el soldado fue condenado por tentativa de lesiones graves que ponen en peligro la vida de la víctima. El Tribunal consideró que a raíz de que el límite entre el dolo eventual y la culpa consciente es muy sutil, en caso de suponer la existencia de un dolo eventual, el juez se encuentra obligado a evaluar en cada caso particular ambos elementos subjetivos del dolo, es decir, el elemento cognitivo y el elemento volitivo, y a comprobarlos a través de hechos reales. Especialmente la evaluación del elemento volitivo debe ser analizada mediante la evaluación de la personalidad del autor y todas las circunstancias relevantes para el acontecimiento de los hechos. El Tribunal se basó en la opinión de Jescheck, quien sostiene que es necesaria una vista general de todas las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho. Según la naturaleza del caso, diferentes aspectos de evaluación pueden ser esenciales. La vida del actor anterior al delito, o sus declaraciones durante o después del mismo, pueden ser indicios para su comportamiento acerca de los bienes jurídicos protegidos. La prueba de la existencia del dolo eventual puede basarse “en la extensión y proximidad objetiva del peligro, reconocido por el actor”. El Tribunal consideró que el actor sabía de los riesgos grandes y próximos de la relaciones sexuales sin protección, dado que él mismo tenía conocimiento de su infección con el virus HIV. El destino de las víctimas le fue indiferente, por lo cual consintió una infección de las mismas. Por consecuencia, el Tribunal se pronunció a favor de la existencia de un dolo eventual respecto de la realización de lesiones graves en las víctimas mediante un actuar que pone en peligro la vida de aquéllas.

Aun cuando las sentencia antes citadas refieren a conductas individuales, lo trascendente es la forma en como se valora el *conocimiento* de los imputados para considerar como *dolosa* o *culposa* la conducta de éstos. De tal suerte que, los juzgadores parecen sustentar un *dolo eventual* en el conocimiento y proximidad objetiva del peligro. Pero, ¿los dueños de los perros no tenían un conocimiento muy similar al del soldado infectado de VIH? Al parecer, la diferencia principal la tomamos del elemento subjetivo, atento a que los primeros “confiaron” en que no se produjera un resultado; mientras que el soldado se “conformó” con el resultado.

Sin embargo, a nuestro juicio, ambos tenían el suficiente conocimiento de que su conducta generaba un incremento del riesgo, atento a que sobrepasaron las barreras del riesgo permitido; situación que, en ámbitos de responsabilidad penal por organización, no marca diferencia alguna, pues el conocimiento de ambos tiene la misma carga cognitiva, y por tanto, el contenido de *dolo* suficiente para formar parte del *injusto colectivo*, con todo lo que presupone incluir todas esas conductas cargadas de conocimiento, y llevarlas a nivel de culpabilidad para analizar el elemento *volitivo* y la individualización de la pena.

II. UBICACIÓN DEL ELEMENTO *VOLITIVO* DEL DOLO EN LA CULPABILIDAD

Conforme a la sistemática del delito, tanto actual, como la aquí propuesta (para responsabilidad penal por organización), por un lado, la antijuridicidad presupone una conducta contraria a derecho, mientras que en la *culpabilidad* se valora el hacer responsable penalmente del sujeto, de donde se desprenderá la necesidad y merecimiento de la pena, pero 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.²¹⁷

Estos presupuestos de merecimiento y necesidad de la pena (valorados en la culpabilidad) son propuestos por Roxin, al generar un puente de unión entre la dogmática penal y la política criminal, resaltando con ello la importancia que merece la prevención general en nuestro derecho penal. Prevención general que, en términos de los aportes cuantitativos de los intervinientes en una organización, estriba en la responsabilidad asumida en su fuero personal, respecto de todas sus aportaciones hechas en tal organización; así como en la creación de conciencia sobre la trascendencia de dichos aportes, que, por mínimas que sean, generan un aporte

²¹⁷ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 23, p. 222.

comunicativo, es decir, concatenadas con otras, generan un resultado y por tanto una adecuación al curso causal, realidad que no se debe negar o evadir.

Sin embargo, para llegar a niveles de culpabilidad, primero se debe contar con un *injusto* basado en la posición objetiva *ex ante* del sujeto respecto de su actuar u omitir; como sostiene Mir Piug: “el núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la realización voluntaria de la conducta social que el derecho pretende prevenir”.²¹⁸ Postura de la cual se extrae una concepción objetiva del injusto, misma que no se aparta en su totalidad de elementos volitivos, sino que no se sustenta en éstos; lo anterior nos permite dejar a salvo el elemento *volitivo* del dolo para una valoración individual y subjetiva a nivel de culpabilidad; mas no dentro de una aportación que, cargada de elemento cognitivo, presupone *ex ante* el peligro generado con dicha conducta.

Así, una vez identificados los aportes individuales dolosos (con puro elemento cognitivo) o culposos se analizará su concreción en el *injusto colectivo* (con el desvalor de acción, consistente en la determinación de su conducta cargada del elemento cognitivo, y con el desvalor de resultado, consistente en la lesión o incluso la puesta en peligro), con todos los presupuestos previos que conlleva; para posteriormente analizar en lo individual el aporte *volitivo* de cada sujeto que ha conformado dicho *injusto colectivo*; de esta forma se estará atendiendo al reproche en proporción de la determinación en el campo axiológico o valorativo de la conducta de cada sujeto.

Aquí, nos permitimos hacer un paréntesis a fin de recordar la postura utilizada por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 122, en donde el legislador fija su postura de analizar el dolo genérico en la culpabilidad. Situación que no se comparte, dado que dogmáticamente esa sistemática ha sido superada al haberse dejado atrás la etapa causalista, e incluso los primeros albores del finalismo; esto atento a los problemas y absurdos que acarrea para el tema de autoría y participación, así como en ámbitos del error, entre otros. Postura diversa es la que mantiene el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168, el cual, previo análisis dogmático, deja clara su postura al analizar el dolo y la culpa en el tipo, pues establece que la probable res-

²¹⁸ Mir Piug. *cit.* por Márquez Piñero, *op. cit.*, nota 141, p. 168.

ponsabilidad se tendrá por acreditada una vez que se haya configurado la conducta como dolosa o culposa, es decir, en un estadio previo. Sin embargo, se menciona como premisa de otra tesis interesante y denominada “doble posición del dolo”, que igualmente nos deja ver las controversias que a la fecha reviste el dolo en el presupuesto de la culpabilidad, dando cabida a poder considerar como factible la postura que se sostiene en esta tesis: el análisis del elemento *volitivo* del dolo en la culpabilidad, claro, para el caso de responsabilidad penal por organización, que es el tema propuesto en el presente estudio.

1. ¿Qué es la “teoría de la doble posición del dolo”?

La teoría de la doble posición del dolo fue propuesta por Gallas, para quien la cambiante historia de la teoría del delito refleja contrastes materiales y metodológicos, vinculados al nacimiento de nuevas finalidades de política criminal y política general, y a la progresión del pensamiento filosófico.²¹⁹ Constante evolución que lo llevo a considerar que era puntual el estudio del dolo tanto a nivel del *tipo*, atendiendo al avance de las teorías causales, por aquellas que reconocen al individuo como un ser racional y con sentido valorativo; así como su análisis en la *culpabilidad*, para valorar el *quantum* de la pena del sujeto.

Dentro de los análisis vertidos por Gallas, en los inicios del finalismo, se puede 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. Sólo 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.

²¹⁹ Gallas, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 5.

En todo caso, nuestro concepto de tipo, orientado a la figura de delito puede ser interpretado en varios sentidos: por una parte en su sentido *total, simplemente* como tipo, relacionándolo con el contenido de punibilidad de la figura delictiva, en el que todavía no se han separado los aspectos de injusto y culpabilidad. Pero además ese concepto puede ser referido exclusivamente ya a las características del injusto, ya a las de culpabilidad de la figura delictiva, distinguiendo de este modo entre *tipo de injusto* y *tipo de culpabilidad*.²²⁰

Con todos los análisis y adecuaciones propias de la teoría de la doble posición del dolo, apreciamos cómo esta teoría conceptualiza que:

el dolo mantiene una doble posición, tanto en la tipicidad como en la culpabilidad. Los elementos cognitivos y los elementos volitivos del dolo pertenecen a la tipicidad; por su parte, los elementos emocionales del dolo pertenecen a la culpabilidad. Así, la teoría de la doble posición del dolo sostiene que los elementos cognitivos y los elementos volitivos del dolo (y para algunos autores solamente los elementos cognitivos) pertenecen a la tipicidad, mientras que otros elementos del dolo, los así llamados elementos emocionales del dolo, se sitúan por su parte en la culpabilidad.²²¹

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,²²² siendo así posible analizar el merecimiento y necesidad de la pena en la individualidad del sujeto.

2. 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 adherirnos plenamente a este análisis del dolo (entendido con elemento *cognitivo* y *volitivo*), es factible que si ya a nivel de tipo se configuró el dolo con el elemento *cognitivo* del sujeto, dados los aportes cuantitativos (objetivos) del mismo, a nivel de culpabilidad se analice el

²²⁰ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

²²¹ Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, 108, p. 236.

²²² *Idem*.

elemento *volitivo* del dolo, en donde se valorarán los aportes cualitativos (subjetivos) de la conducta en cuestión.

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. Aportes subjetivos que no determinan cambio alguno en el resultado producido, mas sí revisten trascendencia en la individualización de la pena.

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

Primera, podría serle formulado al autor un “reproche indirecto de culpabilidad por el hecho”, cuando el desconocimiento inevitable al momento del hecho se base en que *antes*, “en forma reprochable”, no se haya informado sobre el estado de las normas, con lo cual se presupone el reproche de que el aceptar la actividad en el ámbito especial ya debió ser previsto en el momento previo. La construcción es similar a la de la culpa por asunción en la imprudencia, es decir, cuando se asume una actividad respecto de la cual quien la asume no está en condiciones, cognosciblemente, de llevarla a cabo correctamente... en esta propuesta, no está en juego un reproche indirecto del hecho, sino un reproche directo por la hostilidad general frente a la norma, respecto de lo cual, sin embargo, falta un tipo, justamente un tipo de hostilidad general frente a la norma. *Segunda*, el concepto de desconocimiento inevitable se interpreta normativamente; sería no conocido de modo inevitable no ya todo aquello que al autor le es actualmente inaccesible incluso con la mejor buena voluntad, sino sólo aquello inaccesible por cuya imposibilidad de acceso no es competente al autor. 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?²²³

De la postura de Jakobs se aprecian los presupuestos de confianza y el rol que cada individuo desarrollamos, pero lo que interesa resaltar de su postura es la importancia que este reconocido dogmático alemán da al *conocimiento*, y el cómo la *existencia debida* de dicho elemento puede ser un presupuesto para el reproche individual que se determinará a nivel de culpabilidad. 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 en donde 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, respecto de la cual el desconocimiento evitable constituye por sí un merecimiento de reproche.

Con ello, se tiene que, en términos de una responsabilidad penal por organización, los aportes cuantitativos basados en el mero *conocimiento* (o factibilidad de conocer) de los elementos objetivos del tipo²²⁴ 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* que se vendrá a individualizar en la culpabilidad atento al elemento *volitivo* de cada aporte.

A modo de ejemplo, imaginemos una organización dedicada al manejo de inversiones, en donde existen “x” número de empleados con funciones específicas y debidamente jerarquizadas, pero que al fin de cuentas, todas ellas conllevan a buen o mal fin las inversiones de sus clientes. Es el caso en que uno de los inversionistas pierde una cuantiosa fortuna, dados los malos manejos de la organización. Nos referimos a que algunos sujetos indiferentes a conocer las nuevas disposiciones bancarias, otros con conocimiento de ellas, pero con indiferencia ante tal o cual resultado, o

²²³ Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 179, pp. 68 y 69.

²²⁴ *Cfr.* Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, nota 142, pp. 283 y 284; 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”.

bien que “sólo obedecen órdenes”, o por el contrario, los jefes jerárquicos que simplemente ordenaron ciertos movimientos en la creencia que sus inferiores “tienen” que obedecer, incluso aquellos que puedan carecer de la cualidad específica de “funcionario” u otra que requiera un tipo penal en específico; en fin, todo aquel que ha hecho un aporte objetivo, con conocimiento o con factibilidad de conocer, ha provocado en forma conjunta la pérdida económica del inversionista. Ante esto, ¿le interesará al inversionista y a la sociedad misma el *porqué* de la conducta de los sujetos que determinaron su actuar con base en un conocimiento sobre los riesgos de sus conductas? ¿La simple ausencia o debilidad del elemento *volitivo* será, *per se*, un beneficio (a nivel de tipo) para estos empleados o funcionarios?, consideramos que no, que todos los intervinientes deberán de participar de un *injusto colectivo*, pues sólo así se podrá llevar a cada uno de los intervinientes a nivel de culpabilidad, y ahí atender al elemento *volitivo* de su conducta para determinar la pena que se le impondrá a cada uno. Aunado a la posibilidad que esto nos brinda de atender las conductas de los partícipes alrededor de la conducta típica y antijurídica de los intervinientes (atento al principio de accesoriadad que rige para los partícipes).

Aquí cabe mencionar la trascendencia del derecho administrativo, pues si bien lo que interesa primordialmente al inversionista es la recuperación de su capital, por otro lado, al derecho penal (como ya lo he mencionado) le interesa la prevención y la tutela de los bienes jurídicos importantes para la sociedad; en este sentido, se requiere una prevención general positiva dirigida a cada uno de los intervinientes de la organización, mismos que ya no se podrán amparar bajo el manto de las “soluciones” que a nivel de empresa ofrece el derecho administrativo. Pues en tanto no adquiramos conciencia de cada uno de nuestros aportes, las indiferencias seguirán produciendo un sinfín de riesgos con gran *coste* social.

Con lo analizado previamente, se pretende dejar clara nuestra postura ante la relevancia de los elementos que integran al dolo, tanto el *cognitivo* como el *volitivo*. Simplemente que ellos habrán de analizarse bajo una sistemática nueva del delito, a fin de atender la responsabilidad penal por organización bajo barrotes objetivos hasta 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 somos responsables en el mismo grado, sí lo somos en conjunto del resultado generado con nuestras conductas;²²⁵ por ello, no es dable que con las actuales herramientas que nos brinda la dogmática penal, gran cantidad de conductas se difuminen en el entramado de las organizaciones, y se haga imposible la imputación penal a tantas conductas que generan riesgos latentes en nuestro diario vivir. En esta sociedad del riesgo que nos ha tocado vivir, cada vez más dependemos de las conductas de terceros, por lo que debemos generar márgenes de confianza cada vez más sólidos, pero a la vez más determinantes.

III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PENAL POR ORGANIZACIÓN

Las herramientas con que cuenta la dogmática penal actual están dirigidas a una responsabilidad penal individual, con el sustento de que nadie puede ser responsable por hechos de terceros, y de la tan defendida individualidad de la pena a nivel de culpabilidad. Situación que de ninguna manera se pretende desvirtuar en el presente trabajo, toda vez que, como se ha expuesto, la consecuencia jurídica del *injusto colectivo* será graduable a nivel individual dentro del análisis de la culpabilidad, tal como se hace a la fecha; solamente que bajo una configuración sistemática del *dolo* y del *injusto* adecuada a la compleja y supraindividual gama de aportaciones que se ventilan en una organización.

Postura en contrario a la tesis sostenida en este trabajo es la expuesta por Shünemann, al decir que:

la norma de prohibición se dirige necesariamente al actuar humano y a su evitabilidad, es decir, a la culpabilidad humana, y con ello a presupuestos lógico-materiales que no pueden ser reemplazados por la imputación de otra cosa. Esto lo desconocen todos los autores que creen haber hallado en

²²⁵ Cfr. Jakobs, Günther, *cit.* por Schünemann, *op. cit.*, nota 138, p. 26; quien 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”.

el *topos* de la culpabilidad por organización un sustituto de la culpabilidad de las personas individuales.²²⁶

Sin embargo, en el planteamiento del jurista en comento si bien se analiza la posibilidad de imputar a nivel de culpabilidad, la conducta típica y antijurídica de un sujeto por haber contrariado la norma de prohibición, no se contempla la dificultad que actualmente se presenta en la teoría de la autoría y participación, al ser incapaz de llevar al nivel de culpabilidad cantidad de conductas que se difuminan en una organización, mismas que no encuentran cabida en la autoría mediata ni en la coautoría, ni mucho menos en la autoría inmediata; tendiendo que resolverlo, en el mejor de los casos, como una participación periférica a la autoría (de concretarse esta última), con penas que de ninguna manera corresponden a los niveles de riesgo generados con su actuar consciente y cognoscible. O como realmente sucede en cantidades de casos, la impunidad de dichas conductas individuales que han quebrantado esa norma, aun cuando dicha normatividad va dirigida al “actuar humano”; por ello, se precisa de nuevos mecanismos que nos permitan llevar los aportes cuantitativos (dentro de una organización) a nivel de culpabilidad, y ahí atender a la individualidad que el autor en comento defiende, pues será en esta parte de la sistemática del delito, donde se analizarán los aportes cualitativos de cada uno de los intervinientes en una organización.

Al cabo de los avances de la teoría de la autoría y participación se han superado distintas teorías, a saber, la teoría objetiva, subjetiva y normativista;²²⁷ así como diversos conceptos de autor, como el con-

²²⁶ Schünemann, Bernd, *ibidem*, p. 29.

²²⁷ Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, nota 108, p. 72. La teoría objetiva se subdivide en teoría objetivo-formal, que considera que es autor quien realiza el tipo y participe quien realiza una aportación causal menos importante que la realizada por el autor, y la teoría objetivo-material, para la que es autor quien causa (necesariamente) un resultado, y participe quien aporta una condición que —tan sólo— favorezca la realización del resultado. La teoría subjetiva se divide en teoría del dolo y teoría del interés, según distinga entre autor y participe por su intensión o propósito (dolo) de los intervinientes, o bien, atendiendo al *interés* o propósito de los mismos. La teoría normativa distingue entre delitos de infracción de un deber y delitos en que se tiene el dominio del hecho.

cepto unitario de autor,²²⁸ concepto extensivo de autor,²²⁹ y el concepto restrictivo de autor,²³⁰ este último mayoritariamente aceptado por la doctrina actual, incluso las ya analizadas teorías de dominio del hecho e imputación objetiva. Todas ellas en busca de una adecuada forma de imputación a los actos emanados por los seres humanos dentro de una sociedad constantemente cambiante. Búsqueda que no puede llegar a su fin, pues se descontextualizaría de su realidad social, misma que evoluciona constantemente.

Después de analizar las distintas teorías de la autoría, Díaz y García Conlledo llega a la conclusión de que para ser autor no basta con la realización de cualquier acción típica, sino que lo trascendente será la realización de la *acción típica nuclear*, entendida como aquella en la que “descansa el centro de gravedad del injusto del hecho”,²³¹ sin embargo, también plantea la “necesidad de precisar cuándo se produce esta reali-

²²⁸ Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en el derecho penal*, Barcelona, Prosell, 1991, p. 47. “El concepto unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (en el sentido que a esta palabra se le da como intervención en el hecho de otro) y por el encuadramiento de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración, codeinfluencia o expresiones similares”.

²²⁹ Mezger, Edmund, *cit. por ibidem*, p. 267. Bajo esta concepción, define al autor como “el que ha causado mediante su acción el tipo legal, en tanto su actividad no aparezca como instigación o auxilio”.

²³⁰ Díaz y García Conlledo, Miguel, *ibidem*, p. 411. “Dentro de la concepción restrictiva de autor (en donde el autor es la figura central y autónoma, mientras que el partícipe es un elemento de la accesorio y que figura en la periferia), la dogmática cuenta con la teoría objetivo-formal, que define al autor como aquel sujeto que ejecuta (total o parcialmente) la acción descrita en los tipos de la parte especial”. Sin embargo, esta teoría que ha recibido entre sus principales críticas el no ser capaz de explicar la autoría mediata ni la coautoría; por lo que a ido perdiendo aceptación mayoritaria a raíz del nacimiento de la teoría del dominio del hecho (considerada como teoría objetivo-material). Dentro de sus principales exponentes Vives comenta que “el que ejecuta parcialmente los hechos es *realmente* autor principal de ellos: y autor «en sentido estricto»”. En tanto que para Cobo/Vives, autor será “el que toma parte directa en la ejecución de los hechos, es decir, el que ejecuta, siquiera parcialmente, el injusto tipificado por la ley”, p. 447. Al respecto, en la p. 450 del citado artículo, Roxin sostiene que esta teoría objetivo-formal tiene la ventaja de diferenciar autoría de participación, encontrando un punto medio entre la contemplación puramente valorativa y la comprensiva de sentido.

²³¹ *Ibidem*, p. 513.

zación”.²³² Postura que, dentro de la dinámica propia de una organización, sigue presentando la dificultad de “identificar” la conducta típica nuclear, cuando quizá algunas de las conductas por sí mismas (en lo individual) sean inocuas para dicho “centro de gravedad”, mas no así en forma concatenada; de tal suerte que la única salida en términos de autoría sería la autoría inmediata, autoría mediata y coautoría. Figuras de autoría que, como ya se comentó, dejan fuera muchas de las conductas emanadas por los individuos dentro de una organización, que a pesar del contenido comunicativo de las mismas y de su adecuación al curso causal, es decir un aporte (por mínimo que sea) cargado de conocimiento o con factibilidad de conocer, que, por sí mismo implica un aporte peligroso o un dañino para la colectividad. Y ni que decir de la imposibilidad de imputación que presentan los *delitos cualificados propios*.

Ante esta realidad y la problemática de imputación a nivel individual que implican los delitos de peligro abstracto ya se han hecho importantes acercamientos en diversas legislaciones; tal es el caso del Código Penal Federal, que en sus artículos 414 al 423 se atiende a los delitos contra el medio ambiente y la gestión ambiental, incluyendo cinco capítulos: de actividades tecnológicas y peligrosas, de biodiversidad, de bioseguridad, contra la gestión ambiental y disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente. En este título vigésimo quinto se contemplan conductas que generan riesgos para el medio ambiente, riesgos que no son otra cosa que delitos de peligro, mismos que van más allá del medio ambiente, pues repercuten en todas las esferas del actuar humano; lo cual implica que en esta sociedad del riesgo cada vez sean mayores las actividades riesgosas que desempeñamos.

A pesar de estos avances hacia las nuevas realidades que vivimos, aún nos queda mucho trabajo por delante, no sólo en México, sino en terrenos internacionales, mismos que aun cuando de alguna manera han gestado los conocimientos más vanguardistas en el derecho penal, vemos que algunos países como Alemania y España también van aprendiendo conforme la marcha, y se enfrentan igualmente a la dificultad de resolver las nuevas problemáticas en torno a las actividades colectivas y los bienes jurídicos abstractos, y ante lo cual la actual dogmática penal resulta insuficiente.

²³² *Ibidem*, p. 514.

1. *Ejemplos reales en el ámbito internacional*

En la doctrina alemana y española, principalmente en cuestiones relativas a la responsabilidad por el producto (a consecuencia de tener que resolver realidades más complejas que las meras conductas y concepciones individuales), se vienen inclinando hacia las posturas objetivadoras del dolo, dando una relevante trascendencia al elemento *cognitivo* como configurador del dolo.

Por mencionar algunos, tenemos:

Leder Spray,²³³ consistente en la elaboración y distribución de sprays de cuero, que para 1980 ya empezaba a causar en sus consumidores dificultades respiratorias, náuseas, escalofríos, fiebre, detectándose en la mayoría de los casos edema pulmonar. Situación que fue notificada a la empresa, y pese a ello continuaron con la producción y distribución, supuestamente con algunos cambios, suscitándose, sin embargo, nuevamente los daños antes mencionados. Ante esta realidad, el Tribunal de Land tuvo la problemática de encontrar la existencia de un movimiento corporal que fuera *conditio sine qua non* para la producción y comercialización de dichos sprays, por lo que no fue posible llegar a una imputación penal a varios de los intervinientes, aun cuando sus aportes en forma concatenada sí generaron un sentido comunicativo penalmente relevante, más allá de la mera relación causal o subjetiva de una imputación individual.

Caso del aceite de colza,²³⁴ juicio que se ventiló por once años en los tribunales, teniéndose que afrontar una nueva realidad para la dogmática penal española, que rebasaba los conceptos incluso de imputación objetiva imperantes en dicho país; resolviéndose en definitiva por el Tribunal español el 23 de abril de 1992, en donde el Tribunal Superior, más allá de confirmar la sentencia condenatoria, agravó y extendió la responsabilidad penal a otros intervinientes. Este juicio se centró en la existencia de un aceite (aceite de colza) que fue destinado para consumo humano, a pesar de su contenido de “anilina” (sustancia venenosa), lo cual era del

²³³ Cfr. Schümann, Heribert, “Responsabilidad individual en la gestión de empresas”, en Mir Puig y Luzón Peña, *op. cit.*, nota 69, pp. 200 y ss.

²³⁴ Cfr. Rodríguez Montañez y Paredes Castañon, “Problema de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones sobre «caso colza»”, en Mir Puig y Luzón Peña, *ibidem*, pp. 268 y ss. Cfr. Hassemmer y Muñoz Conde, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

conocimiento de los aceiteros, y pese a ello asumieron el riesgo, actuando sin lugar a dudas de forma dolosa y lamentablemente con resultados de muerte en gran cantidad de consumidores. Situación en la que participaron un sinnúmero de personas, como fabricantes, distribuidores, comerciantes. Estas conductas son trascendentes para el derecho penal, en tanto tenían conocimiento del riesgo y peligro que generaba dicho aceite para el consumo humano.

Sin embargo, solamente se imputó responsabilidad penal a cuatro de los “intervinientes” (J. M. Bengoechea, Salomó y Alabart, como dolo eventual, y Ramón Ferrero, como conducta dolosa), quedando gran cantidad de conductas que, con mayor o menor grado de cognoscibilidad, participaron en el curso fáctico de la organización encargada de la producción y comercialización del producto en cuestión, que independientemente del nivel de dominio del hecho atento a la división de trabajo de la propia empresa, sin lugar a duda tuvieron responsabilidad en los resultados y riesgos producidos, atento a la previsibilidad *ex ante* que debieron asumir y que simplemente se determinaron por dejar al margen, sin embargo, respecto de las cuales no fue posible concatenar dichos riesgos a la realización del tipo correspondiente, pese a que cada uno de los aportes cuantitativos hicieron posible la producción y comercialización del aceite de colza, y con ello la muerte de más de 300 personas, así como unas 15,000 víctimas de envenenamiento alimenticio.

2. Bajo la óptica del Código Penal Federal de México

Regresando a la tipificación de los delitos ambientales, contemplada en el Código Penal Federal, se pueden encontrar un sinnúmero de verbos núcleo del tipo, diversos bienes jurídicos tutelados, diversos sujetos pasivos específicamente señalados (algunos incluso cualificados), normas permisivas y prohibitivas, penas y medidas de seguridad; en general, una gran cantidad de hipótesis o presupuestos de hecho, mismas que, ante la realidad que vivimos, resultan insuficientes, pues más que crear un código que describa todas las posibles hipótesis del actuar humano, se debe atender a una dogmática jurídica precisa y adecuada a la interpretación y aplicación de dichas leyes. Aunado a que en el título en comento todas las hipótesis son dirigidas “al qué”, “a quién”, es decir, a la esfera individual; pero cuando este aporte individual por sí mismo no es relevante-

mente comunicativo, ¿ya no estará atacando el centro del injusto?, entonces, ¿qué hacer cuando la concatenación de varios individuos sí ataca dicho injusto, y, sin embargo, no se integra una coautoría?

Esto da la pauta para comentar la limitante que presenta el artículo 13 del Código en cita, pues los “cabos sueltos” de los aportes individuales que se difuminan en una organización, si bien nos va, podrían imputarse conforme las fracciones VI, VII y VIII del artículo en comento, 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. Acto continuo, se transcribe el artículo 13 del Código en comento, a fin de analizar realmente en que fracción se puede circunscribir el actuar de cualquiera de los empleados de la organización dedicada a las inversiones (ejemplo *supra*), que simplemente “no leyó las nuevas reformas bancarias”, aun cuando su aporte en conjunto generó la pérdida patrimonial del cliente de la organización.

CAPÍTULO III

Personas responsables de los delitos

ARTÍCULO 13.- Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que los realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

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

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

Como se observa, lo más “adecuado” que nos brinda nuestra legislación es la, “peor es nada”, fracción VIII, con todo y la vergonzosa aceptación de no poder precisar el resultado que cada quien produjo. Esta situación puede ser cuestionable en cuanto a su legalidad, por un lado, y,

por otro, una puerta muy ancha para una defensa procesal, pues nos podemos enfrentar con la dificultad de determinar en terrenos de culpabilidad por el hecho, el ¿qué es lo que se le imputa al sujeto?, y, segundo, si en terrenos de la responsabilidad penal por organización seguimos atendiendo a la configuración del dolo con la acreditación del elemento *volitivo*, grandes problemas nos encontraremos cuando, frente a una conducta cargada de conocimiento y adecuación al curso causal, se tenga una buena defensa de “ausencia” de voluntad.

Por otro lado, la fracción III tampoco nos ofrece una solución viable, dado que refiere a una coautoría que se analiza bajo el lente de una dogmática *individualista*, y respecto de la cual se requiere intervención en la fase ejecutiva y un plan común (entre otros); a pesar que en el fondo estamos hablando que dicho injusto típico se configurará con la acción colectiva²³⁵ de sus intervinientes. Realidad que, como se ha comentado en capítulos anteriores, es insuficiente para incluir esos aportes en la figura de la coautoría, por lo que, gran cantidad de conductas relevantes para el resultado, pero que no cumplen con las exigencias de esta figura de autoría, simplemente quedan fuera de imputación penal.

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 suerte que sean también responsables: *aquellos que formando parte de una organización, hayan contribuido con sus aportes cuantitativos cargados de conocimiento o factibilidad de conocer, en la creación de un resultado o un riesgo para la colectividad.*

Esta relevancia que se da al *conocimiento* se sustenta aún más en la capacidad comunicativa de las circunstancias objetivas a que refiere el último párrafo del artículo 54 del Código Penal Federal, al considerar un aumento o disminución de la pena atento al conocimiento que se tenga respecto de dichas circunstancias objetivas que puedan rodear incluso a terceros; de donde podemos extraer la importancia de considerar un *injusto colectivo* con aportes meramente objetivos o cuantitativos, sustentados en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo o la indiferen-

²³⁵ Ruiz Antón, *cit.* por Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, nota 228, p. 517. Explicando la coautoría en el Código Penal 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”.

cia ante su conocimiento, y analizar las valoraciones subjetivas, 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 culpabilidad, no así para el resultado o riesgo generado en colectivo.

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.

Del artículo antes citado se desprende que el aumento o disminución de la pena se analizará en la culpabilidad, es ahí a donde debemos hacer llegar todos aquellos aportes cargados de conocimiento o factibilidad de conocer, pues son estos sujetos los que verdaderamente generan un riesgo para la colectividad, máxime, dada la invulnerabilidad con la que la ley protege sus conductas individuales. Pues en un hecho colectivo la responsabilidad es la misma: evitar lesiones y daños a bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

De lo anterior se desprende un análisis sobre las *excusas absolutorias*, dada la imposibilidad de considerar comunicabilidad entre valoraciones subjetivas, por lo que dichas *excusas* se valoran dentro de la culpabilidad; pues, atento a 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 pena. Por lo que en el caso de responsabilidad penal por organización, igualmente se dejará a salvo la facultad de que el juzgador otorgue o no dicho “beneficio” a aquel aporte que cumpla con los requisitos propios de la *excusa absoluta*, misma que presupone que el resultado generado con la conducta del autor, de alguna manera lleva ya inserta una pena en su esfera personal, por lo que, aun cuando exista merecimiento de pena a nivel de culpabilidad, no habrá necesidad de la imposición de la misma.

Retomando la trascendencia de las aportaciones individuales, y de la corresponsabilidad de éstas dentro de los resultados emanados en una organización, junto a la ya referida problemática de los *delitos cualificados propios*, así como a las lagunas que en aras de la responsabilidad penal

por organización presenta la actual teoría de la autoría y participación, consideramos que son legítimamente resueltas por el *injusto colectivo*, pues, más allá de que interese la cualidad del sujeto que interviene en la organización, para este tipo de *injusto* interesará su aporte cuantitativo, pudiendo así incluir incluso a los sujetos *no cualificados* requeridos en los delitos especiales. Y claro está, para el caso de que se cuente con la *cualificación* especial que pide el tipo, o con una calidad de *garante* determinada. Dichas particularidades se considerarán en la culpabilidad, toda vez que los *tipos penales especiales* tienen su razón de ser dada la confianza que se brinda a algunas personas para la realización de determinadas funciones, pero no por ello estos *delitos cualificados propios* deben presuponer una puerta abierta para aquellos que, aun cuando no tienen una calidad de sujeto específica, puedan ampararse en ello, por lo menos no en la responsabilidad penal por organización, donde el aporte objetivo de dicho sujeto es sumamente relevante para la sociedad, como para dejarlo impune.

La sistemática con que hoy se estudia el tema del *error* no tendría por que modificarse con el planteamiento del *injusto colectivo* y del dolo con puro elemento *cognitivo* que aquí he expuesto. Por su lado, el *error de tipo* en sí es el desconocimiento de los elementos objetivos del tipo, y en la propuesta de este trabajo, el dolo está constituido por el elemento *cognitivo*, de tal suerte que igualmente el error de tipo destruirá el dolo, generando la atipicidad de la conducta en caso de ser un error invencible, o bien un merecimiento de pena por culpa en caso de ser vencible. En lo que respecta 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 comportándose según sea invencible, eliminando la culpabilidad, y, en caso de ser vencible, atenuando la pena (reglas que están dadas en el artículo 66 del Código Penal Federal). De tal suerte que las figuras de participación aledañas a las conductas que cuenten con una causa de exclusión del delito previstas en el artículo 15 del Código Penal Federal seguirán tratándose como hasta ahora lo viene haciendo la dogmática penal.

3. *Compromiso de la dogmática jurídico-penal*

Sirvan los casos anteriormente citados como una somera visión de la trascendencia y dificultad que en la realidad genera la ausencia de una

visión colectiva de nuestro derecho, que ya no sólo se enfrentará, sino que se encuentra inmersa en una sociedad del riesgo, frente a la cual las soluciones individuales o individualistas con que cuenta la dogmática penal actual no resultan suficientes. Debemos considerar la necesidad de elementos jurídico-dogmáticos que resuelvan las conductas que se desarrollan dentro de un colectivo, pues, como se ha precisado, de no ser así, gran cantidad de conductas que generan un riesgo para la sociedad se seguirán difuminando en la complejidad de las organizaciones; lo cual, en definitiva, desencadena la impunidad ante la responsabilidad penal por organización.

Solamente bajo concepciones de verdadera responsabilidad es que podemos desarrollarnos en sociedad bajo los debidos niveles de confianza, en donde el derecho penal deberá contribuir como garante del restablecimiento de la norma que ha sido quebrantada, restituyendo así a la sociedad los niveles de confianza que se han vulnerado; asimismo, con base en una prevención general, se fijará una barrera de contención para conductas con *factibilidad* de lesión. Una prevención general dirigida a que cada uno de los individuos que participe dentro de una organización asuma el compromiso que conllevan sus aportes individuales, y que, en la medida que éstos sean desplegados con contenido *cognitivo* o factibilidad de *conocer*, serán parte de un *injusto colectivo*, mismo que facultará al derecho penal a reunir todas aquellas conductas que en forma *cuantitativa* hayan generado un aporte comunicativo a la producción del resultado (sea de lesión o de peligro).

Una forma de fijar límites o fronteras a nuestra obligación de previsión sería atender al respeto mismo de la norma y de la evitación de riesgos no permitidos, de tal suerte que requiera previsión solamente aquello que se encuentre regulado por ella, pues en definitiva será lo socialmente relevante; límites que no se encuentran sujetos a la voluntad de cada individuo, sino que por sí mismos implican una exigibilidad para toda conducta desplegada en sociedad. También se debe considerar que, dentro de los aspectos normativos, existen cursos causales atípicos que hacen imprevisible lo “aparentemente” objetivamente-previsible. De tal suerte que seguimos analizando el curso causal de todo factor respecto de la conducta humana, como de la psique y valoración interna de cada individuo en su interactuar social; lo que hace que el individuo sea responsable de sus propios parámetros de previsibilidad en cada una de las conduc-

tas; así, más que atender al elemento “previsibilidad”, podríamos atender al elemento “interés” por el cuidado y protección de los bienes jurídicos propios y de terceros. Esto, dentro de un nivel de conciencia y corresponsabilidad personal.

Los aportes individuales se vuelven cada vez más complejos, y la dogmática se debe adecuar a ellos, so pena de perecer por ineficaz. Tal como sostiene Sancinetti en la conclusión de su artículo donde cuestiona la *racionalidad del disvalor de resultado* en un concepto de ilícito, pues una vez que se abordan cuestiones dogmáticas de fondo y de suma discrepancia para ciertos barremos ya establecidos, resulta satisfactorio ver que precisamente a través de las discrepancias es que surgen las “buenas ideas”; así, dejando a un lado los análisis profundos, este autor concluye:

Sólo 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, sólo 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. Sólo así, comisión y omisión, tipicidad y justificación, tentativa y desistimiento, autoría y participación, pueden tener respuestas racionales, coherentes y justas.²³⁶

Será ahí, frente a la responsabilidad asumida por la dogmática ante las necesidades propias de un ente colectivo, que tendrán cierto sentido los conceptos de *injusto colectivo* aquí vertidos, pues las actuales concepciones individuales con que cuenta la dogmática jurídico-penal se presentan como insuficientes frente a todos aquellos aportes individuales cargados de comunicación suficientemente dolosa al actuar en conjunto con otros aportes cuantitativos igualmente riesgosos, y respecto de los cuales cada individuo deberá hacerse responsable. En tanto más compleja resulte la vida de una organización, más precisas y contundentes deben ser las “he-

²³⁶ Sancinetti, Marcelo A., “¿Porqué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional?”, *Revista de Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional*, Colombia, núm. 6, enero-marzo de 2004.

ramientas” dogmáticas con que delimitaremos la responsabilidad penal por organización.

Como país —estamos preparados para ello— simplemente debemos asumir el compromiso y fijar límites claros de responsabilidad penal, lo cual nos conducirá a la disminución de aportes indiferentes y negligentes, pues de no ser así el *coste* social que estamos pagando por ello se tornará insostenible.