

## CAPÍTULO SEGUNDO

### RESPONSABILIDAD POR ORGANIZACIÓN

En el capítulo anterior se tomaron como punto de partida las inquietantes contradicciones que rodean a los elementos del dolo (cognitivo y volitivo), ya que serán precisamente las conductas dolosas (con contenido puramente cognitivo como suficiente para la concreción del riesgo) las que revistan verdadera trascendencia en el presente estudio, bajo el entendido que el dolo es la decisión en favor del injusto;<sup>67</sup> situación que se torna más compleja cuando se aborda la responsabilidad penal por organización, misma que nos llevará a analizar las acciones colectivas, los bienes jurídicos colectivos e incluso los delitos colectivos.<sup>68</sup> Entendiendo que nos encontramos inmersos en actividades que van más allá de la responsabilidad individual y que nos lleva a reflexionar en el papel que desempeñamos dentro de la sociedad, así como los constantes riesgos en que vivimos inmersos, dada la complejidad de la misma; riesgos que sólo en la medida que cada individuo asuma su propia responsabilidad serán factibles de conservar dentro de los límites de la prevención general normativa, esto en la medida en que se logre una verdadera motivación por la norma.

<sup>67</sup> Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría a la imputación en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blach, 1995, p. 155. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por consiguiente, sólo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Éstos son los indicadores que se deducen de la *ratio* de la penalidad del dolo y se encuentran en tres niveles, los cuales derivan uno del otro: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión en favor de la acción peligrosa.

<sup>68</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, Bosch, 1981, p. 1005. Se llaman *delitos colectivos* aquellos tipos cuya realización requiere profesionalidad o habitualidad de la conducta, lo que confiere un elemento vinculante a los actos parciales.

Así como vamos cambiando en cuanto a la complejidad de la dinámica social, igualmente el derecho y la dogmática penal habrán de avanzar y responder a las nuevas necesidades; es por ello que en los últimos años se han realizado diversos estudios en torno a la responsabilidad penal de las empresas, la teoría del riesgo, delitos económicos, delitos empresariales, delitos de peligro (abstracto y concreto), propuestas de coautoría mediata, peligro, peligrosidad, entre otros. Sin dejar de lado a innumerables estudiosos del derecho que abordan dichos temas. Sin embargo, en aras de la dogmática, parece que seguimos abordando estas realidades con instrumentos atávicos y con un enfoque individual, que no resuelven satisfactoriamente estas problemáticas de trascendencia colectiva.

El problema se debe atender de vista a los “nuevos” delitos producto de organizaciones; tal como comentan Santiago Mir Piug y Diego Manuel Luzón Peña, para quienes la teoría del delito ha sido hasta ahora una teoría de la conducta individual, siquiera sea admitiendo la posibilidad de la conexión de varias conductas individuales. En todo caso no ha sido una teoría del comportamiento organizado. “Cuando un hecho tipificado por la ley penal tiene lugar en el marco de una organización empresarial se viene a plantear la necesidad de reconsiderar cuestiones como la de quién o quiénes son los verdaderos responsables de la actuación organizada que ha desembocado en el delito”.<sup>69</sup>

Hay que tener en claro que respecto de las acciones derivadas de una organización podemos analizar la responsabilidad de la persona jurídica (análisis que dejaré al margen en el presente estudio), de la cual, por ahora, solamente tendremos en cuenta las actividades propias de la organización que se analice en concreto.<sup>70</sup> Por otro lado, existe la responsabilidad de las personas físicas que actúan dentro de dicha organización, de quienes (en este supuesto) su conducta trasciende a su individualidad, ya que,

<sup>69</sup> Mir Piug, Santiago y Luzón Peña, Diego Manuel, *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 13.

<sup>70</sup> Jakobs, Günther, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Universidad Externado Colombia, 1994, p. 16. A cada uno compete, en virtud de su estatus general, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que en el contacto con una organización ajena la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido. Con otras palabras: todos tienen que asegurar su propia organización, de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido. ¿Qué significa este deber de aseguramiento?; en el caso concreto es algo que depende del respectivo estado de la organización.

en conjunto con las desplegadas por diversos individuos de la “organización”, se producirá un delito “colectivo” que va más allá de lo que hasta ahora nos proporciona la dogmática penal; realidades que van más allá de la coautoría, tal como se analizará más adelante. A este respecto, Jakobs comenta que: “quien (por comisión activa o por omisión) coopera en una omisión que se basa en una competencia de organización, interviene en un delito común, del mismo modo que en el caso de una participación en un delito de dominio realizado en comisión activa”.<sup>71</sup> De tal suerte que, una vez que el autor identifica el riesgo que genera con su conducta individual, y que ésta (independientemente de su fungibilidad) es “necesaria” para la producción de un riesgo a un bien jurídico colectivo, se debe a que, *ex ante* ha sido consciente de la peligrosidad que encierra su conducta, surgiendo la problemática de identificar en esa compleja gama de autores la responsabilidad real y el reproche individual que cada uno de ellos ha de merecer.

Indiscutiblemente, en la medida en que vamos adecuando la ciencia del derecho penal a la dinámica posindustrial, dicha dogmática se va enfrentando a un sinnúmero de dificultades y críticas, pues el derecho no es un molde que simplemente se adecua a la realidad actual, sino que habremos de entenderlo como un ente con vida, que requiere un proceso de inserción (la mayoría de las veces doloroso) a la dinámica humana, entendida ésta en su más realista complejidad.

Ya en 1999, Hassemer se planteaba algunos apuntamientos del derecho penal frente a las soluciones de los nuevos “problemas” sociales, al comentar que:

En este momento, el derecho penal, tanto en la teoría como en la praxis, está pasando de la formalización y la vinculación a los principios valorativos a una tecnología social, y paulatinamente se va convirtiendo en un instrumento político, sobre todo en ámbitos como el económico y financiero, medio ambiente, salud pública y seguridad del Estado, y en esta dirección ha dado ya importantes pasos:

En el *derecho penal material* las reformas actuales se caracterizan por:  
— el interés por “combatir” con toda celeridad y urgencia los “problemas” más ampliamente difundidos por los medios de comunicación y que por eso, son sentidos por la opinión pública como más amenazantes: cri-

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 41.

minalidad económica y financiera, delito ecológico, delincuencia informática, terrorismo, drogas, pornografía, exportación de mercancías peligrosas, etc.;

— la protección preferentemente de bienes jurídicamente universales tales como la salud pública o el medio ambiente, en lugar de los tradicionales bienes jurídicos individuales;

— el creciente empleo de los delitos de peligro abstracto que prescindan de presupuestos de la pena, tales como el resultado o la causalidad y permiten imponer una pena sólo con que el sujeto realice una determinada acción peligrosa, por ejemplo, presente una solicitud falseando los datos para conseguir una subvención pública;

— la eliminación de los diversos grados de la imputación jurídico-penal (tentativa-consumación; complicidad-autoría);

— un aumento sensible de las penas con evidentes finalidades preventivo-generales intimidatorias.<sup>72</sup>

Sin duda, los planteamientos y/o riesgos citados por Hassemer están tan vivos como hace seis años, pues sin dejar de lado la preocupación que nos produce la inseguridad diaria y latente de ser víctimas de delitos como robo, fraude, lesión producto de un choque, daño en nuestra casa, incluso de una violación o de una privación de la vida por arma de fuego (situaciones que por desgracia vamos incluyendo y “tolerando” en nuestro diario vivir); debemos tener en cuenta que todas ellas se reducen a la individualidad del actuar de un sujeto, y se dirigen igualmente a la lesión de un bien jurídico individual (sumamente importante, sin duda), y respecto de las cuales existe una tutela jurídica y una dogmática penal adecuada a la interpretación de dichas realidades. Sin dejar de lamentar la deficiente aplicación de nuestro derecho penal en la solución práctica de dichos conflictos, tema que requeriría de un análisis aparte, y, más aún, de una denuncia seria y comprometida respecto del problema de la corrupción y la falta de respeto hacia la dignidad humana de todo individuo. Compromiso que tendremos oportunidad de concretar.

Sin embargo, sin minimizar los bienes jurídicos individuales, diariamente todos y cada uno de nosotros vivimos un riesgo latente respecto de las actuaciones irresponsables de diversas organizaciones, riesgos que repercuten directamente en nuestra salud, vida, patrimonio, seguridad, etcétera. Ya que a diario tenemos que comer, transportarnos (sea en carro

<sup>72</sup> Hassemer, Winfried, *op. cit.*, nota 67, pp. 30 y 31.

propio o en transporte público), vestarnos, respirar, utilizar productos de limpieza, productos de aseo personal, acceder a sistemas electrónicos, invertir en propiedades, ir al médico, entre otras múltiples actividades cotidianas. Situaciones que rodean nuestro diario vivir, que no son aleatorias, ni dependen de un “individuo lejano a la sociedad”, por el contrario, que son inherentes a nuestro propio estilo de vida en sociedad, la cual se encuentra directamente relacionada con diversas acciones colectivas, pues las actividades antes mencionadas no dependen solamente de “mi persona”, sino que las realizamos gracias a las acciones emanadas principalmente por organizaciones, sea que éstas se dediquen a la elaboración y suministro de alimentos, textiles, vehículos, combustible, productos de limpieza, productos médicos, sistemas electrónicos, bienes raíces, etcétera, repercutiendo dichas labores directamente en el medio ambiente, salud, seguridad y economía nacional, por mencionar algunas.

Las acciones antes mencionadas son las que sí repercuten diariamente en nuestra vida, y de las cuales debemos concientizarnos y ocuparnos, principalmente en la medida en que generen un riesgo, ya no sólo para un sujeto, en su individualidad, sino para la colectividad en sí; aun cuando dicho riesgo solamente se llegara a materializar en un solo individuo, pues éste ya es sujeto pasivo de dicho bien jurídico colectivo. Dinámica que requiere elaborar nuevos instrumentos dogmáticos para la atribución de la responsabilidad penal.

## I. SOCIEDAD DEL RIESGO

Ante la dinámica de acciones y actividades del individuo cada vez más riesgosas, la ciencia del derecho penal se ha enfocando en la realización de diversos análisis sociológicos, como la concepción de Beck, quien refiere que la sociedad industrial está siendo sustituida por otro modelo, la “sociedad del riesgo”,<sup>73</sup> con lo cual deja de manifiesto que si

<sup>73</sup> Cerezo Mir, José, “Los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal 2001-2*, Argentina, 2001, p. 727. Sobre este tema, Alcácer Guirao, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, enero-diciembre de 2001, t. LVI, 2003, p. 149; quien comenta: “la más genérica discusión acerca del fenómeno expansivo del derecho penal surgido a raíz de las nuevas necesidades y demandas de seguridad propias de la llamada sociedad del riesgo”. *Cfr.* Paredes Castañón, José Manuel, “Sobre el concepto de derecho penal de riesgo”, *Revista*

bien debemos asumir los costes-beneficios<sup>74</sup> de la evolución misma del ser humano, también es indispensable determinar los límites de dichas actividades individuales, a fin de preservar (o lograr) el sano desarrollo del individuo en dicha sociedad. Por ello es que el derecho penal debe analizar tanto los preceptos legales, como la dogmática que se han venido utilizando para conductas individuales, y adecuar su sistema jurídico-dogmático a la actual realidad: la sociedad del riesgo.

Dentro de este tipo de sociedad surge la teoría del riesgo, desarrollada por Frish, la cual sustenta que: “quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta que convierte su conducta en prohibida y típica normalmente puede cumplir el mandato de la norma de no originar a sus semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprendido aún esa peligrosidad amenazante”.<sup>75</sup>

Citando a varios autores como Winter, Prittwitz, Jonas, Beck, Mendoza Buergo, W. Lübbe, Silva Sánchez (principalmente), el jurista Alcácer Guiaro comenta:

*Derecho Penal Contemporáneo*, Colombia, núm. 4, julio-septiembre de 2003; quien sostiene: Beck ha destacado que la clave parece ser la extraordinaria dificultad para prever y para controlar la magnitud del riesgo; la magnitud, en todas sus facetas, tanto cualitativas como cuantitativas: es decir, para determinar cuántos riesgos (esto es, daños probables), directos o indirectos, pueden derivarse, pero también para determinar el *quantum* de cada uno de dichos riesgos (la probabilidad de cada daño). La incertidumbre, inherente a toda acción humana, aumenta hasta niveles próximos a la ignorancia cuando la acción en cuestión tiene lugar a través de medios tecnológicos, que tienden a multiplicar de modo exponencial las consecuencias de la acción: no sólo intensificando su efecto (un producto químico es más mortal que un disparo o una cuchillada), sino diversificándolo (el producto químico, además de atacar a la vida humana, puede atacar también a su salud, al sentimiento de seguridad colectiva, al medio ambiente, a la vida de los animales, a la ordenación del territorio, etcétera). Y dicha incertidumbre, dicha ignorancia, se revelan tanto en el plano cognoscitivo (previsibilidad) como en el práctico (controlabilidad).

<sup>74</sup> Frisch, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa”, en Mir Piug y Luzón Peña, *op. cit.*, nota 69, p. 119. Comenta: las consideraciones acerca de la relación coste/beneficio suelen ser esenciales: la renuncia a un control más perfecto será tanto más admisible cuanto menos utilidad adicional y más costes adicionales conlleve. Y por ello, no sólo en virtud de argumentos acerca de la exigibilidad para la empresa. La implantación de medidas adicionales de control exige una financiación, y la misma se obtiene habitualmente de la comunidad o de los clientes.

<sup>75</sup> Frisch, Wolfgang. *cit.* por Domínguez López, *op. cit.*

La sociedad del riesgo ha generado un fundamental cambio de la representación social sobre el progreso tecnológico: mientras que en sus comienzos la tecnología iba dirigida a disminuir, evitar o reparar riesgos emanados de la naturaleza, en la actualidad se ha convertido en la mayor fuente de riesgos, riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaz de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras. El obrar humano adquiere con ello un alcance causal sin precedentes, orientado a un futuro todavía incierto, pero de tintes catastróficos. Ello lleva a otro aspecto central de la sociedad del riesgo: *la tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad*. En la sociedad del riesgo el reino del azar o el infortunio cede espacios a la culpabilidad, como una necesidad para la estabilidad social: a mayor sensación de inseguridad, mayor exigencia de individualizar responsables, para con ello encontrar una explicación al daño y una satisfacción al reproche.

Ello, en consecuencia, llevará al establecimiento de *una nueva orientación en las estructuras de atribución de la responsabilidad*, desde la que se otorgará prioridad al poder causal de destrucción sobre la capacidad de previsión del agente en su obrar, tal y como de forma paradigmática se muestra en la “ética orientada al futuro” propuesto por Hans Jonas en su obra “*El principio de la responsabilidad*”. A juicio de este autor, es preciso desarrollar una conciencia de *solidaridad* hacia las generaciones futuras, para lo que sólo esa ampliación de la responsabilidad puede venir a modificar nuestra indiferencia moral hacia las mismas.

El carácter global de esos nuevos intereses de protección, así como la perspectiva colectiva o sistémica desde la que se enfoca el poder de destrucción de la acción humana, nos enfrenta, además, a un nuevo actor protagonista: no es tanto el agente individual quien tiene ese potencial destructor, sino antes el “actor colectivo”, configurándose como tal incluso la sociedad en su conjunto. Ello conlleva la asunción de una *responsabilidad colectiva o vicaria*, desde la cual la imputación de responsabilidad por esos grandes riesgos globales habrá de reconducirse a acciones mínimas, dado que esos riesgos se originan a partir de una *acumulación* de actos individuales que, siendo en sí inocuos, podrían llevar, si *todos los hiciéramos*, a la destrucción futura del planeta o, por poner un ejemplo menos drástico, y más factible a corto plazo, a la destrucción irreparable de los bosques húmedos del trópico.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Alcácer Guirao, Rafael, op. cit., nota 73, pp. 150 y 151. Cfr. Frisch, *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa*,

Sin duda, aun cuando la temática de la sociedad del riesgo no es algo nuevo, no debemos dejar de lado que aún quedan muchas problemáticas por resolver e incluso por identificarse. Por ello, a la fecha son múltiples los autores que abordan el tema; realidad que actualmente se encuentra inmersa en discusiones vívidas dentro del área de la dogmática penal, pues hay varios supuestos de actuaciones individuales, que concatenadas a otras, y dentro de una organización, gestan conductas típicas, sin embargo, bajo las pautas de autoría y participación con que actualmente cuenta la dogmática, estas conductas quedan fuera de la imputación penal, y con ello, ante una completa impunidad, toda vez que, como comenta Hilgendorf: los nuevos riesgos no son imputables con las reglas vigentes de causalidad, culpabilidad y responsabilidad.<sup>77</sup>

Ante estas actuaciones de varios individuos, Kindhäuser considera que el fenómeno de la “criminalidad de masas” determina que el “otro” se muestre muchas veces precisamente, ante todo, como un riesgo.<sup>78</sup> Lo cual viene a matizar aún más las realidades de la sociedad del riesgo en

*op. cit.*, p. 115. Lo correcto es afirmar que una conducta cuya función es la de hacer posible la utilización del producto durante cierto tiempo se vuelve inadmisibile desde el momento en que es reconocida como cognosciblemente peligrosa (al menos para aquellos usuarios que no estén advertidos).

<sup>77</sup> Hilgendorf, *cit.* por Alcácer Guirao, *ibidem*, p. 154. *Cfr.* Hassemer, *op. cit.*, nota 67, pp. 30-38, 46. Comenta que el sector doctrinal llamado “Escuela de Frankfurt” sostiene que la pretensión de regular con el derecho penal procesos sistémicos y macrosociales, le haría perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos y en el abandono de su cometido básico de la protección de esferas personales de libertad. *Cfr.* Schünemann, *cit.* por Alcácer Guirao, *ibidem*, p. 155; se defiende la postura de la “Escuela de Frankfurt”, manifestando que “no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio tecnológico”, viniendo a dar prioridad a “la más absurda apetencia del individuo egoísta” frente “a las condiciones de vida de las generaciones futuras”. “La teoría personal del bien jurídico... ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del derecho penal al despilfarro de los recursos de las generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo”. Preguntándose este estudioso del derecho: “¿en qué ámbito podría ser más imprescindible el acto de legítima defensa de la sociedad que en última instancia es el derecho penal que para el aseguramiento de las bases de la supervivencia de la humanidad?”.

<sup>78</sup> Kindhäuser, *cit.*, por Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 31. *Cfr.* Ortega y Gasset, *ibidem*, p. 62. El hombre-masa carece simplemente de moral, que es siempre, por esencia, sentimiento de sumisión a algo, conciencia de servicio y obligación.

que vivimos, máxime si las conductas desplegadas por cada uno de los participantes “en masa” no toman responsabilidad (penal) de sus aportes individuales.

Las labores propias de la tecnología y de una sociedad posindustrial generan riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, entre otras), que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, biología, genética, energía nuclear, informática, comunicaciones, y otras tantas. Pero también porque “la sociedad tecnológica, crecientemente competitiva, desplaza a la marginalidad a no pocos individuos, que inmediatamente son percibidos por los demás como fuente de riesgos personales y patrimoniales”.<sup>79</sup> Situación que por consecuencia genera la necesidad de fijar los límites de participación de cada individuo dentro de dicho entramado tecnológico, a fin de preservar los niveles de riesgo individuales dentro de los niveles de confianza social; lo cual implica controlar el nivel de inseguridad en que vivimos, así como el miedo que esta inseguridad acarrea en el diario vivir.

Por otro lado, la expansión del derecho penal obedece, al menos en parte, a la aparición de nuevos bienes jurídicos gestados de la propia evolución en la experiencia sustentada por los baremos jurídicos existentes; realidad que da la pauta a la necesidad y, por ende, legitimación de un derecho penal, motivo por el cual, como comenta Silva Sánchez, la doctrina se ha ocupado de los bienes colectivos, intereses difusos, que ponen de relieve la creciente dependencia del ser humano de realidades externas al mismo.<sup>80</sup> Situación que, más allá de las necesidades actuales, genera riesgos en los niveles de confianza y en la planeación de delitos; respecto de los cuales, dada su complejidad organizacional, resulta casi imposibles concretar una imputación penal individual.

<sup>79</sup> *Ibidem*, pp. 27 y 28. Al respecto comentan Hassemmer, Wilfried y Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 42. Muchos de los peligros de ayer apenas asustan hoy y, si embargo, hoy hay riesgos apenas controlables. Las personas viven bajo la sensación de mayores y difusas amenazas. Las sociedades complejas se organizan a través de instituciones, cuya existencia es importante para las personas y, por tanto, debe ser protegida. Esta protección tiene como objeto directo los bienes jurídicos universales, no los individuales.

<sup>80</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, nota 78, pp. 25 y 26.

Cada una de las aportaciones individuales en la esfera de organización debe observar ciertas competencias de organización e institucionales, que derivan del rol general y de roles especiales respectivamente. Diferencia que aborda García Cavero al comentar que:

El rol general parte de la idea de ciudadano como un congénere igual que puede desarrollarse libremente y organizar como desee su esfera individual. No obstante, esta libertad de organización tiene una faceta negativa que le obliga a impedir que su esfera de organización genere riesgos para las esferas individuales de terceras personas. Las competencias de organización son expresión de esta faceta negativa del rol de ciudadano. Pero, las competencias de organización no son el único criterio de ordenación de los contactos sociales, sino que existen competencias institucionales provenientes de los roles especiales. El desarrollo individual no sólo se realiza dentro de la propia esfera de organización, sino que depende en gran medida de ciertas vinculaciones institucionales. En este caso, el rol especial no se traduce en un mandato general de no dañar, sino en un mandato particularizado que obliga concretamente a determinados sujetos. El derecho penal cumple su función en la sociedad moderna observando las particularidades de cada rol.<sup>81</sup>

## II. DELITOS DE PELIGRO

Para entender la realidad y trascendencia de este tipo de delitos, partiremos de la concepción de peligro expuesta por Von Kries, quien lo define como “«la posibilidad objetiva de un resultado lesivo», que presupone el conocimiento de las conexiones causales generales. Podría denominarse peligroso un estado de cosas concebido en general, que representa una elevada probabilidad de producción de un resultado lesivo”.<sup>82</sup> Se parte pues, del supuesto en que el sujeto tenga el conocimiento (del hombre medio o ciudadano común) de que con su actuar u omitir generará un riesgo para un bien jurídico determinado, y a pesar de ello despliega su

<sup>81</sup> García Cavero, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 36 y 37. En igual sentido señala Prittwitz, citado por Silva Sánchez, *ibidem*, p. 57; “no es sólo que en la sociedad del riesgo se incrementen los riesgos, sino que lo que varía sobre todo es el conocimiento y la «percepción» de dichos riesgos”.

<sup>82</sup> Kries, *cit.* por Rodríguez Montañez, *op. cit.*, nota 27, p. 25.

conducta; ¿estaremos en capacidad de imputarle a este sujeto la producción de dicho riesgo, si con ello está vulnerando la seguridad de la colectividad? ¿o requerimos, necesariamente, la concreción de la lesión?

Es con base en los nuevos peligros reales, a la actual complejidad de las conductas cotidianas, así como al incremento de tecnología y actividades empresariales, que se ha gestado la necesidad de ir más allá de los conocidos “delitos de lesión”, así como de la solución que hasta ahora ofrece la figura de la tentativa, que si bien presupone un cierto “adelantamiento” a la lesión de bienes jurídicos (por haberse generado ya la puesta en peligro de los mismos), requiere que la conducta a valorar sea dolosa (pues la dogmática no admite tentativa imprudente), y demostrar el inicio de la fase externa del *iter criminis* (camino del delito). Son estos motivos, entre otros, por los que la figura de la tentativa no ha sido suficiente para tutelar los bienes jurídicos colectivos.<sup>83</sup> Así, el legislador se ha visto en la necesidad de crear lo que algunos llaman “doble adelantamiento de la línea de defensa del derecho penal”, es decir, los delitos de peligro, mismos que configuran (la mayoría de los casos) la parte objetiva del tipo, precisamente con la “puesta en peligro” del bien jurídico; la cual interesará al derecho penal siempre y cuando se hayan sobrepasado los límites del riesgo permitido, entendiendo que habrá conductas que aun cuando sean riesgosas serán permitidas por la sociedad, atento a la necesidad de interactuar dentro de ésta, incluso con los riesgos que ello implica, los cuales deberán gestarse dentro de un equilibrio de costes-beneficios.

Probablemente Lackner no hubiera podido siquiera imaginar, cuando en 1967 escribía que los delitos de peligro se habían extendido como una “mancha de aceite”, convirtiéndose en el “hijo predilecto” del legislador.<sup>84</sup> Y, como en toda evolución de nuestro derecho, el tema de los delitos abstractos no está exento de las más férreas críticas, atento a la propia “naturaleza «fugaz» del peligro”,<sup>85</sup> situación que a nuestro juicio no resta gravedad a la inseguridad que de *facto* dichas conductas “peligrosas” ge-

<sup>83</sup> Kindhäuser, *cit.* por Feijóo Sánchez, Bernardo, “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, *Revista de Juris*, Brasil, junio de 2000, p. 296. Lo que protegerían los delitos de peligro es la posibilidad de disponer de forma segura de bienes suponiendo estos delitos una perturbación de las condiciones normativamente garantizadas de disposición segura de bienes.

<sup>84</sup> Rodríguez Montañez, Teresa, *op. cit.*, nota 27, p. 3.

<sup>85</sup> Schünemann, *cit.* en *ibidem*, p. 21.

neran. Por lo que debemos tener en cuenta que un peligro concreto, por “fugaz” que pueda parecer su concepto, encierra una verdadera capacidad de lesión a bienes jurídicos.

Para entender la importancia y trascendencia que reviste el concepto “peligro”, dentro de la reciente dogmática penal, hemos de analizar su contenido empezando por diferenciar peligrosidad de peligro; toda vez que la peligrosidad refiere a una valoración *ex ante* (en el momento mismo de actuar), de tal suerte que se enjuicia dentro del desvalor de acción, ya que el sujeto hasta ese momento no ha asumido una lesión concreta, sino que más bien ha asumido el riesgo de poner en peligro determinado bien jurídico. Por el contrario, el peligro surge de una valoración *ex post*, y respecto de la cual se enjuicia el desvalor de resultado, esto es, una vez que se ha concretado la conducta disvaliosa. De tal suerte que la concreción de peligrosidad y peligro nos permitirán valorar si se ha configurado el injusto penal; valoración que dependerá de la apreciación subjetiva del juez. Al respecto, para Finger Frank, el juicio sobre la peligrosidad o no de una acción es siempre un juicio medio, realizado *ex ante* (referido al momento de la acción), conforme al cual una acción es peligrosa, cuando *no podemos reconocer los motivos por los que finalmente (ex post) no se produce el resultado lesivo*.<sup>86</sup> Ante esta concepción de peligrosidad y peligro se puede decir que bajo un análisis *ex post*, siempre será factible encontrar las explicaciones objetivas (o “justificaciones”) que impidieron la producción del resultado lesivo; sin embargo, para los delitos de peligro bastará solamente la puesta en peligro, teniendo el juzgador la capacidad de analizar *ex ante* la peligrosidad de la conducta del sujeto, toda vez que la conducta peligrosa en sí misma habrá hecho nacer un delito de peligro.

Por su lado, Sola Reche considera que el peligro se divide en dos momentos: *pronóstico*, cuando la valoración se hace *ex ante*, y *diagnóstico*,

<sup>86</sup> Finger, Frank, *cit. ibidem*, p. 24. Agrega este autor que el peligro, es por tanto, un juicio sobre hechos trascendentes basado en una cierta situación del mundo típicamente reconocida conforme al a experiencia, que nos enseña que en ciertas situaciones resulta fácil la producción de lesiones a bienes jurídicos. Y cada nuevo juicio ligado a situaciones similares es una conclusión generalizadora por analogía. Pero, puesto que ese juicio se funda en un conocimiento parcial e inexacto del mundo o de sus leyes, constituye algo subjetivo, un acto emocional, dependiente de la medida del saber ontológico y nomológico, aunque con pretensiones de validez general y con una fuerte influencia de la subjetividad del juzgador.

cuando la valoración se hace *ex post*. Ambos juicios dependerán del momento mismo en que se realicen, así, si lo realizamos *ex ante* (es decir, en el momento mismo en que se está realizando la conducta a enjuiciar) se habla de un juicio de *pronóstico*. Y el momento en que se realiza el juicio de *diagnóstico* o “juicio de prognosis posterior”, como lo llamo Von Liszt, será cuando el hombre medio se coloca en el momento posterior a la realización, siendo ésta una valoración *ex post* (posterior a la realización de la conducta pero con el conocimiento de todas las circunstancias que rodean al hecho).

Para estar en capacidad de hacer el análisis de “peligro” se deben considerar los conocimientos que tenga el sujeto, así como de la naturaleza del hecho mismo. Es ahí donde, para nosotros, radica la verdadera importancia del “peligro” generado por el autor, el cual se ha planteado, *ex ante*, la probabilidad de lesión de un bien jurídico, bastando, que su acción se dirija precisamente a la producción de dicho peligro. En este sentido se manifiesta Kindhäuser (considerado como colectivista), para quien “los delitos de peligro tienen un contenido de injusto propio, constituido por la genuina dañosidad del peligro: la pérdida de la seguridad de lesión contra ese específico bien jurídico”.<sup>87</sup> Al análisis de lo expuesto por este autor sobresale que no considere que los delitos de peligro presupongan un simple “adelantamiento” a la lesión; sino que el peligro o amenaza al bien jurídico por sí mismo ya genera la concreción del tipo, por lo cual presuponen la lesión misma.

Además, el juicio sobre ese peligro depende sobre todo de la concepción que se mantenga sobre el injusto. “Una concepción excesivamente subjetivada del *injusto penal* sólo tendrá en cuenta la perspectiva *ex ante* (prognosis), mientras una concepción más objetiva y objetivo-subjetiva analizará sin problemas desde una perspectiva *ex post* la situación de peligro o de daño potencial (diagnóstico)”.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Rodríguez Montañez, Teresa, *op. cit.*, nota 27, p. 9.

<sup>88</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, nota 83, pp. 312 y 313. En su opinión, para imputar objetivamente un resultado lesivo es preciso realizar un juicio *ex post*, también es preciso para imputar un resultado de peligro realizar un juicio *ex post*. El juicio objetivo *ex ante* sólo sirve para enjuiciar la peligrosidad genérica del hecho desde una perspectiva razonable (hombre medio-razonable y sensato). Puede que *ex ante* la situación fuera extremadamente peligrosa, pero *ex post* se constate que no se haya materializado esa peli-

Una vez abordada la importancia de tutelar las conductas peligrosas se analizará la división que respecto de las mismas hace la dogmática; misma que, en términos generales, consta de delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, aun cuando hay quienes también incluyen una tercera división, considerando la existencia de delitos de peligro abstracto-concreto. Aunado a ello hay quienes consideran que los delitos de peligro, sujetos a la interpretación de la dogmática penal, se podrían calificar simplemente como delitos imprudentes o como dolo eventual; tal es el caso de Schmidhäuser, quien distingue entre peligro abstracto y concreto cuando sostiene que:

el autor es consciente del peligro *abstracto* cuando piensa, al actuar, en la posibilidad de una producción del resultado típico, pero —por los motivos que sean— niega que su comportamiento concreto vaya a llevar a ese resultado; en tal caso, si el sujeto causa el resultado, hay sólo imprudencia. Existe dolo eventual, en cambio, cuando el autor actúa consciente de la posibilidad *concreta* de una producción del resultado, cuando piensa que su acción puede producir el resultado, cuando al comportarse es consciente del peligro concreto para el bien jurídico en cuestión.

Mientras que para Gimbernat lo que caracteriza la imprudencia consciente es “el conocimiento del peligro abstracto y el “desconocimiento de la peligrosidad concreta”.<sup>89</sup> Postura de la que diferimos, pues precisamente el riesgo en ambos casos ha partido de la base del elemento cognitivo del dolo, de tal suerte que ha incrementado de manera consciente el riesgo, por lo que imputarle una mera imprudencia al conocimiento del peligro abstracto sería tanto como pretender que una defensa tan absurda como el: “disculpe, no era mi intención” sea suficiente para argumentar una imprudencia. Y por si esto fuera poco, como ya ha quedado asentado en el primer capítulo, si dicha imprudencia no estuviera considerada en el *numerus clausus*, simplemente no habría punibilidad alguna que valorar para dicha conducta “imprudente”.

grosidad en el caso concreto por circunstancias *ex ante* desconocidas para cualquiera. En este caso no estará consumado el delito de peligro concreto y sólo se podrá acudir a un delito de peligro abstracto si éste existe.

<sup>89</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *op. cit.*, nota 19, pp. 182 y 183.

Más bien, el peligro aparece como una cualidad inherente a la acción, se trata de una acción peligrosa. Resultando importante el punto de vista de Cerezo Mir, cuando sostiene que:

Para que pueda hablarse de un *resultado* de peligro es preciso que un bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión aparezca en ese momento como no absolutamente improbable. El resultado de peligro ha de aparecer como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto y ha de estar, además, comprendido por el fin de protección de la norma, es decir, el resultado de peligro ha de aparecer como realización de la conducta prohibida por la norma. El concepto de peligro es siempre un concepto normativo. Lo es en la medida en que se tienen en cuenta en el juicio de peligro las circunstancias del caso concreto *cognoscibles* por una persona inteligente (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales.<sup>90</sup>

Dada la importancia que para el tema en estudio revisten los delitos de peligro, a continuación se precisará la clasificación reconocida por la dogmática, a fin de ubicarnos en el tipo de conductas que si bien no son de lesión ponen en constante inseguridad y temor al individuo que vive en el actual tipo de sociedad (sociedad del riesgo); conductas respecto de las cuales tenemos que tomar mayor conciencia y estudio comprometido con la ciencia del derecho penal y con la humanidad misma.

### 1. *Delitos de peligro abstracto*

Respecto a los nuevos riesgos a los que se enfrenta el derecho penal, ha sido la Escuela de Frankfurt, encabezada por Hassemer, la que ha denunciado con mayor energía esta evolución. Rasgos esenciales de dicha escuela serían la protección en medida creciente de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales, de contornos imprecisos (la salud pública, el medio ambiente, el sistema de crédito, las subvenciones en el derecho

<sup>90</sup> Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 73, pp. 721-725. Además, la determinación del grado de posibilidad, desde el punto de vista *ex ante*, de la producción del resultado delictivo, necesaria para la apreciación de la peligrosidad de la acción, o de la producción de un resultado de peligro, sólo puede realizarse mediante un juicio de valor, en estrecha relación con la concepción de lo injusto que inspire el Código y consideraciones político-criminales.

penal económico, etcétera), así como la proliferación de los delitos de peligro abstracto.<sup>91</sup> En donde los delitos de peligro abstracto no requieren de una víctima en concreto, sino de víctimas difuminadas, pero al fin de cuentas la víctima siempre será un individuo o varios individuos, los cuales en definitiva soportarán dichos riesgos.

Para Rodríguez Montañez en estos delitos se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto” en su peligrosidad típica, sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido.<sup>92</sup> Similar postura sostiene Cerezo Mir, para quien:

en estos delitos nos detenemos en la mera *peligrosidad*, debiendo tener en cuenta que el peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido. De tal suerte que se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico.<sup>93</sup>

Desprendiéndose de ambos criterios que es el *desvalor de acción* lo verdaderamente relevante para la configuración del injusto. Con base en lo cual, a nuestro juicio, bastará que el autor se determine por un aporte objetivo, es decir, cargado de conocimiento o factibilidad de conocer, para que sea suficientemente disvalioso. Sin dejar de considerar el desvalor de resultado, pero tal como sostiene la postura dualista moderada, sólo para considerar si se agrava o no el injusto.

Para Luzón Peña, en los delitos de peligro abstracto, basta con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima, ya que la peligrosidad del bien jurídico por sí misma vulnera la tranquilidad y seguridad social.

Por su parte, Cerezo Mir considera que:

en los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito

<sup>91</sup> *Ibidem*, pp. 727 y 728.

<sup>92</sup> Rodríguez Montañez, Teresa, *op. cit.*, nota 27, p. 14.

<sup>93</sup> Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 73, p. 719.

queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido.<sup>94</sup>

Ciertos bienes jurídicos colectivos no suelen ser lesionados con una acción aislada, sino con la sola reiteración de un tipo de conductas (conducta acumulativa). Por lo que para Feijóo,

el injusto no puede ser materialmente definido como de lesión o de peligro concreto sino sólo de peligro abstracto o estadístico. Lo decisivo no es el carácter potencialmente lesivo de la conducta individual, sino que el bien jurídico sólo se ve afectado si existe una reiteración de conductas similares por parte del mismo o, principalmente, por parte de otras personas.<sup>95</sup>

Una problemática comúnmente abordada respecto los delitos de peligro abstracto es la legitimidad de los mismos,

toda vez que dada su no necesidad de concreción en una lesión, queda a juicio del legislador la valoración *ex ante* y *ex post* de la conducta para considerar a ésta como peligrosa o no, pudiendo contemplar conductas —debido a la abstracción de la descripción típica que carece de referencia a los bienes jurídicos individuales— que no supongan materialmente un injusto penal en el caso concreto”.<sup>96</sup> Cuestionamiento que surge principalmente en torno al injusto material, con base en el caso concreto del peligro al bien jurídico; sin embargo, a nuestro juicio, la cuestión de legalidad queda cubierta con la descripción que hace el legislador de la acción prohibida, y una vez concretada ésta surge el peligro mismo.

Como señala Schünemann:

desde el punto de vista del principio de legalidad los delitos de peligro abstracto son más satisfactorios que los delitos imprudentes de resultado, en que la conducta prohibida no está descrita en el tipo y es el juez el que

<sup>94</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, nota 83, p. 300.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 303 y 304.

<sup>96</sup> *Ibidem*, pp. 304, 307. Desde un punto de vista material, de los delitos de peligro abstracto no se deriva un deber de cuidado con bienes jurídicos individuales sino el deber directo e inmediato de evitar determinados comportamientos que el legislador (por su peligrosidad estadística) ha definido como hechos típicos.

generalmente tiene que fijar *a posteriori*, al determinar cuál era el cuidado objetivamente debido.<sup>97</sup>

Al respecto, Hassemer sostiene que:

los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada.<sup>98</sup>

Las posturas antes citadas nos ayudan a rescatar la problemática de legitimidad que algunos críticos han cuestionado, toda vez que la valoración de las conductas peligrosas cuentan con suficientes elementos objetivos para su análisis.

En los delitos de peligro abstracto se concreta la conducta típica cuando el autor abarca con su dolo los elementos típicos. En ese momento infringe la norma de conducta y legitima la reacción del derecho penal; pues todo ciudadano debe atender a la vigencia de la misma. Al respecto, Feijóo considera que:

No existe un requisito normativo adicional de cuidado con respecto a una eventual lesión. Los delitos de peligro abstracto no se deben entender como delitos imprudentes de resultado cortado. La denominada peligrosidad *ex ante* de los delitos de peligro abstracto no es más que la realización dolosa de los elementos recogidos en el tipo... La relación de los delitos de peligro con el delito imprudente de resultado no es “normativa” desde un

<sup>97</sup> Schünemann, citado por Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 73, pp. 736 y 737; quien al respecto agrega: las dudas acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto se han planteado también precisamente en el plano de lo injusto, desde el momento en que puede faltar en el caso concreto el peligro del bien jurídico, se cuestiona su contenido de injusto material. No se considera suficiente para fundamentarlo con que la acción lleve consigo *generalmente* el peligro del bien jurídico. Se trataría de una presunción *iuris et de iure*, irrefutable, de la existencia del peligro... El contenido material de lo injusto en los delitos de peligro abstracto se cifra en el desvalor de la acción. En la configuración de los tipos se mantiene la referencia a los bienes jurídicos. Se castigan ciertas conductas porque generalmente ponen en peligro el bien jurídico. Se mantiene, pues, una conexión, aunque de menor entidad, con el principio de lesividad.

<sup>98</sup> Hassemer, Winfried, *op. cit.*, nota 67, p. 55.

punto de vista dogmático sino “funcional” desde un punto de vista político-criminal... los problemas de legitimidad de los delitos de peligro abstracto no se pueden resolver de *lege data* sino sólo de *lege ferenda*.<sup>99</sup>

La postura recién referida implica que el peligro, por sí mismo, vulnera la norma, independientemente de la concreción de un resultado de lesión; ya se observa que incluso la peligrosidad es un presupuesto normativo relevante para la sociedad.

## 2. Delitos de peligro concreto

En el ámbito de los delitos de peligro concreto, como se sabe, el tipo penal exige la concreta puesta en peligro del bien jurídico: el peligro concreto es el resultado típico.<sup>100</sup> Aquí requerimos de un peligro real. Los delitos de peligro concreto plantean menos problemas de legitimidad que los delitos de peligro abstracto, de ahí que Feijóo estime que: “cuanto más concreta la peligrosidad para bienes jurídicos individuales mayor legitimidad alcanza la imposición de la pena. Precisamente el dato que suele diferenciar en este ámbito el injusto administrativo del injusto penal es la mayor capacidad lesiva de la conducta con respecto a bienes jurídicos individuales”.<sup>101</sup>

Ahora bien, para Kindhäuser, la puesta en peligro concreto significa causar una

situación en la que el bien jurídico deja de estar en condiciones de ser defendido o protegido certeramente frente a la lesión con los medios del ámbito organizativo al que pertenece. La genuina dañosidad de la puesta en peligro concreto radica en la aguda desprotección del bien, en la dependencia de su integridad de influencias heterónomas.<sup>102</sup>

<sup>99</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, nota 83, p. 308.

<sup>100</sup> Rodríguez Montañez, Teresa, *op. cit.*, nota 27, p. 14.

<sup>101</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, nota 83, p. 29. En los delitos de peligro abstracto se le otorga más peso a la perspectiva colectiva y en los delitos de peligro concreto a la perspectiva individual, representando en este caso un individuo o individuos concretos al colectivo amenazado. La persona puesta en peligro en el caso concreto debe ser un representante de la colectividad.

<sup>102</sup> Rodríguez Montañez, Teresa, *op. cit.*, nota 27, p. 37.

Por su parte, Luzón Peña aclara que los delitos de peligro concreto requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico (que estuvo próximo o a punto de lesionarse).

Para Cerezo Mir se habla de delitos de peligro concreto cuanto el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo; de modo que el delito queda sólo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico.<sup>103</sup>

### 3. *Delitos de peligro abstracto-concreto*

La concepción de los delitos de peligro abstracto-concreto nace con la tesis propuesta por Schröder, como una tercera categoría, quien la considera como:

Una especie de tipos mixtos en los que se combinan elementos de peligro concreto y abstracto. En los delitos de peligro concreto el peligro es un elemento del tipo, que ha de ser constatado por el juez en el caso concreto teniendo en cuenta todas las concretas circunstancias del mismo; en los de peligro abstracto, los indicios de peligrosidad son determinados por la ley, pero existe una categoría intermedia, con elementos de unos y otros: se trata de delitos en los que atañe al juez (y no al legislador) la constatación del peligro, lo que los aproxima a los delitos de peligro concreto, pero el juez no ha de considerar todas las circunstancias del caso concreto y constatar la peligrosidad en ese caso, sino que ha de calificar la acción como peligrosa abstrayéndose de las circunstancias del caso concreto (nota propia del peligro abstracto). Esa “auténtica combinación de elementos concretos y abstractos sólo se da cuando el legislador, ante la imposibilidad de determinar por sí mismo de forma concluyente los presupuestos del peligro, traslada la decisión al juez, pero de la interpretación del tipo resulta que esa decisión no ha de producirse conforme a la concreta situación, sino como medida general. Esto es especialmente válido donde la aptitud para la producción de un resultado lesivo es elemento del tipo, sin que se establezca una caracterización más precisa del ataque contra bienes jurídicos individuales”. Ejemplo de esta clase de delitos serían aquellos delitos

<sup>103</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, nota 83, p. 300.

contra la salud pública en los que la ley prohíbe fabricar alimentos “que sean aptos para dañar la salud humana.”<sup>104</sup>

A la anterior postura sostenida por Schröder responde en desacuerdo Gallas, quien manifiesta:

es una exigencia expresa de la “peligrosidad general” de la acción, no del peligro concreto para un determinado bien jurídico como resultado típico. Es la peligrosidad como desvalor de la acción, constatable *ex ante*, propia de los delitos de peligro abstracto, y diferente de la producción de un resultado de puesta en peligro para un concreto bien jurídico, que es lo que caracteriza a los delitos de peligro concreto.<sup>105</sup>

De tal suerte que la mayoría de la doctrina no reconoce los delitos de peligro abstracto-concreto; atendiendo a que, realmente, en la valoración que se hace *ex ante* de la conducta, y por más que quiera ser concretada por el juez en un momento de valoración posterior, éste versará simplemente sobre el nivel de peligrosidad de la conducta, por lo que en definitiva estamos hablando de delitos de peligro abstracto.

### III. IMPACTO SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR ORGANIZACIÓN

Partiendo de la base que toda organización se consolida previa selección de sus integrantes y posteriormente se les ubica atento a diversos órdenes jerárquicos y con base en un organigrama propio, conforme al cual se vincularán cada uno de los individuos y por tanto serán responsables de su propia función. Por lo que, “mediante la distinción de miembros y no miembros, los sistemas de organización marcan sus fronteras y, en consecuencia, su modo de reproducción: sólo se reconocen como propias las comunicaciones de sus miembros”.<sup>106</sup> De ahí que sean importantes cada una de las comunicaciones emitidas por los autores, pues dicho conglomerado individual es lo que en definitiva generará el aporte colectivo con contenido suficiente para concretar (en su caso) el hecho delictivo.

<sup>104</sup> Schröder, *cit.* por Rodríguez Montañez, *op. cit.*, nota 27, p. 18.

<sup>105</sup> Gallas, Heinitz, *cit.* en *ibidem*, p. 19.

<sup>106</sup> Luhmann, *cit.* por García Cavero, Percy, *op. cit.*, nota 81, p. 73.

En los casos de la criminalidad dentro de la empresa, las reglas penales de imputación de responsabilidad se esbozan en función del mecanismo interno de funcionamiento, es decir, de las correctas interrelaciones entre los respectivos órganos. Los miembros de la empresa, como comenta García Cavero, son:

Sistemas independientes y, por tanto, esferas individuales con competencias de organización e institucionales. En este sentido, en el marco de las relaciones funcionales entre los miembros de la empresa pueden vulnerarse esferas de organización cuyos titulares los constituyen la propia empresa, sus órganos, o miembros particulares de los mismos. La consideración de la empresa como organización de acciones conforme a una estructura organizativa es en este ámbito la *perspectiva de análisis correcta*... La empresa organiza acciones comunicativas, no personas individuales. En este sentido, el criterio decisivo para la determinación de la responsabilidad penal en los *delitos realizados dentro de la empresa* son los roles internos que cada órgano tiene dentro del sistema empresarial. La empresa no es observada como una unidad desde la que surge un *output* no permitido, sino como un lugar de posible conflicto entre personas que desempeñan un rol interno dentro de ésta.<sup>107</sup>

Bajo esta concepción de empresa, nos centraremos en los límites impuestos por la sociedad del riesgo, como lo son el rol que desempeña cada individuo; mismo que servirá de base para los niveles de confianza en que busca vivir la sociedad, así como la imputación a título personal, pero emanado de un injusto ya no individual, sino de la organización en sí (entendida ésta como un conjunto de aportes o comunicaciones individuales).

A la par de los análisis que se han esbozado respecto a la responsabilidad penal por organización, también ha quedado claro que dicha responsabilidad parte del individuo, y se dirige precisamente a la tutela de los bienes jurídicos de éste, aun cuando los entendemos concatenados con otros tantos aportes, y cohesionados en una colectividad. Por ello, debemos analizar los elementos que actualmente nos brinda la dogmática penal, para resolver la imputación a título personal dentro de una responsabilidad por organización; por lo que se esbozarán algunas de sus complicaciones, así como los “vacíos” existentes dentro de la actual teoría de la

<sup>107</sup> García Cavero, Percy, *ibidem*, p. 75.

autoría y participación. Con lo cual se espera que el lector comparta la inquietud de buscar nuevos límites de imputación en estos casos, y evitar con ello, más que impunidades, erradicar los estadios de temor y desconfianza que vive la sociedad, de la cual todos somos parte importante.

### 1. *Autoría mediata en la responsabilidad penal por organización*

La figura del autor mediato refiere al “sujeto que *valiéndose de otro comete un delito*. En los casos de autoría mediata se *instrumentaliza* al autor inmediato, de tal manera que el sujeto de atrás (el autor mediato) se *vale* del sujeto de delante (autor inmediato) para cometer un cierto delito”.<sup>108</sup>

Indiscutiblemente, pueden existir distintas conductas delictivas emanadas por los superiores jerárquicos que actúan dentro de una institución u organización; las cuales se pueden resolver mediante la figura de autoría y participación, sobre todo cuando el instrumento no es doloso, o bien cuando se encuentra amparado bajo el error de tipo, por haber desconocido uno de los elementos del mismo; de tal suerte que en dichos casos la conducta del *instrumento* será atípica, y por tanto eliminaría igualmente todas las posibilidades de participación en torno a la conducta del autor. Pues, atento al principio de accesoriedad limitada, al partícipe solamente se le podrá imputar el aporte generado en torno a la conducta delictiva del autor y, en el caso de no haber autor, por no ser típica su conducta, no habrá conducta sobre la cual basar los aportes del partícipe.

Uno de los primeros problemas dentro del tema de autoría se presenta cuando el instrumento actúa con pleno conocimiento de estar incrementando un riesgo no permitido, cumpliendo con ello con uno de los elementos que integran el dolo (el elemento cognitivo);<sup>109</sup> de tal suerte que, atento a las teorías de la voluntad, toda vez que la voluntad del instrumento es indemostrable por pertenecer a su fuero interno, resulta difícil

<sup>108</sup> Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario de derecho penal*, México, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004, p. 78.

<sup>109</sup> Jakobs, Günther, *cit.* en Mir Piug y Luzón Peña, *op. cit.*, nota 69; comenta: queda por examinar aquella constelación en la cual los que adoptan el acuerdo actúan dolosamente, mientras que al ejecutor le falta el dolo; para que responda el que actúa dolosamente detrás de uno que actúa sin dolo, el derecho positivo sólo conoce la figura de la autoría mediata.

concretar dicha conducta como dolosa, generando que se descargue toda y la única responsabilidad en el autor mediato (hombre de atrás). Con ello se deja al margen la conducta desplegada por el instrumento, que si bien no tenía los intereses del hombre de atrás, sí era consciente *ex ante* de su conducta peligrosa. Es decir, estaríamos “excluyendo” la conducta del instrumento de una imputación penal, con todas las vulneraciones que conlleva la marginalidad del principio de confianza.

La instrumentalización a que alude la autoría mediata es, en numerosos casos, sobre el manejo o dominio de la voluntad del instrumento, de ahí que se pueda concebir a un instrumento doloso; mismo que, en la medida que su voluntad esté dominada por el hombre de atrás, no será penalmente responsable. Sin dejar de lado que en el caso concreto habrá que hacer un análisis objetivo de los bienes jurídicos que encuentra en juego el instrumento, para sustentar el dominio de voluntad que se tenga sobre éste.

El dominio de la voluntad que ejerce el hombre de atrás o autor mediato sobre el instrumento se puede presentar incluso con una conducta dolosa de parte de dicho ejecutor (instrumento); situación que claramente se ve en la dinámica de actuación de una organización. Esta forma de dominar la voluntad “ha sido nombrada por la doctrina como «dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder», o simplemente: «dominio de voluntad por organización»”.<sup>110</sup>

Como señala Roxin, el dominio de voluntad deberá emanar de una autoridad jerárquica superior, y siempre será dirigida a un sujeto indeterminado, lo que él llama: ejecutores fungibles; en tanto que la conducta no requiere que sea desplegada por un sujeto en particular, sino que la puede hacer cualquier persona, es decir, los sujetos que intervienen como ejecutores pueden ser intercambiables. Esta teoría denominada teoría del dominio del hecho, cuyo precursor es Claus Roxin, se desarrollará más adelante, por el momento solamente se deja sentada otra de las dificultades que presenta la figura de la autoría mediata para imputar responsabilidades a los autores en su esfera individual, generando con ello mecanismos de defensa procesal que incluso lleguen a burlarse de la dogmática misma y ni que decir de la propia ley.

Frente a estos no escasos supuestos cabe preguntarnos, ¿la figura de la autoría mediata cubre las necesidades de imputación individual dentro

<sup>110</sup> Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, nota 108, p. 80.

del ámbito de la responsabilidad por organización?, o por el contrario, más bien deja al borde el derecho penal, y se ventila dentro de la imputación civil y de reparación del daño, que en el ámbito administrativo pretende “resolver” la organización, pero sólo como ente jurídico; desligándose así de la complejidad que implica determinar el centro del injusto penal. Como sostiene Hassemer, “en el derecho penal hay que aplicar, en cambio, criterios referidos al hecho y a la situación de acción”,<sup>111</sup> basándose, para ello, además en el principio de culpabilidad o de responsabilidad individual.<sup>112</sup>

## 2. *Coautoría en la responsabilidad penal por organización*

Por su parte, la figura de la coautoría reviste un problema medular, que es el principio de ejecución, mismo que, sin entrar en detalle a su análisis ni mucho menos a las diferentes posturas que frente a dicho tema se encuentran en la dogmática penal, simplemente se citará lo complejo que resulta determinar cuándo se ha iniciado con la ejecución. Entendiendo que dicha ejecución habrá de referir al núcleo del tipo (o de la figura delictiva en concreto), lo cual en el ámbito del *iter criminis* (“camino del delito”) resulta sumamente complejo; tal como sucede en aras de imputar una tentativa, en donde el punto álgido se presenta al determinar cuándo ha iniciado la fase externa del *iter criminis*, atento a que el derecho penal no sanciona ideas, solamente conductas, y conductas antijurídicas; siendo la exteriorización de la conducta, dentro de la fase ejecutiva, lo que nos permitirá identificar la adecuación o no de una conducta a un tipo concreto.

Esta problemática se agrava cuando se circunscribe en la responsabilidad por organización, en donde hay autores que “aparentemente” no participan en la fase ejecutiva del *iter criminis*, ya sea porque solamente planean, sugieren, organizan, etcétera, conductas que dentro de la dogmática encuentran difícil cabida de imputación penal (por lo menos en términos de autoría). Toda vez que para configurar una coautoría se requiere un

<sup>111</sup> Hassemer, *cit.* por Muñoz Conde, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?”, *Revista de Derecho Penal 2001-2*, Argentina, p. 790.

<sup>112</sup> *Idem.*

plan común (sea tácito o expreso) y un aporte en la fase ejecutiva, tal como reza nuestro Código Penal Federal: “los que lo realicen conjuntamente” (artículo 13 fracción III).

Ante esta realidad se corre el riesgo de imputar una conducta de “mero partícipe” o “cooperador”, a quien aparentemente no ha “ejecutado”, aun cuando su conducta quizá sea más riesgosa que la desplegada por quien finalmente llevó a cabo materialmente el hecho. Resultando con ello, quizá, una pena menor que la del autor directo (el subordinado), o bien igual a la de éste, pero bajo el absurdo del quebrando a las reglas de la dogmática penal.

A fin de resolver los aportes de los individuos en una organización, Muñoz Conde analiza el requisito de la coejecución que contempla la coautoría, misma que no puede resolver los problemas propios de la responsabilidad penal atribuida a cada individuo que actúa dentro de una organización, pues comenta:

El requisito de la *coejecución*, por lo menos estrictamente considerado, no es más que la consecuencia de una teoría objetivo-formal que ya se ha mostrado de un modo general insuficiente, incluso para explicar el concepto mismo de autoría, y lo que es más aún, para explicar el concepto de coautoría... Creo (agrega el autor), por tanto, que dentro de la coautoría no sólo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución. Considero que el requisito asumido por la doctrina dominante de que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. En éstos la acción ejecutiva fundamenta siempre una autoría directa, pero en la criminalidad de una empresa tiene otra significación, pues no es otra cosa que el poner en marcha la decisión de un hombre de atrás que es el que realmente la controla y la domina... lo que fundamenta la coautoría, puede darse también en la fase preparatoria cuando *configura* la ejecución o está tan íntimamente vinculada con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global.<sup>113</sup>

<sup>113</sup> Muñoz Conde, Francisco, *ibidem*, pp. 761, 786 y 787. Al respecto, agrega Roxin, citado en el mismo artículo, p. 763, que “si bien no una intervención en la fase preparatoria, sí al menos una cooperación en la acción típica o *en relación inmediata* con ésta”

El autor en cita propone, como solución a la problemática de la coautoría, dentro de una organización, que se maneje como:

una (co)autoría-mediata, aplicada cuando se trate de ejecutor irresponsable, o un supuesto normal de coautoría, cuando el ejecutor es responsable. Forma con la cual se imputará a título de (co)autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, pero controlando y dominando grupos de personas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial.<sup>114</sup>

Sirva la propuesta antes planteada como una muestra de los vacíos que presenta la dogmática penal para solucionar los planteamientos aquí expuestos, y sin entrar al análisis minucioso de la propuesta de Muñoz Conde, cabe hacer el siguiente análisis: si bien una vez que el instrumento (ejecutor) es “responsable”, se le puede considerar coautor, sin embargo, se siguen presentando los problemas del plan común en relación con el injusto penal, lo cual no se debe confundir respecto de la finalidad propia de la organización. Y por otro lado, la coautoría mediata propuesta por el autor en comento, a mi juicio, es sumamente interesante, sin embargo, no logra incluir a “todos los hombres de atrás”, precisamente por la dificultad de concretar cada uno de los aportes individuales en un dominio de la voluntad; lo cual lleva de nueva cuenta a los problemas antes planteados.

Por ello, adelantándonos a los análisis que restan por plantearse, a nuestro juicio, el planteamiento de un *injusto colectivo* resolvería estos problemas, fijando un baremo de responsabilidad penal dentro de la organización a todos aquellos que como aporte mínimo intervinieron en forma consciente (o congnocebible) a la concreción del riesgo; con la debida individualización de la pena (en su caso) en aras de la culpabilidad.

puede fundamentar el dominio del hecho, es decir, en este caso, la coautoría. Lo que pasa es que la distinción entre fase preparatoria y fase ejecutiva, ni siquiera cuando se trata de un autor individual es fácil de hacer y, desde luego, se complica mucho más cuando son varias personas las que intervienen en la realización del hecho. *Cf.* Jakobs, “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva”, *op. cit.*, cita: los intervinientes ciertamente saben que se reparten la planificación y la ejecución de una conducta negocial, pero no saben que con ello se reparten a la vez también las aportaciones necesarias para la realización de un daño. A pesar de este desconocimiento, los no ejecutores sólo pueden responder cuando mediante su conducta han creado un fundamento o razón para que la ejecución que otro emprende se les impute a ellos también.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 788.

### 3. *Delitos cualificados propios en la responsabilidad penal por organización*

Los delitos *cualificados* (también llamados delitos especiales) son aquellos que requieren una condición especial del sujeto activo para poderlo considerar penalmente imputable a título de autor (llámese funcionario, padres, servidor público, administrador, deudor, etcétera, incluso la mayoría de edad).<sup>115</sup> Dentro de los delitos *cualificados* se conoce una sencilla división: delitos *cualificados impropios* y delitos *cualificados propios*; entendiendo por estos últimos, aquellos que de ser cometidos por un individuo que no tenga la calidad específica de autor que hemos señalado, simplemente, nuestro Código Penal no tutela la conducta desplegada dentro de otro tipo penal; de tal suerte que dicha conducta, sin más, queda fuera del ámbito de protección del derecho penal. Es decir, dicha conducta aun cuando resulte *de facto* antijurídica y riesgosa será impune.

<sup>115</sup> Bottcke, Wilfried, “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, en Mir Puig y Luzón Peña, *op. cit.*, nota 69, pp. 139, 157 y 158, al referir a los problemas de los delitos cualificados, manifestando que también es concebible no tener que confirmar en general la “minoría de edad parcial” de los miembros del establecimiento sometidos al mando y atribuirlos a los superiores en un sentido fundamentador de la *cualidad del autor*, sino gravar a estos, en cuanto garantes de seguridad, con la pena de la autoría únicamente en virtud de un “fundamento especial” (Jakobs). Este fundamento especial, así cabría sostenerlo, podría estar dado (no sólo en una conclusión, en una participación o cuasi participación activa —por ejemplo en una acción de instigación— del superior que fueran detectadas, sino también teóricamente) en la cualidad de *intraeus* relevante para el delito especial que ostenta el superior, bien sea originariamente de un modo principal, bien sea en virtud de las reglas de la responsabilidad jurídico penal del representante (artículo 14 StGB), y que le hace responder como autor de un delito especial a pesar de que el subordinado sea por sí mismo un sujeto capaz de responsabilidad propia... Si el hecho es un delito especial, entonces sólo entra en consideración la coautoría si ambos intervinientes en el hecho son sujetos idóneos. Pues sólo entonces podría decirse que cometieron el hecho conjuntamente (artículo 25II StGB). Si sólo es autor idóneo uno de los intervinientes, especialmente el garante de seguridad, la intervención de cuasi coautoría del *extraneus* no basta entonces para la imputación que legitima la pena de la coautoría del *intraeus*, de aquello que el otro interviniente causa dolosamente, pero de manera inidónea para la coautoría y con ello atípicamente.

La teoría de la autoría, en lo referente a delitos especiales, ha presentado algunas aristas interesantes, sin llegar a resolver realmente esta dificultad en el mundo real; así, comenta Bottcke que:

Se ha reconocido en parte como autor mediato a un *inraneus que hace entrar en acción a un extraneus doloso como intermediario que no actúa delictivamente*. La insuficiencia de eventuales descripciones del delito para aceptar tales conductas contrarias al deber especial no legitima, sin embargo, el exonerar al legislador del deber de regular legalmente (sea mediante una extensión de las normas de la responsabilidad penal del representante, sea mediante un tipo legal especial) el merecimiento de pena de un *inraneus* que utiliza a un *extraneus* que actúa dolosamente pero que, porque es inidóneo para la autoría, lo hace atípicamente, cuando la influencia que ejerce el *inraneus* sobre la decisión autónoma del *extraneus* doloso no es suficiente, según los criterios generales, para hacer responder al *inraneus* cuasi-instigador como autor mediato en virtud del dominio de la configuración relevantemente superior.<sup>116</sup>

Como ejemplo se cita el artículo 199-bis del Código Penal Federal, denominado “de peligro de contagio”, el cual establece: “El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado...”. En primer lugar, tenemos un claro ejemplo de delito de peligro, pues el tipo penal se concreta con el peligro de contagio de la salud de otro. Ahora, imaginemos al sujeto “A”, que ante el temor de tener una enfermedad sexual acude al médico “B” para realizarse los estudios correspondientes; una vez obtenidos los resultados, los cuales resultan positivos, “B” oculta dicha información a “A” y le dice que se encuentra sano, por lo que puede continuar su vida sexual sin riesgo alguno. Es el caso que “A” mantiene relaciones sexuales con “C”, quien finalmente resulta infectado de la enfermedad sexual que tenía “A”. Tenemos que el desconocimiento de “A” respecto de su enfermedad elimina uno de los requisitos del tipo consistente en el: “a sabiendas”, con lo cual simplemente no se integra el dolo y por tanto su conducta es atípica. De tal suerte que, sin entrar a detalle del móvil que tuvo “B” para engañar a “A” respecto del resultado de los análisis, y toda vez que “B” no participó en ninguna de las etapas de ejecu-

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 167.

ción, ni cumple el requisito *cualificante* del tipo (pues “B” no está “enfermo”), a simple vista pudiera resultar impune su conducta, ya que en aras de partícipe requeriría la figura de autor, misma que, como dijimos, en este caso no se configura, y obviamente tampoco le podemos imputar a “B” la calidad de autor del hecho. De tal suerte que la conducta imprudente o más bien totalmente intencionada de “B” en cuanto a que el sujeto “A” propagara su infección sexual ¿quedará fuera de la tutela del derecho penal?, de ser así ¿será entonces la sociedad quien tendrá que asumir los niveles de riesgo de conductas como la desplegada por el médico del ejemplo expuesto? Este ejemplo que podemos trasladar a infinidad de conductas ilícitas que se desarrollan al amparo de las empresas, y atento a calidades específicas como de administrador, productor, distribuidor y otras similares; así como de servidores públicos (llámese peculado, tráfico de influencias, delitos contra la administración de justicia, entre otras). Delitos fácilmente evadibles con argucias procesales, y respecto de los cuales, como sociedad, vamos siendo cada vez más tolerantes, por no decir cobardes, al no aplicar una justicia determinante y libre de tanta corruptela.

La problemática antes planteada tiene tintes internacionales, por lo que resulta interesante leer el comentario que sobre los delitos *cualificados* plantea Bottcke, quien en un artículo publica lo siguiente:

Respecto del significado práctico de la cuestión relativa a la relevancia que tiene por sí misma la lesión de un deber de un delito especial es evidente. Puesto que una pluralidad de hechos punibles relativos al establecimiento derivado, por ejemplo, del ámbito de la criminalidad de medio ambiente, son delitos especiales de acción. En ellos, la insuficiencia de la regulación legal de la responsabilidad del representante en el derecho penal alemán que, “ciega frente al poder real asumido”, no se aplica a la asunción fáctica de deberes especiales reforzados en tipos penales por parte de miembros del establecimiento hasta “el último miembro” hacia abajo, sino que afianza “de modo correspondiente al *status*” el traspaso de los deberes de la adhesión de los encargados de los niveles alto y medio de dirección, da lugar a que los que causan inmediatamente un peligro actúen de un modo no idóneo para ser considerados autores y con ello queden libres de pena, en el ámbito de los delitos especiales propios, sin un tipo general de recogida (que pueda ser cumplido por cualquiera), incluso cuando actúen dolosamente. Los superiores idóneos para ser autores, que conscientemente causan o dejan que suceda el comportamiento doloso del *extraneus*, cuasi induciendo o cuasi participando, vulnerando doblemente el

deber, no pueden responder como partícipes (por acción o por omisión), debido a la falta de un hecho principal doloso, típico y antijurídico de su subordinado no idóneo para ser autor; la coautoría tampoco es posible por defecto de un hecho del *extraneus*.<sup>117</sup>

Las dificultades que plantea la estructura que en este apartado nos ocupa no pueden resolverse acudiendo a las diversas formas de autoría y participación que el derecho vigente contempla. Por lo que hace factible que se considere partícipe al subordinado o ejecutor (inductor o cooperador) porque falta el hecho principal antijurídico, es decir, la figura de autor que según la doctrina dominante exige el principio de accesoriedad para castigar las conductas de los partícipes; pues en los supuestos que el autor del hecho principal actúe sin dolo (y claro, sin culpa), dicha conducta será atípica, toda vez que ante la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal, este último simplemente no se integra. Por otra parte, “tampoco la autoría mediata soluciona el presente problema. Aun admitiendo que en este caso pueda hablarse de instrumentalización, no concurren en el «autor mediato» las características personales exigidas por el tipo que pretende aplicarse”.<sup>118</sup>

Frente a la problemática que implican los delitos cualificados propios para la imputación penal puede darse el supuesto de que “los que ejecuten el hecho sin tener estas cualidades sean sólo cooperadores necesarios y los cualificados que lo deciden, pero no lo ejecutan, tengan que ser igualmente calificados de cooperadores necesarios o de inductores, es decir, partícipes”.<sup>119</sup> Situación que nos puede llevar incluso a la ausencia de autor (por ser el ejecutor un sujeto no *cualificado*), y por consecuencia, atento al principio de accesoriedad limitada, tampoco ser posible imputar responsabilidad alguna a título de partícipe.

Los delitos especiales, sin duda, generan varios problemas de imputación, mismos que han preocupado a los dogmáticos, al no poder imputar a título de autor una conducta delictiva a quien, si bien funge como autor mediato (pues domina la voluntad del instrumento), no tiene la cualidad

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>118</sup> Ragués I Vallés, Ramón, “Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva”, *Revista de Derecho Penal 2002-I*, Argentina, 2002, pp. 216 y 217.

<sup>119</sup> Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 111, pp. 787 y 788.

de autor que exige el tipo. Aunado a ello, cabe considerar la problemática del *instrumento cualificado que actúa en error*, en donde se puede llegar al absurdo de la impunidad. Pensemos sencillamente en el supuesto que el instrumento que sí es *cualificado* actúa amparado por el paliativo del “error”, generando que su conducta sea atípica y, por consecuencia, no exista la figura del partícipe en torno a dicha conducta (o más bien ausencia de conducta típica). En cuanto al autor mediato (hombre de atrás) habrá que tener en cuenta el supuesto que únicamente hubiera planeado y dirigido el acto delictivo, sin que se le pueda imputar “ejecución” alguna; actuación que igualmente quedará fuera de toda imputación penal, máxime si es un sujeto *no cualificado*.

Habrà que tomar en cuenta que los delitos *cualificados* exigen una responsabilidad específica (si no es que mayor) en determinados sujetos, atento al rol que desempeñan, por lo que es a “ellos” a quienes van dirigidas determinadas formas de conducta descritas precisamente en los delitos especiales y, es con base en la esperanza que tiene la sociedad de que cada individuo cumpla con su rol, que se generan ciertos niveles de confianza. Sin embargo,

corremos el riesgo que ante dichas “exigencias” sociales, podamos simplemente abusar de la argucia del desconocimiento de los elementos del tipo (y por tanto argüir al error), pues en el derecho vigente puede afirmarse la impunidad de todos aquellos sujetos insertos en el entramado empresarial que desconocen la comisión de una conducta delictiva por parte de otra persona, hayan intervenido o no objetivamente en su ejecución.<sup>120</sup>

De nueva cuenta, se presenta el tema del conocimiento, mismo que reviste vital importancia en el estudio que nos ocupa, ya que en el sistema jerarquizado de una organización o empresa, si bien cada quien tendrá la obligación de conocer sólo aquello que compete a su rol específico, también es cierto que una vez que se tiene conocimiento de los riesgos que se incrementan con los aportes individuales, éstos, por sí, deberán ser suficiente para considerar dicha conducta como dolosa y por tanto merecedora de un análisis en los terrenos del injusto.

Atento al análisis sobre la trascendencia del elemento cognitivo, y a las dificultades con las que se enfrenta la dogmática penal, misma que

<sup>120</sup> Ragués I Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 118, p. 205.

con las figuras de autoría y participación enfocadas a acciones delictivas individuales, no satisfacen los requisitos de responsabilidad por organización, dejando, como he señalado, muchas hipótesis sueltas y finalmente impunes. A continuación se transcribe parte de las investigaciones e inquietudes de Luis García Martín, quien por su actualidad y fundamentación aporta elementos importantes al impacto social, que hoy en día genera la responsabilidad penal por organización:

La dialéctica entre las características de los nuevos bienes jurídicos y los modelos de actuación sobre ellos, por medio de la actividad de una empresa, ha dado lugar a un tipo de criminalidad con respecto a la cual los tradicionales instrumentos dogmáticos, o al menos la concepción tradicional de los mismos, ha entrado en crisis en el sentido de que encuentran a menudo considerables dificultades de aplicación y, por tanto, de realización de sus funciones prácticas. En efecto, como destaca Schünemann, los instrumentos dogmáticos de la autoría (individual, completa o mediata) parecen estar concebidos a partir de las características de criminalidad tradicional en que él o los autores de la acción típica están plenamente identificados personalmente con la realización del tipo. La actividad de la empresa económica, en el curso de la cual aparece la lesión del bien jurídico, se caracteriza, como dice Schünemann, por la escisión entre la acción y responsabilidad, de modo que a menudo el que realiza la acción no es responsable y el que lo es, en cambio, no actúa o no lo hace en un sentido plenamente típico. Ello es debido a que la empresa es, desde la perspectiva que aquí no interesa, un grupo de personas *jerárquicamente* organizadas en torno al *principio de la división del trabajo*. Todo esto da lugar, como he puesto de relieve en otro lugar, a que en una gran mayoría de supuestos de realización de un hecho punible en el curso de la actividad de una empresa se produzca una *escisión de los elementos del tipo*. El hecho punible aparece aquí —no de modo diferente a la actividad lícita de la empresa— como el resultado de la suma de actos parciales, es decir fragmentarios desde el punto de vista de la totalidad de los elementos del tipo penal, que han ejecutado individualmente una pluralidad de sujetos de la empresa desde muy diversas posiciones jerárquicas y con un grado muy diferente de información y, por ello, de conocimientos acerca de la trascendencia de su acto particular. Los actos que ha realizado un sujeto particular son por sí mismos a menudo objetiva o subjetivamente atípicos. Por otra parte, es posible que el concreto acto realizado por el sujeto sea expresión del ejercicio de una competencia ejercitada autónoma y autorresponsablemente por el sujeto sin cumplimiento ciego y mecánico de una instrucción emanada de otros órganos superiores de la jerarquía de la

empresa. En estos casos es posible que el sujeto sea consciente de que realiza el hecho punible, pero aun así debe tomarse en consideración la importante sugerencia de Jakobs, ya advertida antes de la doctrina española por Zugaldía Espinar, quien ha advertido que debe fundamentarse una exclusión de la responsabilidad para quien, a pesar de tener conocimiento del significado de su acción, la realiza, sin embargo, en el ejercicio de una competencia sólo fragmentaria o parcial con respecto al contexto que organiza otro. Que todas estas nuevas circunstancias y realidades, su significado y las valoraciones que sobre ellas pueden recaer dificultan considerablemente la aplicación de los instrumentos dogmáticos tradicionales y que deben ser sometidos a revisión no puede ponerse en duda. No le falta razón, por ello, a Schünemann, cuando advierte acerca del peligro de que, a la vista de tales circunstancias, la “organización de la responsabilidad” en la empresa amenaza con convertirse en la “organizada irresponsabilidad”.

Destaca Schünemann, además del contexto definido por la organización jerárquica y la división de trabajo, considera que el delito cometido en el seno de una agrupación se caracteriza, además, porque su realización es favorecida por la existencia de lo que el llama una “*actitud criminal de la agrupación*” (*kriminelle Verbandsattitüde*), que sería un factor criminógeno de primera magnitud en el ámbito que nos ocupa, a consecuencia del escaso o nulo poder de resistencia del individuo integrado en la agrupación frente a la actitud colectiva —en este caso criminal— de ésta. En parecido sentido, habla Marxen de una “*disposición criminal de la agrupación*” (*Kriminelle Disposition des Verbandes*), que sería el motivo de la mayor parte de los comportamientos delictivos de los miembros individuales de la agrupación.

Brender, en su importante y valiosa tesis doctoral dirigida por Tiedemann, habla recientemente, siguiendo a Busch, de un “espíritu de agrupación en sentido normativo” (*normativen Ver bandsgeist*). La actuación de los miembros individuales de la agrupación estaría acuñada y sería expresión de ese espíritu de la agrupación, pues en una agrupación permanente se desarrollan actitudes comunes que tienen una influencia decisiva en el actuar de cada miembro individual de la agrupación. Si este espíritu de la agrupación está en contradicción con el derecho, su *influencia* en la actuación del individuo perteneciente a la agrupación se extiende hasta inducirle a la realización de hechos antijurídicos que ese mismo individuo no hubiera realizado ni realizaría con toda probabilidad si actuara al margen de la agrupación.<sup>121</sup>

<sup>121</sup> García Martín, Luis, “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en Mir Puig y Luzón Peña, *op. cit.*, nota 69, pp. 52-55.

#### IV. RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Estamos inmersos en una sociedad del riesgo respecto de la cual todos somos coresponsables, no solamente de nuestros actos, sino incluso de los riesgos generados con dichos actos, aun cuando dichos riesgos no se concreten propiamente en un resultado o en una lesión a un bien jurídico. Esta sociedad demanda individuos autoresponsables, siendo inválido vivir al amparo de terceros o de falsas ignorancias como el: “me lo ordenó el jefe”, “ése es mi trabajo”, “no era mi intención”, “yo no pensé que...”, “se me pasó la mano”, etcétera. Tengamos presente que el tipo de vida que queramos vivir en esta sociedad dependerá de la tranquilidad y seguridad con que podamos desarrollar cada una de nuestras actividades, las cuales, como se ha analizado, no se detienen en la “individualidad”, sino que corresponden a un colectivo.

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

##### *1. La injustificada defensa del “actuar bajo órdenes” en el ámbito internacional*

En cuanto a la complejidad de deslindar cada una de las responsabilidades penales en los intervinientes de una responsabilidad colectiva, resulta importante tener en cuenta el tema de “actuación bajo órdenes”, que adquirió, desde el punto de vista de la defensa, durante los juicios de Nuremberg, una connotación especial, ya que Hitler, como jefe supremo del mando, tras su muerte no podía ser enjuiciado. La libertad de los que re-

cibieron las órdenes se hubiera logrado simplemente invocando una “orden del *Führer*” para cada crimen de los nazis, bajo el supuesto de una jerarquía extremadamente vertical.

Para el Tribunal Internacional Militar (TIM) y los tribunales posteriores fue bastante fácil rechazar este postulado; el estatuto del TIM (artículo 8o.) y la Ley del Consejo de Control (de los Aliados) núm. 10 (KRG 10, artículo II, núm. 4) excluyen la “actuación bajo órdenes” como causal de exención de la punibilidad. El TIM argumentó que:

el artículo 8o. era compatible con el derecho de todas las naciones y, por lo tanto, la “actuación bajo órdenes” sólo podría considerarse una causa de atenuación de la pena. Lo que habría que determinar es si de acuerdo al derecho penal de la mayoría de las naciones “existió, según la ley ética, la posibilidad real de elegir (*moral choice*)”. Si esto no fuese así, existe la posibilidad de una atenuación de la pena.

Respecto los crímenes concretos, el TIM llegó a la siguiente conclusión: “órdenes superiores, aunque hayan sido dadas por un militar, no podrían ser consideradas como atenuantes, si es que dichos crímenes indignantes y frecuentes fueron realizados en forma consciente, sin consideración y sin necesidad militar o justificación”.<sup>122</sup>

Una orden es, en todo caso, reconocida como antijurídica (según el baremo del observador razonable promedio) cuando es “manifiestamente ilegal” (antijurídica); en este caso existe una “presunción a favor de la posibilidad de evitar el error de prohibición”.<sup>123</sup> Sin embargo, habrá que analizar el conocimiento que se tenga sobre la antijuridicidad de la conducta bajo barremos objetivos, ya que el análisis del hombre medio siempre es un análisis *ex post*, y respecto del cual caben ciertas subjetividades; situación en la cual cobrarán vital importancia las particularidades del individuo, así como las de su propio entorno, con base en las cuales se estimará la capacidad de apreciación del hecho antijurídico. De tal suerte que la posibilidad de argüir un error de prohibición no sea una mera estrategia procesal, sino que sea un medio de defensa real para quien,

<sup>122</sup> Kai Ambos, “Sobre el efecto eximiendo del actuar bajo órdenes desde el punto de vista del derecho alemán e internacional penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Externado de Colombia, vol. XXI, núm. 67, septiembre-diciembre de 1999, p. 18.

<sup>123</sup> Sancinetti, en *ibidem*, p. 25.

en efecto, ha sido incapaz de apreciar la antijuridicidad de la orden que ha “obedecido”.

Al respecto, y dejando a salvo la posibilidad de diversas soluciones dogmáticas, Quintino comenta:

Cuando una persona está jurídicamente vinculada a la obediencia de ciertos mandatos, y ...dichos mandatos implican un comportamiento *notoriamente antijurídico*, entonces, quien obedece dichos mandatos obra también de modo contrario a derecho. Desde luego, lo anterior no obsta para que la persona que obedece los mandatos antijurídicos pueda estar amparada por un estado de necesidad e inclusive por un error de prohibición.<sup>124</sup>

Mientras que para Kai Ambos,

en todos los casos posibles se trata de la cuestión del *reproche personal* por la ejecución de la orden, de conformidad con la terminología alemana y española, ello nos ubica en el terreno de la culpabilidad y no de la justificación. Eso es igualmente correcto en tanto que, la accesoriedad limitada, permite la posibilidad de una participación punible —por ejemplo de un instigador o cómplice militar de mala fe— en el hecho ejecutado, así como la justificación de un ataque realizado en legítima defensa.<sup>125</sup>

Situación que se comparte, independientemente se acepte o no como cierta la falta de reconocimiento de una orden antijurídica, toda vez que esta situación se circunscribe como excluyente de la antijuridicidad (o más bien evita la integración de la antijuridicidad), se termina por justificar la conducta; con ello se dejan fuera todas las posibilidades de imputar

<sup>124</sup> Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, nota 108, p. 117. Sobre los riesgos “socialmente adecuados”, *cf.* Frisch, W., *op. cit.*, nota 69, pp. 100-102; comenta: la responsabilidad penal de lo órganos de dirección de la empresa tiene una estrecha conexión con problemas fundamentales del derecho penal: ...así, problemas como el de cuándo un determinado riesgo resulta desaprobado y cuándo es “socialmente adecuado”, en qué medida existe responsabilidad por la conducta de terceros o por las decisiones de órganos colegiados, o hasta qué punto alcanzan los deberes de control y supervisión en los casos de delegación de las propias funciones... El autor debe en cualquier caso saber que con su acción voluntaria está creando un riesgo que el ordenamiento jurídico —conforme a sus criterios de juicio— desapruaba. En este contexto, resulta indiferente la cuestión de si el riesgo desaprobado es tan sólo un aspecto de la imputación del resultado, o si más bien constituye el auténtico núcleo del injusto de la acción.

<sup>125</sup> Kai Ambos, *op. cit.*, nota 122, p. 26.

a título de partícipe a quienes hayan actuado con un injusto penal propio alrededor de la conducta del *autor que obra en forma típica y antijurídica*, que en este caso, atento a la teoría de accesoriadad limitada, el partícipe quedaría impune por no contar con la conducta antijurídica del autor. Situación contraria se presentaría si dicha “dispensa” (por llamarle de alguna manera) se analizara a nivel de culpabilidad, en donde, atento al reproche personal, el sujeto que actuó sin conciencia de que la orden que ejecutaba era antijurídica (tal como ocurre con el error de prohibición) pueda ser excluido de pena o medida de seguridad; sin embargo, se conservaría la posibilidad de imputar a título de partícipes a aquellos sujetos que pudieran haberse aprovechado de la conducta del ejecutor, o bien participado con dicha figura de autor, con plena conciencia de la antijuridicidad de la orden llevada a cabo.

El derecho internacional penal establece, en el caso de los denominados crímenes internacionales, especialmente, la tortura y las “desapariciones forzadas”, que no es admisible una exclusión de la punibilidad. En estos casos, para Kai Ambos,

se parte, en el sentido de la citada presunción, de la antijuridicidad *manifiesta* de la orden, de modo tal que se desvirtúa la posibilidad de un error de prohibición *inevitable* y permite atribuirle al subordinado el hecho. Tampoco una difícil situación de conflicto del subordinado conlleva, *en principio*, en vista del bien jurídico violado, a la exclusión de la punibilidad; sin embargo puede considerarse como una circunstancia de atenuación punitiva. En el caso de hechos menos graves, puede plantearse una exclusión de la punibilidad si la orden no es abiertamente antijurídica y fue imposible para el subordinado oponerse a ella. Por el contrario, se plantea, en principio, también la posibilidad de una *atenuación punitiva* para los casos de crímenes internacionales. Aquí depende —de modo similar al supuesto de exclusión de la punibilidad— del caso individual y especialmente de si al subordinado le era posible negarse a cumplir la orden.<sup>126</sup>

Dentro del ámbito de tutela del derecho penal se contemplan las causales excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva en favor del

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 28. Cfr. Jescheck, *cit.* por Quintino Zepeda, *op. cit.*, nota 108, p. 117. Todas las órdenes que implican una lesión a la dignidad humana, o que son contrarias a las reglas de derecho internacional, se tienen como órdenes que no pueden vincular a ningún subordinado, y si el mismo ejecuta dichas órdenes, actúa entonces en forma antijurídica.

subordinado, mismas que, a nivel de culpabilidad, repercuten directamente en el reproche individual por el hecho.

Partiendo de la falta de reconocimiento del injusto por parte del subordinado (error de prohibición) se tiene que clarificar, en primer lugar, si él podía evitar el error o no. La posibilidad de evitarlo se presume en las órdenes manifiestamente ilegales. En estos casos se tiene que preguntar además si, en la situación concreta, se hubiera podido comportar conforme a las normas o no (problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).<sup>127</sup>

Volviendo de nueva cuenta a la ponderación del nivel de conocimiento que tiene el individuo *ex ante* respecto de la legalidad de la orden que va a ejecutar; resulta curioso que, si ya estamos en terrenos de la antijuridicidad, en el caso de una conducta dolosa es porque ya se ha integrado la misma como típicamente dolosa, es decir, el dolo lleva consigo el elemento cognitivo suficiente para su integración, sin embargo, aún hay que ponderar el grado de conocimiento sobre la antijuridicidad misma para poder argumentar un error de prohibición, que finalmente nos lleve a la imposición de la pena correspondiente hasta una tercera parte, siempre y cuando el error sea vencible, ello conforme a lo dispuesto por el numeral 66 del Código Penal Federal. Pero lo que interesa resaltar, aunado al análisis dogmático, es la importancia que dentro de la propia teoría del delito reviste el elemento cognitivo, más allá de las meras apreciaciones subjetivas del elemento volitivo. El conocimiento es un arma muy poderosa, que utilizada con desdén o indiferencia es igualmente un arma, pero muy peligrosa.

A continuación nos permitimos citar un criterio jurisprudencial dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que si bien deja claro que la excluyente de responsabilidad por “obediencia jerárquica” sólo será justificada en torno a conductas que no constituyan delito (independientemente del error de prohibición antes comentado), sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en las tesis aisladas que a continuación se citan, peligrosamente, sólo refiere a dependencia jerárquica de carácter oficial; lo cual, independientemente de que podamos aplicarlo por interpretación o analogía (de permitirse el caso), no deja claro como

<sup>127</sup> *Idem.*

habremos de considerar las órdenes verticales que se gestan en una organización o empresa, por lo que es pertinente que el legislador fije límites precisos para tutelar la “excluyente” en comentario dentro de los aparatos organizados de poder, tanto en esferas oficiales como privadas, es decir, *órdenes jerárquicas*, en términos generales.

SUPERIOR JERÁRQUICO, EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD, POR ÓRDENES RECIBIDAS DEL. La eximente del artículo 15, fracción VII del Código Penal, *no se refiere a las jerarquías privadas sino a las oficiales*. Amparo directo 2008/61. Héctor Contreras Bonilla y coagraviado. 9 de agosto de 1961. Cinco votos. Ponente: Alberto R. Vela. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, Segunda Parte, L, p. 68.

OBEDIENCIA A UN SUPERIOR LEGÍTIMO, EXCLUYENTE DE. Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquélla sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley, como excluyente de responsabilidad, cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial. Amparo directo 2874/50. Feliciano Macías Pérez. 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 3616/50. Pablo Zambrano García. 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 4652/53. Pech Padilla Juan Bautista. 15 de julio de 1955. Cinco votos. Amparo directo 2494/54. Hermilo Rodríguez García. 30 de julio de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 4790/56. Román Vázquez Flores. 3 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Tesis: 223, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, t. II, Parte SCJN, p. 127.

Aunque la situación jurídica parezca clara, la dimensión psicosocial del “actuar bajo órdenes” es compleja. Tal como sostiene Kai Ambos: “solamente una educación crítica y un derecho penal ilustrado y liberal disminuyen la discrepancia entre las exigencias del derecho internacional penal y la realidad de la «obediencia absoluta», no sólo en el caso de las jerarquías de mando. Es necesario un tratamiento crítico frente a la autoridad y las órdenes”.<sup>128</sup> Motivo por el cual será solamente a par-

<sup>128</sup> *Idem*.

tir de entender al ser humano en concreto, y ubicado en su entorno personal, que seremos capaces de hacer un análisis *ex post* objetivo, pues la manera de reaccionar de cada individuo es distinta, y, en definitiva, el análisis de la culpabilidad lo habremos de hacer con base en el reproche personal, es decir, al merecimiento y necesidad de pena, por lo que debemos analizar al individuo en su particularidad.

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

Orden es orden: quizás el seguir una orden puede originar su carácter definido e indiscutible, lo cual provoca que se piense tan poco sobre ella. Se le considera como algo que siempre fue así, ella aparece tan natural como imprescindible. Desde pequeño se está acostumbrado a recibir órdenes, de ellas se conforma en gran parte lo que se llama educación; también la vida adulta está regida por ellas, trátase de las esferas del trabajo, de la lucha o de la creencia. Casi nunca se ha formulado la pregunta sobre qué es una orden; si es realmente tan sencilla como parece y si no deja, sin considerar la rapidez y perfección de la respuesta esperada, otras huellas profundas, tal vez hostiles, en el ser humano que las obedece.<sup>129</sup>

Se pueden encontrar ejemplos en todos los niveles de autoría y participación (desde la complicidad y la autoría mediata hasta la coautoría); por lo que para Hassemer se debe encontrar algo que justifique la imputación, así como el momento en que hay que hacer esa imputación, y comenta: “si esta debe realizarse «al comienzo» (por ejemplo ya en la tipicidad) o «posteriormente» (por ejemplo en la culpabilidad), o depende del grado de distribución de la formación autónoma de la decisión y del poder autónomo de acción entre la persona dominada y la dominado-

<sup>129</sup> Sancinetti, en *ibidem*, pp. 28-29. Cfr. Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad...*, cit., nota 67, p. 237. “Para resolver esta cuestión entre exención total o simple atenuación de la persona que actúa bajo la influencia de otra, el criterio decisivo que hay que aplicar es el grado de dominio cognitivo y volitivo que tiene esta persona influida frente a la persona que la influye y el grado de autonomía que le queda a la persona influida.

ra”;<sup>130</sup> aspectos que, sin duda, son trascendentes en un análisis dogmático del delito, pues de ello dependerá que, conductas realmente delictivas se puedan concretar a nivel de injusto y, por consecuencia, a nivel de culpabilidad individualizar el merecimiento y necesidad de pena. Ante estas realidades no es dable quedarse en la justificación de “actuar bajo órdenes”, sino que debemos concretar dentro del ámbito penal aquellas responsabilidades individuales que generen un incremento de riesgos no permitidos, atendiendo a los niveles de *conocimiento* que se tenga sobre dicha concreción del riesgo. Criterio que se robustece con la tesis aislada que se cita a continuación:

OBEDIENCIA LEGÍTIMA A SUPERIOR JERÁRQUICO. Para que opere la exculpante de obediencia jerárquica que prevé la fracción VII del artículo 15 del código represivo federal, se requiere que la obediencia sea legítima; esto es, la obediencia pasiva a un superior legítimo, en el orden jerárquico, no es punible cuando el mandato constituye delito, sino *cuando esa circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conoce*. En otros términos, son supuestos de la exculpante en estudio: que la obediencia pasiva sea prestada, precisamente, a un superior legítimo en el orden jerárquico, que no sea notorio que el mandato constituya delito o *que se pruebe que el acusado o acusados no lo conocían*. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, Segunda Parte, LX, p. 35. Amparo directo 5963/61. Alfonso Hernández Martínez y coagraviados. 14 de junio de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Quinta Época: t. LXXIII, p. 5589. Amparo penal directo 5307/42. Cruz Prócoro George. 4 de septiembre de 1942. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. Nota: En el t. LXXII, p. 5589, esta tesis aparece bajo el rubro “EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD (OBEDIENCIA A UN SUPERIOR)”.

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

se sabe que los hombres que actúan bajo órdenes son capaces de cometer los peores crímenes. Cuando el emisor de las órdenes está enterrado y se les obliga a mirar hacia atrás no logran reconocerse. Ellos dicen: yo no lo

<sup>130</sup> Hassemer, *ibidem*, p. 236.

hice y no están muy seguros de estar mintiendo. Si se les convence por medio de testigos, comienzan a vacilar y dicen: yo no soy así, eso no lo pude haber hecho. Ellos buscan las huellas del delito en su interior y no las pueden encontrar. Es sorprendente cuán convencidos están de ello. La vida que llevan posteriormente es realmente distinta y no es opacada por las acciones que cometieron. Ellos no se sienten culpables, no se arrepienten de nada. El hecho no ha dejado huella en ellos.<sup>131</sup>

¿Corremos el riesgo de acostumbrarnos a “obedecer” órdenes antijurídicas? o ¿ya se ha convertido ello en un patrón de vida o más bien de sobrevivencia a nuestros intereses personales? Tengamos cuidado con las conductas indiferentes, pues nos están rebasando y podemos perecer en la ignominia de nuestras falaces justificaciones.

## *2. La “capacidad de decisión” frente a la excluyente de delito contemplada dentro del artículo 15 fracción VI del Código Penal Federal*

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

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

<sup>131</sup> Kai Ambos, *op. cit.*, nota 122, 13.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE. Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley. Amparo directo 3337/56. Miguel Jiménez Nolasco. 20 de julio de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2483/57. José María Ibarra Orona. 6 de noviembre de 1957. Cinco votos. Amparo directo 1251/57. Francisco Ríos Hernández. 16 de julio de 1958. Mayoría de cuatro votos. Amparo directo 5966/57. Rafael Espinoza Díaz y coags. 6 de octubre de 1958. Cinco votos. Amparo directo 800/60. Miguel Álvarez Granillo. 22 de junio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Tesis: 115, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, SCJN, t. II, p. 65.

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

Por otro lado, cabe hacer hincapié en el subjetivismo que encierra la fracción en cita, en lo relativo a: *y que no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro*. Iniciando con el prefijo “y”, mismo que nos fija la necesidad de concreción del *sólo propósito de perjudicar a otro* como parte integrante del tipo; esto deja ver un sentido finalista de entender la conducta, misma que ya ha quedado rebasada por la misma dogmática y por las necesidades de una sociedad del riesgo, resultando necesario precisar la trascendencia propia de las conductas riesgosas, ya que de no ser así estaremos dejando fuera aquellas conductas que, por haberse desplegado dentro de una organización, y no estar dirigidas en la psique del individuo a “sólo perjudicar a otro”, se están justificando como “indiferentes” o “no riesgosas”, pese a contar con el conocimiento de que su actuar individual está sobrepasando las barreras del riesgo permitido; con la justificación de “no estar dirigidas con ese *propósito*” (de “perjudicar a otro”), sino amparadas simplemente por el “cumplimiento de un deber”, o quizá a un “no perder el empleo”, es decir, a una indiferencia al daño

social que se pueda causar. Indiferencia que por hoy nuestro legislador simplemente “justifica”, toda vez que ni siquiera estamos en terrenos de un dolo eventual, ni mucho menos de una culpa con representación, ya que la valoración de los delitos de peligro que se desprenden de una organización requieren de la valoración del propio riesgo; con las barreras de “adelantamiento” que ello implique, tanto para el propio dolo eventual como para la culpa con representación.

Resulta válida la toma de conciencia a que llega Luhmann al referir que:

el futuro nos preocupa. El individuo puede contemplar con cierta seguridad su pensión, la distancia disminuye día con día, y en consecuencia aumenta la seguridad de la espera. Pero ¿qué será de la humanidad, qué será de la sociedad? ¿Qué condiciones de vida encontrarán las “generaciones futuras”, dado el caso de que se trata aún de hombre y no de humanoides sustancialmente transformados por genes tecnológicos, ordenados y diferenciados por programas?<sup>132</sup>

### *3. Los aportes individuales dentro de la responsabilidad colectiva*

Dentro de una sociedad los aportes individuales encuentran sus propios límites en los bienes y derechos de terceros, igual sucede en ámbitos de organización, la cual se enfoca a ciertos resultados, gracias al aporte de cada uno de sus individuos, los cuales se ven directamente coresponsabilizados. Así, para Hassemer la imputación penal formalizada encuentra su justificación no sólo en los intereses de aquellos que forman parte inmediata en el proceso de lesión de la norma, sanción e imputación, sino que para este autor:

la imputación también tiene su reflejo en los intereses de todos nosotros, intereses que, más allá de la participación inmediata en conflictos de desviación, se refieren a la efectividad de las formas de protección cuando se amenaza e infringe la norma. En este punto, un proceso de imputación or-

<sup>132</sup> Luhmann, Niklas, “¿Qué queda del futuro?”, *Revista Estudios Políticos*, México, 4a. época, núm. 21, mayo-agosto de 1999, p. 13.

denado y bien justificado puede amortiguar y neutralizar los procesos espontáneos, irracionales o dirigidos a imponer intereses particulares.<sup>133</sup>

Esos aportes individuales revisten vida especial cuando se conforman dentro de una organización, pues a juicio del autor antes citado,

la organización de nuestro acuerdo sobre las normas y su infracción no se limita sólo al derecho penal sino que se extiende a otros ámbitos de nuestra vida en sociedad sobre las ideas de causación y responsabilidad. Estos procesos de atribución tienen orígenes diferentes en lo que a presupuestos internos y formas de aparición se refiere y por eso son diferentes en cuanto a su peligrosidad y su potencial lesivo.<sup>134</sup>

De ahí que resulte trascendente fijar los límites que nos lleven a responsabilizar penalmente la conducta típica, que si bien se cometió por una organización (en cualquiera de sus niveles jerárquicos), fue gracias a los aportes individuales, que indiscutiblemente requerirán su valoración y grado de culpabilidad igualmente individuales;<sup>135</sup> todo ello con un pun-

<sup>133</sup> Hassemer, Winfried, *op. cit.*, nota 67, p. 188. *Cfr.* Rodríguez Montañez, *op. cit.*, nota 27, p. 301; quien afirma que “con relación a todos los bienes jurídicos institucionales, el menoscabo de tales bienes de carácter inmaterial se produce más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Y ahí radica, precisamente, la dificultad para determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo”. *Cfr.* Alcácer Guirao, *op. cit.*, nota 73, p. 160, cuando aborda el tema de *solidaridad* (también sostenido por Jakobs), como una fundamentación de la imputación penal, en tanto que “la idea de *solidaridad* no fundamenta derechos del individuo, sino que interpone deberes; no se dirige a la evitación de ataques externos en la autonomía del individuo, sino que exige la renuncia a la consideración de derechos propios a favor de la comunidad u otros individuos”.

<sup>134</sup> Hassemer, *ibidem*, p. 185.

<sup>135</sup> Jakobs, Günther, en Mir Piug y Luzón Peña, *op. cit.*, nota 69, p. 91, cita dos ejemplos en cuanto a la dificultad de determinar el *hecho*: 1: Un gestor del negocio ha colaborado en la comercialización de un producto cognosciblemente nocivo, y tiene por tanto el deber como garante por ingerencia de retirar el producto. Sus colegas han acordado en su ausencia no proceder a la retirada y no se dejarán persuadir de lo contrario, o bien le han vencido por mayoría de votos en su presencia, o, por fin, no se han pronunciado todavía al respecto, pero, según la experiencia, no se dejarán convencer de la retirada. 2: El obligado por el deber de retirar el producto no informa siquiera de la situación a los colegas gestores del negocio, ya que —acertadamente— en definitiva no ve posibilidad alguna de salvación —¿Acaso no responde nadie?—.

to de partida consistente en presupuestos objetivos como parte del ente colectivo (la organización), y concretando la punición (en su caso), atento a barrotes subjetivos en el estadio de la culpabilidad. Siendo conscientes que “hay que desarrollar reglas de imputación, que permitan hacer responsable a todo aquel que, por su posición dentro del sistema de fabricación y distribución de bienes, deba asegurar el cumplimiento de las normas de conducta (los estándares de cuidado) que permiten reducir los riesgos derivados del producto”.<sup>136</sup>

Ante las limitantes que afronta la actual dogmática penal frente a los delitos e intereses colectivos resulta interesante la propuesta de Alcácer Guirao, quien sugiere un modelo de derecho penal actual, fundado en la competencia por la propia esfera de libertad y organización, siendo:

- Un marco de legitimidad de sus intereses a proteger centrado, con relación a su fundamento, en los intereses personales.
- Una estructura de imputación basada en la responsabilidad subjetiva e individual.
- Y un principio de lesividad enfocado a un resultado tangible respecto del menoscabo de un bien jurídico material, reconducible, a través de un nexo causal empíricamente verificable, a la competencia del dominio del agente en su esfera de acción más cercana.

El autor antes citado sostiene un modelo que denomina “derecho penal asegurador del futuro”, mismo que habría de contener algunos supuestos:

En primer lugar, una regulación y protección de entidades supraindividuales, asegurando no tanto bienes personales como estructuras sistémicas o instituciones colectivas funcionales a la estabilidad social.

En segundo lugar, una expansión de las estructuras de imputación, con, al menos, las siguientes vertientes: responsabilidad cuasiobjetiva, centrada en una previsibilidad potencial, o directamente objetiva; responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales o *vicarial* en un reparto de la imputación en función de lo realizado por terceras personas,

<sup>136</sup> Kuhlen, Lotear, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, en Mir Piug y Luzón Peña, *op. cit.*, nota 69, p. 232.

acorde a los fenómenos de delegación de control de riesgos, y de la imputación individual en virtud de una probabilidad de acumulación de acciones similares por terceros.

Y, en tercer lugar, una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos, delimitados en virtud de estándares formales, o en producciones de efectos vinculados sólo en virtud de una causalidad estadística.<sup>137</sup>

El análisis exhaustivo de la propuesta antes citada requeriría un estudio por separado al que nos ocupa, sin embargo, basta con dejar apuntalada la inquietud de respetables estudiosos del derecho, por encontrar nuevos planteamientos jurídicos y dogmáticos que, sin dejar de lado la base (indiscutible) del individuo, solucione problemas que devienen de responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales. Problemas tanto reales como futuros que vienen impactando de manera vertiginosa intereses no sólo importantes del individuo, sino vitales. Respecto de los cuales Schünemann, aludiendo a los estudios doctorales que se encuentra realizando Rotsch en la ciudad de Kiel, ha llegado a la conclusión, en su trabajo sobre responsabilidad individual en las grandes empresas, que: “los procesos en una gran empresa, tremendamente complejos, ya no se pueden dirigir individualmente, y, por eso, el derecho penal basado en la responsabilidad individual queda sin efecto”.<sup>138</sup>

Las aportaciones individuales, aun cuando se desarrollen dentro de estructuras de organización, y se tornen importantes en cuanto sus cooperaciones intersubjetivas, deberán conservar su esfera de imputación individual, partiendo de que existe una libertad individual que legitima dicha imputación. Por ello, será importante ir más allá de las regulaciones existentes en el campo del derecho civil para responsabilizar a la “organización” (institución) por las responsabilidades de todos los intervinientes; soluciones que se toman en la actualidad cuando resulta imposible la imputación individual. Pero la protección de ciertos intereses sociales van más allá de meras “sanciones administrativas”, ya que estamos hablando

<sup>137</sup> Alcácer Guirao, Rafael, *op. cit.*, nota 73, pp. 152-154.

<sup>138</sup> Schünemann, Bernd, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. LV, enero-diciembre de 2002, 2004, p. 12.

de necesidades del individuo, para el individuo y por el individuo,<sup>139</sup> las cuales requieren compromisos y responsabilidades de todos y cada uno de nosotros, pues más que “remediar”, precisamos asumir la conciencia de la prevención. Conciencia que si bien inicia en nuestra esfera y/o interés personal, trasciende a intereses colectivos presentes y futuros.

En esta responsabilidad colectiva inmersa en la sociedad del riesgo que se ha analizado, resulta relevante la imputación a título individual, ya que “la posibilidad de una imputación es una condición trascendental de las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco. Su amplio significado y su posición central en un sistema penal se deben precisamente a este origen”.<sup>140</sup> Entendida la imputación no como retribución, sino como base para el establecimiento de los niveles de confianza que requiere el individuo para ser capaz de vivir armónicamente en la sociedad que ha elegido (o le ha tocado vivir); con los derechos y obligaciones que conlleva ser partícipe en la dinámica social actual, misma que cada vez más nos lleva a relaciones supraindividuales e intereses colectivos, ante los cuales debemos responsabilizarnos so pena de perder incluso el más intrínseco de nuestros derechos, la dignidad humana.

<sup>139</sup> Bustos, *cit.* por Alcácer Guirao, *op. cit.*, nota 73, p. 170. Autor que respecto de la importancia del “individuo” cita: “sería equivocado hablar de bienes jurídicos supraindividuales, es decir, que constituyan una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos... El término colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la protección, pero en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo (razón social o de Estado o de seguridad) al cual éste quede sometido. Por el contrario, se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc. adquieran un sentido material... Los bienes jurídicos colectivos aparecen, por tanto, como *complementarios*, desde una perspectiva material, a los bienes jurídicos individuales. Luego los bienes jurídicos colectivos *hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*”.

<sup>140</sup> Hassemmer, *op. cit.*, nota 67, p. 164.