

CAPÍTULO TERCERO

INJUSTO COLECTIVO

I. INJUSTO PENAL

El *injusto* como parte de la propia sistemática del derecho ha venido evolucionando conforme a las corrientes del pensamiento filosófico por las que ha trascendido el propio ser humano, por ello, si bien en un inicio se le concebía en forma indistinta al término antijuridicidad,¹⁴¹ hoy en día podemos atender al *injusto* como lo manejó Stratenberg, al decir que: “es todo ese ámbito en el que una persona con sus acciones, con su actuar, con su conducta, contraviene el orden normativo. En donde para considerar el *injusto* habremos de contar previamente con una conducta típica y antijurídica, es decir, una conducta contraria a la norma”.¹⁴² Hoy en día,

¹⁴¹ Márquez Piñeiro, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, México, UNAM, 2003, p. 1. Cita la concepción de Mezger respecto de que antijuridicidad (o el injusto, como él emplea ambivalentemente ambos vocablos) es el presupuesto inasequible de cualquier hecho punible, y supone que el delito encarna una violación del derecho, es decir, que contradice al jus. *Cfr.* Hans Welzel, la antijuridicidad es una característica de la acción. De esta forma, la define diciendo: *antijuridicidad es, pues, la contradicción de la realización de un tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto* (no sólo con una norma aislada).

¹⁴² Molina Fernández, Fernando, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, núm. 2, mayo-agosto de 1995, pp. 266 y 267. En cuanto a la evolución del injusto comenta: hay algo que uniformemente caracteriza a la antijuridicidad desde sus orígenes como concepto sistemático hasta nuestros días; con ella se expresa una relación de contrariedad al derecho. Como, además, generalmente se caracteriza al derecho como conjunto de normas, es lógico que comportamiento injusto haya sido identificado ininterrumpidamente hasta hoy con comportamiento contrario a la norma... El interés de la norma para el injusto reside en que la norma como instrumento tiene determinados límites que derivan de su naturaleza y que se traducen en que no puede mandar a cualquier ni cualquier cosa: no se puede ordenar a quien está inconsciente, ni tampoco pedir a nadie que no cause un resultado imprevisible. Las circunstancias del hecho y del destinatario condicionan indefectiblemente la eficacia de la norma.

aceptado por la dogmática mayoritaria, un *injusto* inculpable, es decir, un *injusto* configurado (en su caso) previo al presupuesto de la culpabilidad, necesario como presupuesto fundamentador de esta última (la culpabilidad), y, por consecuencia, de la necesidad y merecimiento de pena.

Dentro del *injusto* podemos atender a las diversas ramas del derecho, considerando el *injusto* penal como el más amplio de todas ellas, precisamente por la trascendencia y repercusión en los bienes jurídicos tanto individuales como colectivos; de tal suerte que el *injusto* penal es capaz de permear las demás ramas del derecho (civil, laboral, mercantil, familiar, entre otras), y no a la inversa. Por lo que, atendiendo específicamente al *injusto* penal, vemos que se han desarrollado diversas posturas, tanto monistas como dualistas.

Las posturas monistas, a su vez, se subdividen en: monistas objetivas, en donde el desvalor de resultado es el contenido del *injusto* (entendiendo como desvalor de resultado, el comportamiento desvalorado, lo que el autor hizo¹⁴³ o bien el peligro que generó), y la monistas subjetivas, siendo el desvalor *de acción* lo que fundamenta el *injusto* (entendido como

La tesis de que la norma para poder cumplir su finalidad de modificar el comportamiento humano exige un destinatario apto fue desarrollada inicialmente por Merkel en 1867. El punto de partida de Merkel para analizar qué es el injusto, que hasta nuestros días se ha mantenido de forma prácticamente unánime, es el de vincular lo ilícito a lo contrario a la *norma*. Naturalmente que la vinculación entre injusto y derecho no es una creación de Merkel. De alguna manera el propio término Unrecht surgió precisamente para expresar lo contrario a derecho. Lo que sí destaca Merkel es la concepción del derecho como conjunto de mandatos y prohibiciones —como conjunto de normas en una palabra—. Con ello se abandonan las teorías que vinculaban el injusto a la lesión no del derecho objetivo —de las normas—, sino de los derechos subjetivos de los particulares, concepción que facilitaba —al menos aparentemente— un enfoque objetivo del injusto. No es extraño que, pese al abandono definitivo de dicha tesis, quienes posteriormente concibieron el injusto de forma exclusiva o predominantemente objetiva, se apoyaran en una concepción de la norma como norma de valoración, centrada en el resultado lesivo de la acción más que en ésta, que en buena medida es un encubierto regreso al punto de vista del perjudicado y por ello a las teorías del injusto como lesión de derechos subjetivos, aunque se haya trocado esta expresión por la de lesión de bienes jurídicos. Por otro lado, la traducción al castellano del término alemán “Unrecht” por “injusto” no hace tan obvia en nuestro idioma la contraposición de injusto y derecho, a diferencia de lo que sucede en el idioma alemán (Unrecht – Recht). Sin embargo, sí expresa perfectamente esta conexión el término “antijurídico” e incluso en alguna medida el término “ilícito”.

¹⁴³ Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, nota 108, p. 477.

desvalor de intención, lo que el autor quiso¹⁴⁴ o cuál fue el descuido). Por su lado, la postura dualista se subdivide en dos posiciones; la primera, conocida como dualista mayoritaria, que configura el *injusto* con la concreción tanto del desvalor de acción como con el desvalor de resultado, de tal suerte que bastará con la inexistencia de uno de ellos para que no se configure el *injusto*, y la segunda postura, denominada dualismo moderado (que es la que comparto), por considerar el desvalor de acción como fundador del *injusto*, pero no se agota ahí, sino que el desvalor de resultado es quien va dando la gravedad del *injusto*, de tal suerte que la gravedad se presenta en la medida que se objetivice una mayor o menor medida de intención del sujeto. Con ello, el desvalor de acción y el desvalor de resultado serán cofundadores del *injusto*.¹⁴⁵

En este sentido, una conducta típica y antijurídica tiene una potencialidad de peligro hacia un bien jurídico determinado, en donde la peligrosidad se enjuiciará en el desvalor de acción (misma que se obtiene con una valoración *ex ante*); en tanto que el peligro se enjuiciará en el desvalor de resultado (bajo una valoración *ex post*). Así, se estará también en capacidad de realizar un juicio de peligro.

Por ello es que en las conductas desplegadas por los individuos, y en la búsqueda de un derecho penal preventivo, se debe tener en cuenta

¹⁴⁴ *Idem*. Cfr. Struensee, Eberhard, *Temas sobre teoría del delito*, México, Inacipe, 1991, p. 113. Lo que caracteriza al hecho portador del juicio de disvalor no es la falta de atención, examen o indagación, sino el actuar en una situación abierta, incierta, respecto a determinados factores de riesgo, también para el juzgador *ex ante*, sean o no sean clarificables con más precisión.

¹⁴⁵ Cfr. Cerezo Mir, “La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español”, *Revista Iter Criminis*, México, 1999, p. 86. Comenta que el desvalor de la acción, en los delitos dolosos, no estará sólo fundamentado por el dolo, los restantes elementos subjetivos de lo injusto y el modo, forma o grado de realización de la acción, sino también por su peligrosidad. El dolo seguirá siendo, sin embargo, un elemento fundamentador, ahora cofundamentador, de lo injusto y no un elemento que sirva únicamente para la graduación del mismo. Cfr. Gallas, citado por Tala Japaz, Alberto, “La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 14, núms. 2 y 3, mayo-diciembre de 1987, pp. 331, 333. Refiere que el disvalor de acto, esto es, “la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente”, incluye, en cierto modo, al disvalor de resultado... Los términos disvalor de acto y de resultado pueden ser enfocados, respectivamente, desde una perspectiva material o formal. El deber no hacer y el deber no ser, si bien se localizan como deberes jurídicos, en su alcance sólo pueden ser delimitados por la valoración material que les sirve de base.

aquellas conductas que incrementan los niveles de peligro, mismos que son soportados por la sociedad (en su totalidad), por lo que principalmente en actividades de organización (dada su complejidad), se debe tener en cuenta al desvalor de acción como integrante del *injusto* y al desvalor de resultado como el agravante del mismo, es decir, los aportes cuantitativos (entendido como aportaciones objetivas) serán aportes necesarios para el actuar colectivo, pero los aportes cualitativos serán base para la graduación del *injusto* atribuible a cada individuo.

Para Jakobs, la divergencia en torno al *injusto* radica en la postura que se asuma respecto de éste, sosteniendo:

La polémica en torno a la pertenencia del resultado en el *injusto* sólo tiene sentido si se la entiende como polémica acerca de qué concepto de *injusto* sirve mejor a la sistematización de un derecho penal que se propone la estabilización de expectativas: uno al que pertenezca el resultado u otro al que no pertenezca el resultado. Lo mismo es aplicable a la relación entre resultado y acción. Para ello no sirve de aclaración extraer conclusiones sobre el *injusto* desde la culpabilidad; no cabe decidir que al principio de culpabilidad se opone que la responsabilidad penal dependa de la producción del resultado, pues la culpabilidad, al igual que el *injusto*, no cabe definirla al margen del sistema.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 201. Cfr. Mezger, citado por Molina Fernández, *op. cit.*, nota 142, p. 272; comenta que el centro material del injusto se desplaza totalmente al desvalor de resultado, al considerar que “Injusto es la infracción del derecho en cuanto norma de valoración; modificación de un estado de cosas jurídicamente aprobado o causación de un estado de cosas jurídicamente desaprobado, y no modificación jurídicamente desaprobada de un estado de cosas. El delito es antijurídico, porque produce una antijuridicidad”. Cfr. Cerezo Mir, *ibidem*, pp. 29, 85; se pronuncia ante una postura dualista, comentando que: personalmente asumo una concepción dualista de lo injusto que apuna desvalor de acción y desvalor de resultado y en la que la antijuridicidad vendría determinada por la infracción de normas de determinación destinadas a la protección de bienes jurídicos: prohibiciones de realizar acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos (delitos dolosos de acción) o mandatos que ordenan la realización de acciones para evitar las lesiones de bienes jurídicos... Lo injusto completo queda constituido por la suma del desvalor de acción (que puede estar integrado por el dolo o la imprudencia, otros elementos subjetivos de lo injusto, infracción de deberes especiales, modo, forma o grado de desarrollo de la acción, grado de peligrosidad de la misma) y por el desvalor del resultado (lesión o peligro del bien jurídico), cuya pertenencia a lo injusto tiene su fundamento, además de en el derecho positivo, en los juicios de valor que constituyen el presupuesto lógico de las normas y sin los cuales éstas carecían de sentido, pues la norma es sólo un instrumento de protec-

Por lo anteriormente analizado, el *injusto* se debe constituir en forma independiente, tanto a la antijuridicidad como a la culpabilidad. Por otro lado, la valoración de una conducta injusta, por sí misma logra la concreción de una conducta que pone en peligro real un bien jurídico determinado, pues como expone Welzel, no es preciso, sin embargo, que se produzca un resultado de peligro, sino que haya corrido realmente peligro un bien jurídico. “Hay que distinguir claramente la peligrosidad de la acción y el resultado de peligro”.¹⁴⁷

La historia nos revela que la aceptación inicial por parte de la teoría neoclásica de que el *injusto* contiene excepcionalmente elementos subjetivos respondía no a un desplazamiento del centro de atención al desvalor de acción, sino, como cita Molina Fernández:

al reconocimiento de que la dañosidad social del hecho —el contenido material de la antijuridicidad— podía excepcionalmente estar condicionado por elementos subjetivos... Tanto en la tentativa como en los delitos de intención o expresión, la entrada de elementos subjetivos responde a la necesidad de poder evaluar una acción atendiendo al pronóstico de lesividad —al desvalor de acción— más que al resultado efectivamente producido. Con la irrupción del finalismo, el papel de los elementos subjetivos como puerta de entrada del desvalor de acción en el *injusto* se hizo explícito... Ello significa que la subjetivización del *injusto* se corresponde con el creciente protagonismo del desvalor de acción, y que éste se debe, a su vez, al renacimiento de la visión determinadora de la norma penal.¹⁴⁸

Esas valoraciones *ex ante*¹⁴⁹ deberán atender a la cognoscibilidad del sujeto frente a la norma, así como al peligro creado con su conducta,

ción de bienes jurídicos... Si la inexistencia o falta de presencia del objeto no era objetivamente cognoscible *ex ante* o aparecer *ex ante*, como absolutamente improbable (el cepillo, la cartera o la caja de causales están vacíos; la persona contra la que se dispara acaba de fallecer de un ataque al corazón, o ha colocado una almohada o un bulto en el lugar que ocupaba; el feto estaba muerto o la mujer no estaba, en realidad, embarazada) la acción era peligrosa, aunque ningún bien jurídico haya corrido peligro... No me parece correcto incluir en el juicio de peligro elementos o circunstancias sólo conocidas o cognoscibles *ex post*.

¹⁴⁷ Welzel, *cit.* por Cerezo Mir, *ibidem*, p. 84.

¹⁴⁸ Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, nota 142, p. 285.

¹⁴⁹ *Cfr.* Cerezo Mir, *cit.* por Gil Gil, Alicia, “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva”,

pues si bien en el desvalor de resultado se subjetiviza la conducta atendiendo a la intención, ésta no deberá olvidar que su base se encuentra en el elemento cognitivo fundamentador del dolo. Ya que es a partir de ahí que se podrá emitir un juicio de reproche objetivo.

En concreto, el *injusto* nos permitirá valorar el actuar del individuo, ya que “el tipo realizado constituye el *injusto* en caso de ausencia de causas de justificación”;¹⁵⁰ pues a nivel de antijuridicidad no se requiere la conciencia de la misma, y antes de valorar dicha conciencia de antijuridicidad en la culpabilidad, la configuración del *injusto* nos dará pautas para atender a la intención que el sujeto ha manifestado con su actuar, sea tanto a nivel de peligrosidad como de peligro. Intención que, como se analizará, tratándose de responsabilidad por organización se concretará con la mera determinación de hacer u omitir sustentada en un conocimiento del peligro generado con su conducta, con lo cual se podrá concretar incluso un *injusto colectivo*, que a nivel de culpabilidad permita la individualización de la pena, atendiendo al aporte individual hacia la concreción de la lesión o peligro de bienes jurídicos igualmente colectivos.

Revista de Derecho Penal, Argentina, vol. I, núm. 1, 2002, p. 33. La solución más adecuada es estimar que para evaluar la peligrosidad *ex ante* de la acción deberían tenerse en cuenta las representaciones del autor y sólo podrán descartarse aquellos datos o situaciones concretas representadas en la mente del autor cuya verdadera concurrencia rechazaría un observador imparcial en un juicio *ex ante* como absolutamente improbable, pero no aquellas otras que el autor tiene y el observador imparcial no habría tenido si no incorporamos a su juicio los conocimientos del autor, pero cuya existencia, sin embargo, este observador imparcial tampoco puede rechazar en este juicio *ex ante*... El criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la acción deberá así incorporar las representaciones del autor (pero también la determinación de la norma de cuidado no regulada explícitamente en el delito imprudente) y la figura del observador imparcial servirá únicamente para restringir el tipo objetivo del delito doloso excluyendo la peligrosidad y por lo tanto la realización del tipo en los casos en que el observador imparcial descartaría *ex ante* como absolutamente improbable la concurrencia de dichas representaciones. *Cfr.* Molina Fernández, *op. cit.*, nota 142, p. 280; la propuesta de Mir, en torno a su novedoso planteamiento sobre la posibilidad de dar entrada en el sistema a una antijuridicidad de la antinormatividad, me parece el único camino posible para salvar el concepto de injusto... su particular construcción del injusto objetivo... inicialmente se concibe como un juicio a realizar *ex post*, atendiendo al resultado, se delimita después la propia antijuridicidad objetiva atendiendo al desvalor de la acción entendido como peligrosidad objetiva *ex ante*. Esta restricción..., se intenta justificar bajo la idea de que el desvalor intersubjetivo *ex ante* condiciona también la lesividad del hecho en el mismo sentido que el resultado.

¹⁵⁰ Schmidhäuser, *cit.* por Jakobs, *op. cit.*, nota 146, p. 195.

II. INJUSTO PERSONAL

Una vez esbozado el concepto de *injusto*, así como la evolución e integración del mismo, cabe preguntarse si el éste, como sistemática propia del delito, ¿se debe limitar solamente a una conducta individual?, es decir, ¿no habrá casos en los que podamos ser coresponsables de un actuar común, como lo sería la distribución de funciones en una organización y respecto de cuyos resultados todos somos causantes, aun cuando no se reúnan los elementos de una coautoría? ¿Existe la posibilidad de conceptualizar un *injusto colectivo*? Respecto al *injusto personal* (dejando manifiesto su oposición), Jakobs sustenta lo siguiente:

La expectativa no se refiere al comportamiento del ser humano como existe *de facto*, sino al ser humano como debe ser, esto es, estando motivado de manera dominante hacia el cumplimiento de la norma... Si, partiendo de esta constatación, volvemos a dirigir nuestra atención ahora a la evitabilidad individual como parte del injusto, obtenemos el siguiente resultado: *en su punto de partida, la evitabilidad no es individual, sino objetiva*. No hay nada que sea evitable porque en el autor se presenten cualesquier fenómenos psíquicos, sino porque, si nos lo imaginamos con la motivación de un ciudadano perfecto, el autor evitaría. Cuando la motivación (que debe imaginarse como perfecta) conduce a un ejercicio de la dirección del aparato psicofísico real que conllevaría que no se ejecutase el comportamiento, entonces ese comportamiento es evitable. En esta situación, dolo e imprudencia individual son las formas en las que se manifiesta un déficit de motivación dominante hacia el cumplimiento de la norma; son, por lo tanto, el déficit *objetivo* de motivación para el cumplimiento de la norma, prolongando hasta penetrar en la realidad de lo individual y determinado en función del criterio del buen ciudadano. O formulándolo de nuevo: *dolo e imprudencia no fundamentan el injusto en su condición de hechos psíquicos individuales, sino como expresión de un defecto, determinado según criterios objetivos, que se manifiesta en el individuo*. Lo subjetivo-individual, esto es, el dolo como hecho psíquico, por tanto no *fundamenta* el injusto, sino que sólo es un *indicio* de la existencia de una falta (determinada objetivamente) de motivación para cumplir la norma. Si, como hoy es habitual, al hablar de “persona” se hace referencia a la individualidad autónoma, “injusto personal” es una denominación errónea para lo anterior. Sólo utilizando la antigua concepción de persona, como máscara o rol, podría hablarse del injusto personal; ya que, como se ha expuesto, se trata de la expresión individual de un déficit determinado objeti-

vamente; *este déficit es el soporte del injusto*. Toda la dirección de la acción únicamente tiene un significado indiciario; indica que falta lo único que se garantiza por medio del derecho penal: disposición para cumplir la norma. Por consiguiente, no es cierto que la dirección del comportamiento no tenga función alguna en el ámbito de lo injusto: se la aprehende por medio de indicios.¹⁵¹

Se aprecia como Jakobs, si bien atiende al déficit objetivo como soporte del *injusto*, dicho déficit no va dirigido a la “persona”, sino al sujeto respetuoso de la norma (atendiendo al rol del individuo); a nuestro juicio, en caso de actuación por organización, va dirigido a la organización misma, es decir, al colectivo, pues todos participan de un “fin común” (entendido dentro del ámbito de organización como la producción de un medicamento, un textil, un vehículo, una prestación de servicios, entre otros), por lo que todos los participantes de dicha organización configurarán un sólo *injusto* en el caso que, su actuar común constituya una lesión o un peligro a bienes jurídicos importantes en el campo del derecho penal, no así “varios” *injustos*; sin embargo, claro está que su aporte individual será graduable a nivel de culpabilidad. Es decir, toda vez que la concreción de los diversos aportes es lo que generó el resultado por organización, un solo aporte, analizado en su pura individualidad, difícilmente será valorado como *injusto*, por ser en forma aislada inocuo para el resultado, y por tanto carente de producción de peligro alguno. Sin embargo, ese aporte individual es trascendente en su concatenación con los otros aportes, por lo que se debe valorar dicho aporte individual en su

¹⁵¹ Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 33, pp. 70 y 71. Cfr. Mir Piug, “Sociedad, norma y persona en Jakobs”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Colombia, núm. 2, enero-marzo de 2003, pp. 138 y 139. Para Jakobs, la afirmación de las categorías del delito anteriores a la final de culpabilidad, como la de injusto, no sólo tiene sentido por razones didácticas, porque ninguna de ellas puede decidir definitivamente la única cuestión *específicamente penal*, la de si el hecho es expresión de sentido o simple naturaleza. La afirmación del *injusto* sólo puede pretender la presunción de que existe una expresión de sentido, puesto que esto sólo será así si luego se comprueba la concurrencia de culpabilidad. Por ello, sería hasta cierto punto indiferente si se tienen en cuenta o no determinados defectos físicos o síquicos del autor en la imputación objetiva o en la culpabilidad. Pero... no resulta convincente mantener un concepto de *injusto* que sólo sirve como presunción de que el hecho es culpable, esto es, para algo ajeno a lo que es específico de aquel concepto. Pero menos convincente resulta todavía renunciar al progreso que supuso la distinción de injusto y culpabilidad que introdujo Von Liszt y caracteriza al concepto moderno de delito, para regresar al *totum revolutum* del concepto anterior de delito.

contexto colectivo; pues es ahí, en la colectividad, donde reviste un verdadero incremento del riesgo. Claro está, valga la aclaración, que el individuo participará en dicha “colectividad” una vez que su acción individual se ha concretado como típica (sea dolosa o culposa) y antijurídica.

En capítulos anteriores me he referido a las posturas que reconocen el elemento cognitivo como fundamentador del dolo, para los cuales es suficiente la existencia de éste para que se impute al sujeto una conducta dolosa, así como un incremento del riesgo con su actuar, atento a dicho conocimiento del propio riesgo. Para Feijóo el *injusto* doloso se caracterizaría porque:

una persona toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcar intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que van a convertir ese hecho en un hecho típico, por ello, para imputar un tipo de resultado a título de dolo basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado lesivo, y, por tanto, prevea el resultado como consecuencia de ese riesgo. El conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado, y desde luego, la decisión del autor está vinculada a dicho resultado, lo que conozca el autor “espere”, “confíe” o “no desee” carece de relevancia.¹⁵²

¹⁵² Feijóo Sánchez, Bernardo, *cit.* por Domínguez López, Martha del Carmen, “El contenido del dolo. Problemática actual”, *XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, 2004. *Cfr.* Bacigalupo, *op. cit.*, nota 1, p. 98; que en el *delito doloso* ese disvalor de acción está dado porque el autor *ha querido* la realización del hecho típico, del presupuesto de hecho del delito o, dicho en otras palabras, porque ha propuesto como fin de su acción el resultado típico, ha seleccionado los medios para alcanzar ese fin y dado a su acción el impulso necesario para ello. Aquí es clara la coincidencia entre lo que el autor *hizo* y lo que el autor *quiso*. El haber querido el hecho típico constituye el disvalor de acción. *Cfr.* Gil Gil, Alicia, quien sostiene una postura contraria sobre la peligrosidad como fundadora del injusto, en *op. cit.*, nota 149, pp. 31-34; al comentar que el criterio de peligrosidad de la acción es incapaz de sustituir al dolo en la fundamentación de lo *injusto*. Pero el argumento esencial para demostrar esto y con ello para descartar el criterio de la peligrosidad como fundamento de lo injusto no es que este último deba incorporar necesariamente el dolo por deber tener en cuenta los conocimientos del sujeto..., sino el de que de ninguna manera se puede evitar la apelación al elemento subjetivo en la fundamentación de lo injusto (y de la peligrosidad) de la tentativa inacabada. Estas concepciones que fundamentan lo injusto en la peligrosidad o en la creación de un riesgo desaprobado se encuentran luego con la dificultad de explicar cómo es posible entonces que el dolo, elemento ajeno a tal fundamento, haga variar el contenido de *injusto*, o incluso cómo se explica su propia pertenencia al tipo, sin que por lo general la respuesta a esta cuestión permita mantener su inicial

De nuevo vemos que la confianza de que no se generen riesgos para la colectividad está basada en un ciudadano indeterminado, es decir, aquel que se sitúe en la concreta posibilidad de producción de un riesgo no permitido.

Se puede apreciar como la concreción del *injusto* a nivel “personal” no es un “escalón” simplista dentro de la sistemática del delito; menos aún cuando se habla de responsabilidad por organización, en donde, dada la complejidad de los aportes individuales, resulta sumamente complicado determinar el peso de cada uno de ellos para el resultado final (sea de lesión o de peligro). Todo esto es de suma importancia dado que son las bases para generar una imputación penal respecto de la conducta de cada sujeto, ya que no basta con “resolver” (o pretender resolver) los daños y peligros que soporta la sociedad, con meras sanciones administrativas que puedan atribuirse a la empresa como persona jurídica; sino que en aras de un derecho penal preventivo debemos ir más allá, debemos atender a la responsabilidad de cada individuo, de tal suerte que la confianza brindada a la organización misma recaiga igualmente en sus participantes, no siendo válido que éstos se escuden en la propia organización, pues finalmente ésta vendrá “pagando” por los daños y riesgos tolerados por dicha sociedad; siendo que los daños generados en la salud, integridad, vida, libertad, dignidad, seguridad, tranquilidad (por citar algunos) son invaluable y no se suplen con dinero alguno. Por el contrario, cada individuo deberá concientizar su propio actuar, y éste deberá ser respetuoso a los bienes jurídicos importantes para la sociedad en la que habita, de no ser así, justo es que responda por su propia culpabilidad.

En esta búsqueda por imputar penalmente la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en un hecho delictivo, la dogmática penal actual cuenta con dos importantes teorías, mismas que someramente se analizarán a continuación. A saber, la teoría del dominio del hecho y la teoría de la imputación objetiva. Si bien ambas son posturas sostenidas por importantes dogmáticos alemanes como Jakobs y Roxin (principalmente), de-

pretensión de que el tipo objetivo es idéntico para el delito doloso y para el imprudente. Postura más abierta mantiene Antolisei, al sostener que “un fenómeno es posible cuando ninguna ley o regla de la experiencia lo hace inconcebible, y por consiguiente es posible también el efecto raro e incluso rarísimo, mientras es probable tan solo aquél efecto que suele acontecer, que se verifica en la generalidad de los casos... los antiguos criminalistas concebían el peligro como una peligrosidad real, y la doctrina moderna la vincula a la de la probabilidad...”.

bemos tener en cuenta que solamente en la medida que asumamos la evolución que se está gestando en el mundo es que, como país, también seremos capaces de evolucionar, claro está, reconociendo nuestras propias necesidades y circunstancias, pero sin neceades nacionalistas, ya que tenemos todo para ser un país mejor, siempre y cuando queramos asumir el compromiso.

1. *Bajo la óptica del dominio del hecho*

A. *Evolución histórica*

De una manera breve citaremos la evolución que se ha gestado en la dogmática, previa a la teoría del dominio del hecho, la cual ha sido el sustento dogmático de esta última.

Teorías objetivo-formal; para las cuales, autor es aquel que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos de la parte especial, todos los demás son sólo inductores o cómplices.¹⁵³

Teorías objetivo-materiales; dentro de las cuales se consideraban diversas teorías como: teoría de la necesidad de la aportación causal (teoría de la necesidad), considerando que quien realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar, se equipara al que ejecuta el hecho de propia mano;¹⁵⁴ teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho (teoría de la simultaneidad) consideraba a la cooperación durante el hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad;¹⁵⁵ causalidad física y causalidad psíquica, que distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o sólo a través de la acción independiente de otro. Asimismo, los distingue atento a la causalidad directa e indirecta;¹⁵⁶ la teoría de la supremacía del autor (teoría de la su-

¹⁵³ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 54.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 58.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 65.

premacía) desarrolla la concepción de la coautoría y la complicidad, considerando las circunstancias al caso concreto, que se da en una relación de equivalencia (coordinación) o de subordinación y supremacía.¹⁵⁷

Teorías subjetivas; en las cuales se atendía a conceptos como la voluntad, los motivos, las actitudes, logrando diferenciar los aportes del autor a los aportes del partícipe, mismas que se subdivide en: teorías del dolo, data de comienzos del siglo XIX, atribuyendo al partícipe, en contraposición al autor, una voluntad dependiente, subordinada; parten de que el partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de éste;¹⁵⁸ la teoría del interés refiere a la distinción entre autores y partícipes en función del interés en el resultado empeñado, en donde “el cómplice no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito”.¹⁵⁹

Teorías mixtas; la cuales vienen a conjugar las anteriores.

Para comprender la importancia de la teoría del dominio del hecho, atendamos a los orígenes de la misma, basándonos para ello en la narrativa histórica que expone el propio Roxin:

Quien primero emplea el término de “dominio del hecho” es Hegler en 1915, pero lo entiende referido sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudencia, así como la ausencia de causas de exculpación. Según Hegler, actúa culpablemente sólo el que tiene en este sentido “pleno dominio del hecho”, esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido “señor del hecho en su concreta manifestación”. También atribuye tal dominio del hecho al autor imprudente, donde consistiría en la “falta de la voluntad de evitar el hecho tal como es, aun cuando era de esperar tal repercusión”. Quince años después desarrolla su conocida doctrina con arreglo a la cual lo esencial de la autoría mediata reside en la “supremacía” del sujeto de atrás, si el ejecutor obra inculpablemente o de modo sólo imprudente, el que ocasiona es autor porque es “pleno señor del hecho” o tiene el “dominio del hecho más intenso”.

Posteriormente, Hermann Bruns sintetiza:

La autoría se basa en la posibilidad del dominio del hecho inherente desde el principio al comportamiento. En la determinación y en el auxilio, falta

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 69.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 75.

el dominio del hecho desde el punto de vista del resultado final. Por eso, estas formas de comportamiento humano están tipificadas como modalidades de participación. En comparación con la autoría mediata, poseen menor contenido de *injusto* y constituyen causas de extensión de la pena. El dominio del hecho compartido fundamenta coautoría.

Estas consideraciones de delimitación entre autoría, inducción y complicidad con arreglo a esta teoría, empleando el concepto de dominio del hecho, conservan un sentido aún válido.

Weber traspone esta fórmula, hasta entonces entendida objetivamente al ámbito subjetivo, señalando: “autor es quien realiza el hecho con voluntad de dominio del hecho propio”, autor mediato es quien “se sirve de otra persona que a su vez actúa sin voluntad de dominio del hecho”.

En 1939 Welzel enlaza por primera vez la idea de dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de ésta una “autoría final” basada en el criterio del dominio del hecho. “La autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final”. La “teoría de la culpabilidad” en Hegler, la de la “adecuación” en Bruns, la justificación de la “teoría subjetiva de la participación” en Von Weber, la crítica a ésta en Lobe, la idea de “deber” en Schmidt, el “concepto causal” en Horn y, finalmente, la “doctrina de la acción” de Welzel han sido los puntos de partida dogmáticos que han contribuido a la evolución del concepto de dominio del hecho.

Dentro de los orígenes dogmáticos y de contenido de la teoría del dominio del hecho tenemos a Lobe, para quien:

lo esencial para la autoría es... sólo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho *se ejecute bajo su dominio*;... quien es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos *dos* elementos *subjetivo-objetivos*... en la participación falta el dominio de la acción ejecutiva.

En este contexto, el autor en cita habla del *animus domini* en conexión con el correspondiente *dominare* al ejecutar, como criterio de la autoría.

En el ámbito del actuar final, autor es sólo el que tiene el dominio final del hecho, señor del hecho, por lo tanto autor es aquel que consciente del fin lo configura en su existencia y forma de ser; inductores y cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo.

Para Welzel la coautoría es “la ejecución, distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. El dominio del hecho corresponde ahí a todos conjuntamente”. Así, sólo puede ser coautor aquel que es “cosustentador de la resolución del hecho”.¹⁶⁰

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

Welzel sigue enumerando como los tres requisitos de la autoría, el dominio final del hecho, así como los requisitos subjetivos y objetivos. También el que meramente prepara o auxilia en términos objetivos es coautor, si cabe considerarlo como “cosustentador de la resolución común del hecho”. En su teoría del dominio del hecho se aproxima a la teoría del dolo; se revela en la relación entre inducción y autoría. “La autoría mediata por medio de un sujeto actuante directo que a su vez es autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho no es sino inductor, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor”, consiguientemente, en el caso en que uno se aproveche del error de prohibición de otro, no reconoce autoría mediata, sólo en los casos en que el sujeto de detrás suscita intencionadamente el error de prohibición para que se cometa el delito.

Maurach llega a su teoría del dominio del hecho sobre la base de la teoría final de la acción. Para él, el dominio del hecho es “el mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico”. Considera que hay un dominio del hecho y por tanto autoría mediata en el sujeto de atrás cuando el ejecutor actúa dolosa y culpablemente. El mantener en las propias manos el curso del hecho típico le sirve también para caracterizar la coautoría. Reconoce expresamente la posibilidad de coautoría intelectual, diciendo “por tanto, coautor es aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso” del hecho, dirigiéndolo; inductor, aquél cuya aportación al hecho llega hasta determinar a cometer el hecho al aún no decidido; cómplice, aquél cuya cooperación se limita a reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos dejan en sus manos el hecho. Por eso, para él, es coautor el jefe que diri-

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 81-89.

ge desde lejos la intervención de los miembros de su banda. Su teoría se muestra como absolutamente independiente de la teoría del dolo, si bien se basa en el concepto final de acción, representa un desarrollo de la idea del dominio del hecho totalmente independiente.

Para Gallas la teoría objetivo-formal representa el punto de partida de sus consideraciones. A ésta la conecta con la doctrina final de la acción, con la idea de la adecuación y con un concepto “normativo” de dominio hasta formar una síntesis que supone una teoría del dominio del hecho totalmente original. Para el cual, quien tiene el dominio del hecho no se decide necesariamente en función del grado de dominio sobre el curso causal, sino también con arreglo al sentido jurídico de los distintos tipos. Eleva el concepto de dominio del hecho desde la esfera ontológica a la normativa. Admite la autoría mediata y el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás, basándose en que la naturaleza jurídica del hecho como delito depende aquí únicamente de la cualificación del sujeto de detrás; convirtiendo así el acto de inducción en ejercicio del dominio del hecho. Es el primero en intentar volver a relacionar el concepto ontológico de dominio del hecho, desarrollado en su día por Welzel en contraposición a la teoría normativa de la autoría.

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

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

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

Busch dice querer el hecho como propio sólo aquel que lo ejecuta sobre la base de su propia decisión, bien sea personalmente, bien por medio de quien se somete a su voluntad. El dominio del hecho distingue a la autoría de la mera participación. El partícipe deja la ejecución del hecho a la decisión de otro. Su justificación dogmática reside en la doctrina final de la acción.

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

Less llama “circunstancia externa” al dominio del hecho, estimando que este elemento, de emplearlo para articular el concepto de autor, va a tener por consecuencia una alteración estructural del concepto de delito. Propugna incluir el dominio del hecho, como elemento externo del tipo, entre los requisitos de la tipicidad, junto con la causalidad.

Jescheck representa una síntesis de elementos de las teorías objetivo-formales, objetivo-materiales y subjetivas. Basa la teoría del dominio del hecho en un nuevo concepto de la finalidad, piensa que ésta no debe “equipararse” aquí simplemente al dolo... pues también lo tienen el mero cómplice; más bien requiere que el interviniente, para tener dominio del hecho, se perciba a sí mismo como “sujeto del delito”. Teniendo que el elemento de la mentalidad, perteneciente al ámbito de la culpabilidad, de manera que para él autor y cómplice se distinguen no sólo en el contenido de injusto, sino también en el grado de culpabilidad.

Bockelmann estimaba que la diferencia entre autor y partícipe se encuentran en que el partícipe deja el hecho a criterio del autor; en que somete su propio propósito a la decisión ajena; aquél cuya decisión no depende de la de otro es autor. Materialmente se mantiene en la delimitación subjetiva, que no asigna importancia decisiva al peso de la aportación externa al hecho; abandona su delimitación estrictamente subjetiva. Sólo resultan de la imbricación de factores objetivos y subjetivos, giro que conduce a que este autor considere en todo caso autor a aquel que realiza el tipo de propia mano “aun cuando esté bajo influencia ajena, quizá hasta el punto de que suponga estar ejecutando la decisión de otro”.

Nowakiwski rechazaba la doctrina final de la acción, y entiende que no cabe hallar criterios de delimitación en el curso del suceso objetivo. En esta teoría subjetiva inserta la idea del dominio del hecho en una forma que se asemeja a la teoría del dolo, pero personalizada mediante la

consideración de elementos de “sentimiento”. Autor es el que toma parte en el hecho con la conciencia de que existe ajeno dominio del hecho. Su originalidad reside en que destaca la cuestión de la autoría con respecto a los planos del tipo y del injusto, y tratarla como puro problema de culpabilidad. Para él, la voluntad de dominio del hecho caracterizada por el sentimiento de autor es “un elemento normativo de la culpabilidad”, aprecia también un elemento de la disposición anímica.

Baumann busca su solución en la línea de un nuevo contenido de la fórmula del *animus*, y, por tanto, en una nueva configuración de la teoría del dolo, “la voluntad de dominio del hecho propio”, que el agente haya querido o no dominar el hecho en su ejecución. La voluntad de dominio del hecho (y no el dominio del hecho objetivo como tal) sería indicio de la voluntad de autor; la voluntad de cooperar en un hecho punible dominado por otro, o de provocarlo, de la voluntad de partícipe.

Sauer evita el término dominio del hecho, y define autor como aquel que desde un juicio objetivo pasa por ser creador, *auctor y dominus*. Conceptos que no cabe distinguirlos del de “señor del hecho”. Rechaza el concepto de autoría mediata.

Mezger parte de la esencia de la teoría del dolo, pero la limita matizando que no es la percepción del ejecutor la que decide sobre la voluntad del autor, sino que ha de atenderse al “sentido objetivo” de lo que éste comete voluntariamente. Aquél que ejecuta el hecho de propia mano es autor, “lo determinante no es... cómo considera el agente su hacer, sino lo que su hacer es”.

Mayer Hellmuth sustenta una teoría mixta. La delimitación entre autoría y participación surge, para él, de combinar la concepción objetivo-formal, la teoría de la simultaneidad y la teoría subjetiva. Autor es sólo aquel que toma parte personalmente en la ejecución; la cooperación en la fase preparatoria sólo puede llevar, siempre, a castigar por participación; entre los que cooperan en la ejecución hay que distinguir: autor es quien tiene *animus auctoris*, y los demás son partícipes, en donde este último no tiene dominio sobre la voluntad del autor, y en esa medida carece del dominio propio sobre el hecho.

Schröder señala que no es posible delimitar satisfactoriamente el concepto de dominio del hecho, que está orientado unilateralmente a la autoría mediata; sin embargo, la teoría subjetiva que profesa es absolutamente afín a la teoría del dominio del hecho que rechaza.

En 1963 Roxin presentó, en la revista *Goldammer's Archiv*, su doctrina del “dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, desarrollada con base en la teoría del dominio del hecho.¹⁶¹ Teoría que, aun cuando se presenta ante nuevas realidades, sigue marcando la pauta para las nuevas adecuaciones de la dogmática.

B. *Especial referencia al dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder*

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

se puede coaccionar a quien actúa, se le puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como *factor causal ciego*; o, si el sujeto que actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda *intercambiarse libremente*. De modo muy sintético, se alude así al dominio de voluntad por coacción, por error o “*en virtud de aparatos organizados de poder*”.¹⁶²

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

Dada la extensión de la teoría del dominio del hecho, resulta imposible abordarla en su totalidad, por lo que a continuación, y con el parámetro ya establecido, nos centraremos principalmente en el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Teoría que a la fe-

¹⁶¹ Kai Ambos, “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, *Revista de Ciencias Penales*, Costa Rica, año 12, núm. 17, marzo de 2000, p. 29.

¹⁶² *Ibidem*, p. 30.

cha parece resolver con mayor claridad (aunque con diversas interrogantes sin responder) la complejidad de imputar penalmente, en forma individual, a quien incrementa el riesgo dentro de las labores de una organización. En donde se emplea una maquinaria organizativa, mediante la cual se pueden dirigir órdenes hacia los subordinados, atento al dominio de la voluntad que sobre los mismos se tiene, toda vez que los empleados de dicha organización han establecido un compromiso (o contrato) de realizar cierta labor dentro de la empresa, por lo que el superior jerárquico (u hombre de atrás en determinados casos) tiene por cierto que sus órdenes se llevarán a cabo, simplemente por que los subordinados se han comprometido a ello, independientemente del ejecutor que lleve a cabo la instrucción, toda vez que en múltiples casos quien da la orden la dirige a un sector determinado de la empresa, mas no a individuos “con nombre”; es ahí donde radica la *fungibilidad* a la que atiende la teoría del dominio del hecho, en donde los sujetos actuantes o ejecutores son intercambiables, lo que garantiza aún más el cumplimiento de la orden emitida por el superior.

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

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

el interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos, ocurre a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato.¹⁶³

Tomando como sustento la concepción de “dominio por organización” sostenida por Roxin, existen opiniones de otros estudiosos que no distan mucho de la propuesta por el referido penalista, pero de las cuales podemos apreciar cómo siguen analizándose ciertas inquietudes que parece que aún no están abordadas en forma satisfactoria por la dogmática. Por ello es que nos permitimos citar algunas posturas que darán la pauta al análisis central del presente trabajo, el *injusto colectivo*, como argumento dogmático que ayude a la imputación penal de las conductas individuales que se entrelazan en una organización.

Tenemos así que Herzberg coincide de modo pleno con el criterio de fungibilidad de Roxin, al partir de que la libertad de decisión de quienes reciben la orden (ejecutores) no afecta al dominio del hecho de los hombres de atrás. Pues, en su opinión, en este contexto el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, el “aparato”, que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir.¹⁶⁴

Bloy asume que se trata de un supuesto de imputación por *injusto de organización*, y tan sólo en el caso del clásico *injusto* individual está dispuesto a reconocer una limitación de la autoría mediata a través del principio de responsabilidad.¹⁶⁵

Schmidhäuser acepta, en la actualidad, el criterio de la fungibilidad, pero afirma la concurrencia de autoría mediata también en aquellos casos

¹⁶³ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 153, p. 274.

¹⁶⁴ Herzberg, *cit.* por Kai Ambos, *op. cit.*, nota 161, p. 31. Agrega Kai Ambos que, en su opinión, en este contexto el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, el “aparato”, que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir.

¹⁶⁵ Bloy, *cit.* por Kai Ambos, *ibidem*, p. 31; quien agrega: resulta convincente el punto de vista por él introducido según el cual por regla general una conducta coordinada en sentido *vertical* suele dar lugar a autoría mediata, mientras que la coautoría tiene como presupuesto una conducta coordinada en el plano *horizontal*.

en los que la víctima es puesta a merced de una muchedumbre dispuesta a llevar a cabo el hecho.¹⁶⁶

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

ocupando dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, da (traslada) instrucciones a otro que osamenta un rango inferior para que cometa un delito, pudiendo contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida, y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida.¹⁶⁷

Schild reconoce la construcción del dominio por organización, pero la reconduce —al igual que en el caso del dominio por coacción y por error— no al dominio por voluntad, sino exclusivamente al *dominio de la acción* del hombre de atrás. En cuanto al resultado alcanzado, este autor, sin embargo, se muestra partidario de afirmar la concurrencia de una mera autoría individual.¹⁶⁸

Schroeder erige en criterio la decisión incondicional de cometer el hecho en la persona del ejecutor, considerando que el dominio por organización es una “construcción *ad hoc*”, cuyo elemento central (es decir, el criterio de la fungibilidad) no puede configurar el fundamento material del dominio del hecho. Pues, en su opinión, por un lado, este criterio no

¹⁶⁶ Schmidhäuser, *cit.* por Kai Ambos, *ibidem*, pp. 31 y 32.

¹⁶⁷ Bottke, *cit.* por *ibidem*, p. 32. *Cfr.* Kai Ambos, en dicho artículo, p. 29, quien comenta que en la actualidad la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes parte de que el hombre de atrás —a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable— tiene dominio del hecho cuando “aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados”. “Si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar”, será autor mediato. Agregando el autor que sigue sin estar claro si con ello la jurisprudencia abandona la teoría subjetiva y se suma de modo completo a la teoría (objetiva) del *dominio del hecho*.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 32. De acuerdo con el punto de vista de este autor, el hombre de atrás no comete el hecho tan sólo “por medio” de otro, “sino quien comete de este modo el hecho por medio de otro *crea él mismo la acción típica* (precisamente, a través de un instrumento, y, por lo tanto, no por medio de «otro»)", en este sentido, habrían de tomarse como punto de referencia las conductas típicas de la Parte Especial, incluyendo el dolo.

tiene en cuenta la especialización funcional de los ejecutores producida por el lento proceso de integración en tales organizaciones, y, por otro lado, aun el hecho de que los ejecutores no fueran intercambiables no cambiaría en nada la responsabilidad jurídico-penal de los hombres de atrás. Según este autor, el elemento decisivo desde el punto de vista material está en que en todo momento existan “personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”.¹⁶⁹

Murmann defiende un dominio del hecho por poder de instrucción. En su opinión, la noción de dominio de organización parte de un mero dominio instrumental del suceso exterior, dejando de lado así que también un —hipotético— funcionamiento perfecto de la organización no puede prescindir de la libertad del ejecutor... También pone en duda la fungibilidad de los ejecutores inmediatos el hecho de que sólo entra en consideración para la realización del hecho en cada caso un número limitado de personas, de manera que no cabría hablar de ningún modo de “un número prácticamente ilimitado de personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”. Por estas razones, en su opinión, ha de tomarse como punto de referencia la “relación mutua de reconocimiento” entre autor (Estado) y víctima (ciudadanos).¹⁷⁰

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

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

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 32. Citado en el mismo artículo, el rechazo de Roxin ante este criterio de la “disposición incondicional”, ya que de acuerdo con este precepto, el “caso clásico de una disposición (condicionada o incondicional) a realizar el hecho” (la aceptación de un ofrecimiento) precisamente no es autoría mediata, sino *inducción*.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 33 y 34. Agrega Kai Ambos que ha de darse la razón a Murmann cuando advierte que no se puede partir de modo prácticamente automático de la falta de libertad del ejecutor con la mera afirmación del dominio por organización. No sólo el dominio de organización como tal, sino también el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, que lo anterior implica (y la falta de libertad del ejecutor), han de probarse en el caso concreto.

el carácter común de la decisión de realizar el hecho —que es necesario para una coautoría— queda configurado por la conciencia común de dirijentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos con las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con la instrucción de la dirección. Para ello no sería decisivo que los intervinientes se conozcan entre ellos. Por otra parte, tampoco sería necesaria una intervención en el estadio de ejecución.¹⁷¹

Otto indica que el ejecutor directo está determinado de modo esencial por la conciencia de que no será hecho responsable de sus hechos. Esta circunstancia, sin embargo, no fundamenta aún un dominio del hecho del “planificador” sobre su persona. Por el contrario, con su conducta el ejecutor asume como propio el plan delictivo por actos concluyentes; por ello, habría que afirmar que concurre coautoría.¹⁷²

Bockelmann afirma que concurre autoría accesoria, argumentando que la coautoría queda excluida a falta de una común decisión de realizar el hecho, y que la concurrencia de autoría mediata no puede afirmarse teniendo en cuenta que los ejecutores son plenamente responsables.¹⁷³

Queda claro que el punto de partida del dominio del hecho genera un gran avance para la imputación a título individual, sin embargo, no lo resuelve en su totalidad, quedando en la dogmática actual muchas discrepancias y lagunas jurídicas. Por su lado, Herzberg habla de la libertad de decisión; Bloy menciona un injusto por organización; Bottke habla de una actitud criminal colectiva; Schild no comparte el dominio de la voluntad sino el dominio de la acción del hombre de atrás, señalando una

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 35. En su opinión, en contra de una supuesta fungibilidad hay que tener en cuenta el hecho de que no eran intercambiables todos los soldados de fronteras de modo simultáneo, sino sólo de modo sucesivo, una característica que no tiene nada de especial en el ámbito de la participación. Desde este punto de vista, está dentro de la lógica de las estructuras de organización constatadas por la jurisprudencia que éstas no sólo permiten el intercambio de los receptores de órdenes, sino también de los emisores. Finalmente, lo que sucede es que no existe —como afirma Roxin— un “dominio superior de cualidad propia”, sino que quienes emiten las órdenes y quienes las ejecutan son jurídicamente de igual rango; por lo demás, el ejecutor *jurídicamente* no actúa de modo automático, sino que se deja corromper por la orden, siendo este acto responsable “lo exactamente opuesto a un funcionamiento automático”.

¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 36. *Cfr.* Roxin ha aducido con razón que la imbricación de las distintas acciones dentro del aparato organizado de poder excluye el fluir paralelo y sin vínculos de varias series causales que caracterizan a la autoría accesoria.

autoría individual; Schroeder sostiene que lo decisivo en el “dominio” es que en todo momento “existan personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”; Murmann pone en duda la fungibilidad, por no tratarse de un número ilimitado de posibles ejecutores. Por su lado, Jakobs, en dominio por organización, habla de una coautoría,¹⁷⁴ dada la conciencia común que tienen tanto dirigentes y ejecutores; Otto, igualmente, asume la postura de coautoría, dado que el ejecutor hace propio el plan delictivo, y Bockelmann rechaza la coautoría por falta de acuerdo común, así como la autoría mediata por ser los ejecutores penalmente responsables, sosteniendo la existencia de una autoría accesoria.

Otra interrogante se plantea en torno a los *delitos cualificados propios*, para los cuales en “el instrumento doloso no cualificado existe un supuesto de hecho que, sobre la base de la teoría del dominio del hecho, podría entrañar simplemente inducción, pues se trata de suscitar una decisión del hecho”;¹⁷⁵ por lo que, finalmente, la conducta del ejecutor quedará impune por no satisfacer la cualidad específica que exige el tipo, y por otro lado, al hombre de atrás, cuando mucho, se le podría enviar a la periferia de la inducción, igual sucedería cuando el hombre de atrás sea un *extraneus*; siendo cuestionable incluso la existencia de dicha “inducción” sin la figura central de la autoría. Situaciones ante las cuales la teoría del dominio del hecho de alguna manera se encuentra limitada pese a su trascendencia, máxime en responsabilidad penal por organización.

Hasta aquí se dejarán estas inquietudes, mismas que son compartidas en su totalidad, ya que la complejidad de las interacciones humanas dentro de la actual sociedad demanda nuevas estructuras dogmáticas que regulen en su totalidad no solamente sucesos individuales, sino estos ámbitos de responsabilidad por organización, en donde, como vemos, aun con

¹⁷⁴ Cfr. Schünemann, *op. cit.*, nota 138, p. 19; quien comenta: “En mi opinión, para la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder se debería exigir una supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como *Roxin*, que la organización se aparte del derecho, sino también que se base en un sistema de ejercicio de violencia (lo que quizá ya venga implicado en el concepto de «aparato de poder»).... En su lugar, considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por un lado, tiene una posición de garante..., y, por otro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omisiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría”.

¹⁷⁵ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 153, p. 282.

las nuevas teorías de imputación objetiva así como de dominio del hecho, siguen quedando sin protección jurídica. Ante lo cual, es la sociedad misma quien está pagando por esos costes, y es el propio individuo quien, a su vez, sigue interactuando en forma indiferente y, por ende, irresponsable.

Bajo la propia dinámica de la organización, Schünemann considera que:

la idea de una dirección absoluta mediante una o más personas *omnipotentes* en la empresa que están en la cúspide de la jerarquía,... no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, ni, especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna, porque la división de trabajo conduce a una diferenciación funcional y a una descentralización de los procesos de acción y decisión, a través de las que el poder de dominio inicial de los órganos directivos se transforma en un “poder de intermediación y en vez de dominio de la acción existe una función de coordinación, lo que, unido a la simultánea descentralización del conocimiento, puede conducir como resultado final, incluso, a una «irresponsabilidad organizada»”.¹⁷⁶ Solamente en la medida que se responsabilice a cada individuo por su propio aporte es que lograremos vivir en una sociedad con menos riesgos, y, por tanto, con mejor calidad de vida. En definitiva en una sociedad más consciente y responsable.

2. Bajo la óptica de imputación objetiva

La postura de Claus Roxin respecto la teoría de la imputación objetiva fue estructurada a comienzos de 1970, época en que propuso los siguientes criterios normativos como reguladores del nexo causal: a) crear un riesgo

¹⁷⁶ Schünemann, Bernd, *op. cit.*, nota 138, p. 16. Cfr. Feijóo Sánchez, Bernardo, “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español”, *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, Colombia, núm. 4, julio-septiembre de 2003, p. 142. Esta afirmación parte de la idea de que determinados hechos no deben ser interpretados en clave individual sino que sólo adquieren un sentido delictivo como obra colectiva. En muchos casos una consideración aislada de las distintas aportaciones al hecho no permite valorar correctamente la dimensión típica de cada una de ellas. Determinadas modalidades de conducta sólo son relevantes para el derecho penal en relación con otras conductas y sólo en el marco de esa relación cobran sentido típico. Al mismo tiempo, no se debe olvidar a la hora de interpretar o valorar una conducta teniendo en cuenta otras que en una sociedad como la nuestra que se basa en la libertad y responsabilidad individual los comportamientos de terceros que actúan libre y responsablemente son normativamente algo distinto que cursos causales o fenómenos naturales.

no permitido; *b*) concreción del riesgo no permitido en un resultado, y *c*) que el resultado pertenezca al ámbito de protección de la norma.¹⁷⁷

Es decir, ya no basta la mera causalidad obtenida bajo la fórmula de la *conditio sine qua non*, sino que se precisa de mayores elementos para tener por cierto que el derecho penal habrá de reaccionar ante determinadas conductas, así como la medida de su reacción. Ya no se ve al individuo como un ente natural y causal, sino como una persona en toda su extensión. Por su lado, el resultado no es una mera consecuencia (y por tanto imputable penalmente), sino que más allá del mero silogismo de: si evitando “X” acción se evita el resultado “Y”, querrá decir que la acción “X” es la causante del resultado “Y”, pues alrededor de dicho silogismo se concretan un sinnúmero de consideraciones valoradas por la sociedad como permitidas o no permitidas, atento a que la propia dinámica social “permite” asumir ciertos riesgos, lo cual implica el coste de vivir en sociedad.

Para Feijóo, la teoría de la imputación objetiva

no añade un elemento de análisis dentro de la estructura del delito —aunque ofrezca nuevos criterios dogmáticos— sino una nueva forma o perspectiva de análisis de la tipicidad con la que no se tienen en cuenta criterios de imputación naturalísticos (causalidad, finalidad, etcétera) sino fundamentalmente normativos (la existencia de riesgos asumidos por el propio ordenamiento jurídico, la delimitación social de esferas o ámbitos de organización y decisión, el principio de auto responsabilidad, etcétera).¹⁷⁸

¹⁷⁷ *cit.* por Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, nota 108, p. 311. Agrega Quintino: “el avance concreto de la teoría de la imputación objetiva consiste en haber demostrado, primeramente, que en derecho penal la cuestión no consiste en saber *quién ha causado algo*, sino que más bien, se trata de afirmar *a quién le es imputable* un cierto comportamiento perturbador de la norma penal”.

¹⁷⁸ Feijóo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, nota 178, p. 73. *Cfr.* Jakobs, “La imputación objetiva en derecho penal”, México, Ángel, 2002, p. 17; “la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etc., y con ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares”.

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

más bien, enuncia que un derecho de comportarse de determinada manera, o, a la inversa, el ilícito de un comportamiento, no se puede determinar teniendo en cuenta solamente un individuo aislado, ni una norma aislada, sino siempre teniendo en cuenta personas, es decir, reglas específicas de una sociedad. Esta hipótesis se puede desdoblar en tres proposiciones: el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso.¹⁷⁹

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

A. *Riesgo permitido*

Dentro de la teoría de la imputación objetiva resulta predominante considerar el rol que cumple el ciudadano respecto de determinado actuar, pues será con base en dicho rol que se podrá calificar su conducta. Es decir, “no bastará con la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico”,¹⁸⁰ sino que precisamos responsabilizar al individuo únicamente en torno a su ámbito de competencia, o bien de su rol, pues no podemos esperar que todos conozcamos todo o seamos capaces de desarrollarnos eficazmente en todos los ámbitos, por ello, atento a nuestro desempeño y nuestra humanidad imperfecta, nos desarrollamos en sociedad asumiendo los riesgos del error humano. De tal suerte que el riesgo permitido forma una barrera de permisión, y, mientras nuestro actuar se desarrolle dentro de dichas barreras, nuestras conductas e incluso sus resultados serán “permitidos” y “tolerados” por la sociedad. No así las conductas desplegadas fuera de esas barreras (del riesgo permitido), si-

¹⁷⁹ Jakobs, Günther, *Problemas capitales del derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*, Argentina, Hammurabi, 1998, p. 43.

¹⁸⁰ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, op. cit., p. 22. Cfr. Hassemer y Muñoz Conde, op. cit., p. 98, comentan que según la teoría de la imputación objetiva, tanto la creación de un riesgo no permitido, como el incremento más allá de lo tolerable de un riesgo en sí permitido es lo que, entre otros criterios, fundamenta la imputación de un resultado, siempre claro está que quede constatada la relación de causalidad entre la acción peligrosa y el resultado dañoso producido.

tuación en la cual, sea por la conducta riesgosa o por el resultado (de lesión o de peligro), sí reaccionará el derecho penal.

Una vez abordado el tema de la sociedad del riesgo, y puntualizado que dentro de la dinámica de dicha sociedad, y atento a la actual complejidad de la misma, debemos asumir ciertos riesgos en nuestro diario vivir, pues de no ser así, simplemente no podríamos siquiera salir de nuestra casa para evitar sufrir el mínimo percance. Es decir, atento a que debemos seguir viviendo en sociedad (con los riesgos que cada sociedad vaya asumiendo) es que vamos ponderando los costes-beneficios¹⁸¹ que ello implica, y, atento a esto, la sociedad misma va “permitiendo” llevar a cabo ciertos riesgos. Sin dejar de lado la viabilidad que se tenga o no de haber conocido dichos riesgos, pues tampoco podemos tolerar indiferencias, ya que nos llevaría al absurdo de decir “no sabía que actuaba fuera de las barreras del riesgo permitido”; ya que atento al rol que desempeñamos, tenemos obligación de conocer aquello que está a nuestro alcance, máxime cuando es necesario para el desempeño de nuestro actuar responsable.

Con este preámbulo se atenderá a la concepción que Jakobs propone del riesgo permitido, cuando considera que:

se trata de una concreción de la adecuación social. Aquí no se toman en consideración las situaciones de justificación. El riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece los que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción.¹⁸²

De tal suerte que, en tanto la sociedad busca los límites para interactuar con los riesgos que considera “tolerables”, será el derecho penal el que regule los riesgos no permitidos, así como los riesgos permitidos que han sobrepasado sus barreras de permisión; esto se objetiviza a través de la tipificación de las conductas que para la sociedad es importante mantener dentro de ciertos límites, dentro de cierta normatividad. Es decir, dentro de normas permisivas y prohibitivas insertas en la legislación.

¹⁸¹ Cfr. Jakobs, Günther, *op. cit.*, p. 34; comenta que el beneficio estaría *constituido* por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una relación adecuada.

¹⁸² *Idem.*

B. Principio de confianza

Partamos de la máxima expuesta por Hegel: “el mandato jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como persona”.¹⁸³ Es decir, “reconocer a los otros como yo”,¹⁸⁴ como sujetos que confían en nosotros, tanto como nosotros deseamos confiar en ellos. Entendiendo que todos somos corresponsables del mundo que habitamos.

Este principio de confianza nos permite actuar en nuestro diario vivir, atento a que el “otro” cumple con su propio rol. Sin embargo, dentro de una estructura de división de trabajo se va haciendo más complejo este principio de confianza, atendiendo a que los demás deberán cumplir fielmente con su aporte. Sin embargo, en la medida que el sistema social se hace más complejo, la confianza en la norma ha de adoptar la función de esa confianza original en los otros. “La confianza original se ve sustituida por la «confianza en el sistema» para posibilitar la interacción social. Cuanto más anónimos son los contactos el aumento de la desconfianza entre los individuos es mayor y son más necesarias las normas que garantizan ciertas expectativas”.¹⁸⁵ Por lo que en estructuras de organización, donde se concatenan varios aportes individuales, resulta de vital importancia este principio de confianza, pues es lo que permitirá a cada individuo atender a su propia tarea con la tranquilidad de que el resto del grupo ha hecho lo suyo en forma correcta (o debida atento a su propio rol).

¹⁸³ Hegel, *cit.* por Feijóo Sánchez, *op. cit.*, nota 178, p. 39. Agregando este último que a partir de ese reconocimiento surge el mundo del derecho como algo vinculante construido a través de la comunicación.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 39, 41. Agrega este autor que hasta donde llega el reconocimiento de autodeterminación llega la responsabilidad. El ámbito de autonomía que disfruta un ciudadano es equivalente a su ámbito de responsabilidad... Las posibilidades de contacto están en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositen en las normas...: cuando la confianza en éstas se ve afectada las posibilidades de contacto social se reducen y la vida social se entumece; por el contrario, donde existe confianza en que todos respetarán las normas las posibilidades de contacto son mucho mayores.

¹⁸⁵ Otto, *cit.* por *ibidem*, p. 43. *Cfr.* Jakobs, *op. cit.*, p. 25; comenta que el principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo. *Cfr.* Kindhäuser, *cit.*, en Feijóo, *op. cit.*, nota 178, p. 44. Comenta: “Si la norma no se reconoce como efectiva frente a los comportamientos se aminora su valor como criterio rector de la conducta; se defrauda —aunque sólo sea caso por caso— la confianza de los ciudadanos en el reconocimiento de la norma”.

Si el que persigue una finalidad en un determinado ámbito social puede contar con que los otros van a comportarse de forma correcta, ello tiene como consecuencia que se pueda organizar la consecución del interés que se persigue de una forma más racional. Por tanto, “el principio de confianza posibilita una organización más razonable de los contactos interpersonales. El principio de confianza, pues, está estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad”.¹⁸⁶

El principio de confianza, si bien es el punto toral para la división o reparto de trabajo, también se debe entender con límites claramente establecidos, de no ser así se corre el riesgo de abusar del mismo, y que conductas descuidadas o indiferentes se cobijen ante la responsabilidad de terceros y bajo el manto del principio de confianza. Si bien en una organización cada quien tiene su propia tarea a realizar, no se pueden tolerar o consentir conductas disvaliosas de los demás intervinientes de la organización, y menos aún amparar nuestra conducta dolosa o culposa en dicho aporte defectuoso. Como comenta Feijóo: si alguien se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su *injusto* dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero. Esta persona está realizando ya un comportamiento antijurídico con indiferencia de que concurra con una conducta defectuosa de otra persona.¹⁸⁷

En la responsabilidad por organización debemos prestar atención a las órdenes que se dictan en forma vertical,¹⁸⁸ en donde el superior jerárqui-

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 50. *Cfr.* Frisch, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa”, en Mir Piug y Luzón Peña, *op. cit.*, nota 69; al sostener que: hasta qué punto se puede responsabilizar al órgano directivo de una empresa de la contratación o nombramiento del empleado en cuestión, o por haberle proporcionado los instrumentos para su trabajo o las informaciones necesarias, es una cuestión que no resulta fácil responder. Pues las respuestas que se dan a esta pregunta acerca de la responsabilidad por comportamientos delictivos de terceros resultan ya en general vagas y ambiguas; yendo desde la aplicación del concepto de “prohibición de regreso”, hasta el intento de centrar la cuestión en el momento subjetivo, pasando por el otorgamiento de relevancia al principio de confianza, a la adecuación social o al pensamiento del dominio.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 58.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 69. Al respecto comenta que en algunos casos uno no sólo toma decisiones y responde de sus comportamientos sino que su ámbito de decisión y, por tanto, de responsabilidad, se extiende hasta afectar al comportamiento de terceras personas. En ese caso, la incorrecta organización de esa esfera de señorío ampliada supone que uno no responde de un injusto ajeno sino de la propia infracción de sus deberes como garante. Esto es importante, por ejemplo, en los casos de división vertical del trabajo en los que el superior o los superiores pueden tener especiales deberes de control y vigilancia que limi-

co si bien no será responsable de la propia actuación de su subordinado, sí lo será de las indicaciones que le dé a éste, así como de la conciencia que tenga de la falta de capacidad o de pericia del subordinado para ejecutar el trabajo encomendado, en donde, atento a la organización misma, será responsable de delegar responsabilidades en alguien que, dada su experiencia (la del superior jerárquico), considera incapaz de llevar a cabo, o, peor aún, que la “notoria” inexperiencia del subordinado pueda producir un riesgo determinado. Por tanto, “cuanto menores sean la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza”.¹⁸⁹ Lo cual tampoco implica la permisión del otro extremo, es decir, que el subordinado consciente de su incapacidad por cumplir la labor encomendada, se ampare en la “orden” recibida por su superior, ni en el deber de vigilancia de este último.

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

Cuando una persona conozca o deba conocer (elemento de imputación personal) una situación en la que ya no les es posible confiar —existen motivos objetivos concretos o evidencias de que otra persona no quiere respetar las normas o carece de capacidad para ello— ya será posible im-

tan el alcance del principio de confianza. En las relaciones jerárquicas los superiores (por ejemplo, el director médico de un hospital) pueden tener deberes especiales de selección, información, entrega de medios materiales, preparación, etcétera. O, por ejemplo, ciertas personas con deberes de inspección no pueden partir en su trabajo de la confianza en que todas las personas susceptibles de investigación respetan escrupulosamente las normas y, con base en ello, infringir sus deberes de inspección.

¹⁸⁹ Cerezo Mir, *cit.* por Feijóo, *ibidem*, p. 55. Agrega Feijóo que toda indicación defectuosa, imprecisa o incompleta a un subordinado supone ya una infracción del deber de cuidado... Sin embargo, ello no implica tratar a los subordinados como personas irresponsables”. *Cfr.* Schünemann, *op. cit.*, nota 138, p. 56; quien al respecto agrega que el que recibe las instrucciones debe asegurarse de que ha entendido bien dichas instrucciones o solicitar algún tipo de aclaración o instrucciones complementarias cuando le surge alguna duda con referencia a la corrección de lo que ha de hacer.

putar el hecho típico a esa persona a título de dolo o imprudencia en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación.¹⁹⁰

Es decir, la confianza no es ciega, sino que debe ser objetiva, de tal suerte que no será justificada nuestra conducta si, concatenada con otra que ha rebasado los niveles de confianza, genera un resultado típico, pues objetivamente se pudo haber evitado. Máxime si existe un tercero que confía en esta última aportación.

C. Prohibición de regreso

La concepción de prohibición de regreso se expuso a principios del siglo XX en Alemania por Reinhart Frank, entendido como un mecanismo para impedir que la responsabilidad penal se extendiera de manera ilimitada; conforme al planteamiento original de la prohibición de regreso, “un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada”.¹⁹¹

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 75. Cfr. la postura en contrario sostenida por Gil Gil, *op. cit.*, nota 149, pp. 50-53; al decir que: “Quien se conduce observando las normas de cuidado no tiene por qué preocuparse de si es o no previsible que los demás las incumplan. Creo que este criterio utilizado como criterio de imputación objetiva para todos los tipos proviene de nuevo del error de empezar la determinación del cuidado por el criterio de la previsibilidad, de la peligrosidad, o de la creación o el aumento de un peligro, e intentar luego reducirlo mediante los criterios de imputación objetiva (incluido el riesgo permitido)... Quien cumple con las normas de cuidado que regulan la situación específica no es que pueda confiar en que los demás también lo harían sino que no realiza ninguna conducta contraria a la prohibición”. En mi opinión, la teoría de la imputación objetiva parte de un principio falso (de una errónea concepción de la antijuridicidad), y luego va poniendo parches (criterios de imputación objetiva) para solucionar los errores que se le presentan. Con otra concepción de lo injusto que a su vez nos lleva a una determinación diferente de la norma de cuidado no es preciso acudir a la artificiosa construcción de la imputación objetiva de resultados. Cfr. Stratenwerth, *cit.* por Feijóo, *ibidem*, p. 55. La enorme especialización que caracteriza a nuestra sociedad en la actualidad tiene como consecuencia que cada uno sólo se pueda ocupar con garantías suficientes de un ámbito muy limitado.

¹⁹¹ Reyes Alvarado, Yesid, “El concepto de imputación objetiva. Derecho penal contemporáneo”, *Revista Internacional*, Colombia, núm. 1, octubre-diciembre de 2002, pp. 19 y 20. Agregando que, en términos generales, puede entonces afirmarse que con la *prohibición de regreso* se pretendió exonerar la responsabilidad penal a quien con su conducta posibilita la ejecución del hecho delictivo, equiparando así el comportamiento de esa persona con el de quien despliega una conducta socialmente adecuada. La *prohibi-*

Por lo que esta prohibición de regreso:

se concreta en la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien, física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo —hubiese bastado la voluntad de hacerlo—, a pesar de la no evitación, no han quebrantado su *rol* de ciudadanos que se comportan legalmente. La prohibición de regreso no anula deberes *existentes*, sino que, sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad.¹⁹²

Imaginemos un campo de tiro en donde la “empresa” provee al tirador “A” un rifle cargado para efecto de las prácticas de tiro; es el caso que “A”, sea por error o en forma dolosa, dispara el arma hiriendo a “B”, situación en la cual sería imposible atender a un curso causal en donde se imputaría a la “empresa” (o al empleado de la misma) el haber proveído el arma. Por el contrario, atento a la prohibición de regreso, esta responsabilidad no puede abarcar a la “empresa”, sino solamente a “A”. Claro, entendiendo que “A” es un sujeto imputable, no así si se tratara de un sujeto no imputable (menor de edad, por ejemplo). Pues lo importante no son los meros efectos causales, sino identificar “quién” es el responsable del resultado típico y, por consecuencia, “quién” será merecedor de pena.

De ahí que la figura de la prohibición de regreso sea entendida como un problema normativo —de imputación— que se ubica sistemáticamente en el tipo objetivo. Por tanto, la prohibición de regreso forma parte de la novedosa teoría de la imputación objetiva.¹⁹³ De tal suerte que, para efectos de imputación, lo que realmente interesa es: “quién” vulneró la norma.

La prohibición de regreso en ámbitos de responsabilidad por organización deberá valorarse atento a los aportes cuantitativos, es decir, a las aportaciones objetivas; pues es con base en ellas que se logra el injusto colectivo y por ende la responsabilidad penal por organización. De tal suerte que, atento a una valoración de *injusto colectivo*, se estarán reba-

ción de regreso se reformula en la segunda mitad del siglo XX obedeciendo a un intento más de los partidarios de una concepción final del injusto, por solucionar los inconvenientes que a ellos planteaban algunos supuestos de hecho relacionados con delitos imprudentes.

¹⁹² Jakobs, Günther, *op. cit.*, pp. 61, 63.

¹⁹³ Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, nota 108, p. 317.

sando las dificultades que (en ámbitos de responsabilidad por organización) presenta la prohibición de regreso en cuanto a la imputación de responsabilidad penal para cada uno de los intervinientes en la organización (sean o no “ejecutores” como causalmente lo entendemos), bastando que hayan contribuido al incremento del riesgo, pese al conocimiento que de ello tenían. Siendo valioso cualquier aporte cognosciblemente riesgoso.

Para la responsabilidad penal por organización, la concepción de la prohibición de regreso puede presentar una dificultad o salida cómoda en terrenos del derecho “procesal”. Pues, en este campo, todos los aportes hechos con conocimiento, o con capacidad de haber conocido, deben ser coresponsables, pues más allá de su aporte individual, de alguna manera participan del resultado producido por el colectivo. Tal como sostiene Tiedemann, “la infracción de deber objetivo de cuidado existe cuando, al incumplir el deber de vigilar el producto defectuoso, se hubieran obtenido conocimientos que a su vez hubiesen originado la obligación de informar, corregir, dejar de producir, o retirar del mercado el producto”.¹⁹⁴ Esta postura implica que existen campos de acción personal que llevan inmersa una responsabilidad por las conductas o aportes preexistentes.

III. INJUSTO COLECTIVO

Las conductas desplegadas dentro de una organización, si bien parten de una individualidad, se concretan en una participación colectiva y, más aún, en una responsabilidad colectiva; por tanto, no podemos cegarnos a la necesidad de considerar que las actuaciones colectivas requieren sistemas de imputación también colectivos, a fin de sujetar los hilos sueltos que se tienden frente a la dogmática penal actual, misma que atiende solamente a responsabilidades individuales.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Tiedemann, *cit. por ibidem*, pp. 321 y 322.

¹⁹⁵ *Cfr.* Hassemer, Winfried, *op. cit.*, nota 67, p. 180. La diferencia entre la imputación colectiva y la individual reside en la incapacidad *lege artis* de distinguir entre las personas individualmente consideradas. La imputación colectiva lanza una única red sobre muchas personas y bajo esa red es imposible diferenciar variantes de participación de cada individuo. *Cfr.* Mir Piug y Luzón Peña, *op. cit.*, p. 13; que 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*

Con una postura un tanto ecléctica, Hassemer deja ver, por un lado, la complejidad de aludir a una responsabilidad colectiva, sin embargo, reconoce que se precisa contar con mecanismos nuevos que nos permitan conseguir dicha imputación dentro de una sistemática del delito. Lo cual se extrae del siguiente comentario:

Naturalmente, esto da lugar a la cuestión de si una forma así de proceder puede servir de base a una “imputación” en sentido penal. Sobre esta cuestión se discute actualmente en la doctrina penal. La respuesta más aceptable para esta cuestión depende de la forma en que se establezca la relación entre el derecho penal y la persona. En cualquier caso, en tanto el derecho penal dirija su ataque a la persona de forma individualizada, no se debería extender el concepto de imputación a los casos de responsabilidad colectiva. Un ataque a la persona física, tal y como lo concebimos en derecho penal y en derecho procesal, supone indefectiblemente un ataque a su cuerpo, bien en forma de pena privativa de libertad, bien en forma de prisión preventiva. Además este ataque lo consideramos correcto. Una imputación que pretende justificarse como justa y adecuada, referida a un grupo de personas, pero en la que no se diferencia entre los individuos que componen el grupo, constituye una justificación demasiado débil de las consecuencias penales que afectan a la persona en particular. Para poder tratar estas nuevas formas de delitos se debería construir un sistema jurídico en el que, desde luego, se contengan elementos punitivos diseñados de forma estrictamente preventiva y que, en cualquier caso, renunciara a un reproche personal y a la pena privativa de libertad. Una forma así de derecho de intervención podría integrar tipos de imputación colectiva.¹⁹⁶

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.

¹⁹⁶ Hassemer, Winfried, *ibidem*, pp. 180-182. Cfr. Muñoz Conde, “Responsabilidad por el producto”, *op. cit.*, pp. 171 y 172; que, en cuanto a entender una *imputación* plurisubjetiva, sería en referencia al círculo de imputados y a los presupuestos de la imputación a una pluralidad de personas. Tema en el cual resultan claras las dificultades específicas que supone en la imputación penal: la unanimidad con que estas decisiones se adoptan puede favorecer al individuo concreto que permanece oculto tras los otros responsables, eximiéndose así de su parte de responsabilidad; pero esta unanimidad puede también repercutirle de modo desfavorable cuando no haya prosperado su *propuesta* individual orientada a evitar futuras lesiones durante la toma de decisión común. La imputación penal debe tener en cuenta, con toda precisión, estas diferencias. Si no lo hace, estará agravando o atenuando una conducta de forma desigual y, por consiguiente, injusto.

Por su lado, de una manera más categórica, Jakobs sostiene que:

Desvinculándonos del mito naturalista de la comisión de propia mano, haya que formular una pregunta radical: ¿cuáles son las condiciones que deben concurrir para que un injusto sea propio?... en primer lugar debe asumirse que el movimiento corporal que conduce a un resultado lesivo, por sí mismo no es más que un dato naturalista. Sólo así se concibe como expresión de sentido de una persona competente... pero la expresión de sentido de quien realiza actos de ejecución ha de serle imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían. De este círculo forma parte tanto el inductor como el cómplice... para quien quebranta el rol, el quebrantamiento del rol siempre tiene objetivamente sentido... porque al igual que lo hacen todos los intervinientes, configura su organización de tal manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas. El hecho de que no sea la comisión de propia mano, sino el sentido delictivo del comportamiento lo que convierte el injusto en injusto propio. Por tanto, injusto propio es el injusto que es imputado; se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente

ta... El principio básico que informa la responsabilidad del partícipe en nuestra cultura penal es la imputación individual. En consonancia con los principios constitucionales de proporcionalidad y *nulla poena sine culpa*, un sujeto sólo responde de lo que haya realizado, aunque se den situaciones complejas de participación. Una “responsabilidad de la empresa”, en el sentido de que la responsabilidad sea primero medida de forma global y luego “dividida” de forma general es desconocida en nuestro derecho penal. En páginas posteriores añaden que el problema de la distribución de la responsabilidad penal entre una pluralidad de intervinientes en los hechos que suelen actuar a través del complejo mundo de las sociedades mercantiles, cuya estructura y configuración jurídicas dificulta la individualización de la misma. Salvo que algún día se llegue a admitir una responsabilidad colectiva o una responsabilidad puramente objetiva por hechos ajenos, la responsabilidad penal es, hoy por hoy, tanto en el derecho penal español, como alemán, individual, personal e intransferible, y sólo a partir de la determinación del grado de participación subjetiva de cada uno de los distintos intervinientes en las diferentes fases de fabricación, elaboración, distribución y venta del producto pueden establecerse las correspondientes cuotas de responsabilidad penal. Pero ¿cómo orientarse en la boscosa selva de los distintos niveles de decisión de una empresa en forma de sociedad mercantil, desde los más bajos peldaños de actuación hasta los más altos cargos directivos para decidir a quién o a quiénes y en qué grado corresponde atribuirle la responsabilidad penal por los daños producidos? ¿Deben seguir manteniéndose las mismas categorías y principios de distinción entre autoría y participación, entre acción y omisión, entre causalidad e imputación objetiva, entre dolo e imprudencia?

delictivas; y en este marco la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no siempre.¹⁹⁷

Tomando como referencia la concepción de *injusto* que maneja Jakobs, se pueden incluir los aportes objetivos de todos los intervinientes de la organización, sean estos ejecutores o no, sin necesidad de entrar a analizar campos de autoría mediata, coautoría, inducción o participación; esto, cuando hablamos de un colectivo que con pleno conocimiento (o viabilidad para conocer) del peligro generado con su aporte individual crea un riesgo no permitido, y por tanto esos aportes individuales participan de una responsabilidad colectiva. Es decir, son responsables del resultado producido por su organización.

Se han manifestado inquietudes tanto nuestras como de diversos autores en torno a la autoría mediata (una de las principales formas en que a la fecha se resuelve la responsabilidad penal por organización), pues en muchos casos es cuestionable que exista un verdadero dominio de la voluntad, problema que, a juicio de Kai Ambos, queda disuelto si se distingue con mayor claridad entre *injusto* individual e *injusto colectivo*; esto cuando sostiene que:

Aquel injusto que se presenta en contextos organizados de poder y acción (macrocriminalidad). Un principio estricto de responsabilidad ha de fracasar en el contexto del *injusto colectivo*, porque no puede aprehender el injusto de hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autorresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual. Desde un punto de vista general, es necesario reflexionar y cuestionar las reglas tradicionales del derecho penal individual en los supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad.

¹⁹⁷ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., pp. 58 y 59. Cfr. García Marín, Luis, “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 69. “En mi opinión, la infracción de deberes de organización no puede ser una cuestión de culpabilidad sino de antijuridicidad (injusto). La infracción de tales deberes es precisamente lo que, a mi juicio, constituye *el hecho antijurídico*, que únicamente pueden realizar las personas físicas titulares del órgano y que ejercen la representación, y que sólo a éstas les puede ser reprochado con arreglo a los criterios de la culpabilidad individual... El futuro de la dogmática *jurídico-penal* en cuanto a la lucha contra la criminalidad económica que se desarrolla a partir de la actividad de una empresa debe orientarse al desarrollo de instrumentos jurídicos de responsabilidad de las personas físicas que actúan para la empresa”.

La circunstancia de que el hombre de atrás —a diferencia de los casos “normales” de autoría mediata— no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como “autor de escritorio”, emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.) dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un *injusto por organización en lugar de injusto individual*. Por consiguiente, para la imputación es decisivo que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina sólo en aquel punto en el que “faltan los presupuestos precisamente de ese dominio por organización”.¹⁹⁸

Por lo que una vez que las órdenes que emanan de altas jerarquías se van diluyendo conforme hay mayor distancia entre éstas y el “ejecutor”, se estará también diluyendo el presupuesto de dominio del hecho, y con ello haciéndose imposible la imputación penal a dicho superior. Esto, porque las herramientas dogmáticas con que contamos circundan únicamente en imputaciones individuales.

Estas lagunas quedarían mejor comprendidas si, para el caso de responsabilidad penal por organización, atendiéramos a un *injusto colectivo*. El cual deberá contar con su propia sistemática del delito,¹⁹⁹ la cual se

¹⁹⁸ Kai Ambos, *op. cit.*, nota 161, p. 37. Agregando que el *dominio* de organización siempre tiene como presupuesto el dominio sobre una organización, es decir, sobre un colectivo de ejecutores *sustituibles*, y, con ello, también la concurrencia de un dominio mediante esta organización. Este dominio se acumula y se hace más denso en la medida en que se incrementa el poder de decisión y la disponibilidad de recursos personales... Puesto que sólo la teoría del dominio por organización —a pesar de la necesidad de someterla a una ulterior concreción— aprehende el específico injusto de organización de modo adecuado y satisfactorio, resulta preferible frente a los equivalentes antes mencionados. Al no aportar éstos un beneficio real en determinación, corresponde aún en la actualidad a *Roxin* el mérito de haber desarrollado la única propuesta de solución viable. Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción como punto de partida. La cuestión directriz en este contexto es cuál ha de ser la *estructura y las características de organización* de los colectivos de injusto para poder fundamentar un dominio por organización del hombre de atrás.

¹⁹⁹ López Barja de Quiroga, Jacobo, *op. cit.*, nota 10, pp. 126 y 127; sobre el tema y con base en la postura de los colectivistas, comenta: cuando las relaciones sociales son sencillas, puede aplicarse un derecho penal clásico con su tríptico: acción, relación de causalidad y resultado. Por el contrario, cuando las relaciones sociales son altamente complejas, cuando la masificación ha conducido a la fabricación en masa, con intervención de múltiples personas, y a la venta también de forma masificada, aquel tríptico ya no es capaz de responder. La sociedad de masas crea ampliamente el riesgo y demanda

puede concretar de la siguiente forma: una vez que una conducta individual (de acción o de omisión)²⁰⁰ participa en una organización, cuyo resultado se adecua a los presupuestos objetivos del tipo, y dentro de la estructura subjetiva del mismo, el dolo del individuo se integra con el conocimiento (o la viabilidad de conocer) que tiene sobre el peligro o peligrosidad producido con su conducta, aunado a los elementos subjetivos distintos del dolo, momento en el cual tendremos integrada una conducta típica. En caso de que no existan causas de justificación frente a dicha conducta típica, la misma será antijurídica.²⁰¹

un derecho penal que pueda resolver los problemas que ella genera. La solución se encuentra en actividades intervenidas, en una amplia red de normativas administrativas con exigencia de permisos y controles, en olvidarse del resultado y acudir claramente al peligro. La generación de riesgos es admisible hasta el límite permitido; a partir de ahí, la superación de dicha frontera hace entrar al derecho penal; en éste, no es necesaria la producción de un resultado concreto ni el examen de una difícil relación causal, basta con la creación del peligro.

Esto conduce, en el ámbito penal, a resolver la cuestión acudiendo a una “responsabilidad penal referida a la organización”, teniendo en cuenta el “rol” que la persona desempeña en la organización y los deberes que viene obligado a observar. Por consiguiente, el problema es el desplazamiento del centro de gravedad del sistema: ya no es la lesión del bien jurídico.

Paralelamente, en el ámbito del dolo, de definirse tradicionalmente como conocimiento y voluntad, en las formulaciones actuales se concreta en el conocimiento del peligro concreto generado con la acción, es decir, se ha producido el abandono del elemento volitivo. Así pues, el dolo es actuar conociendo el peligro generado con su acción para la realización del tipo objetivo.

²⁰⁰ Referente a la omisión en la responsabilidad por organización *cfr.* Jakobs, Günther, *op. cit.*, pp. 44, 46; quien comenta que en los delitos de organización está en juego el respeto por la organización ajena, y, en este sentido, una relación negativa (¡no dañes!, o mejor: ¡cuida de que tu organización no se extienda demasiado!), en los delitos de infracción de deber se exige una comunidad con otro, y, en este sentido, una relación positiva (¡ayuda al otro!). Se puede faltar a esta comunidad tanto por acción como por omisión. Agrega que en la competencia en virtud de organización, para que un omitir reciba el significado de que el omitente se ha arrogado una organización ajena, la mala situación del ámbito de organización ajeno tiene que poder ser reconducida no sólo “de algún modo” al ámbito de organización del omitente, y menos aun alcanza con referirse a una mera capacidad de evitación, más bien tiene que descubrirse una vinculación de tal índole que sea imposible hablar tan sólo de una lesión de la víctima a incumbencias a su cargo, de un puro infortunio de ella o de exclusiva competencia de terceras personas.

²⁰¹ *Cfr.* Jakobs, “Teoría y *praxis* de la injerencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, enero-diciembre de 1999, t. LII, pp. 22 y 23; quien sobre el tema

Una vez que se concreta la conducta típica y antijurídica de un colectivo, en la que existen varios aportes individuales igualmente típicos y antijurídicos, el siguiente paso será el análisis del *injusto colectivo*, para el cual, dentro de una concepción dualista moderada, para la integración el desvalor de acción bastará con el conocimiento (o viabilidad de conocer) que respecto de su aporte individual tenga el sujeto para determinar en éste, el “qué quiso” así como el “qué lo llevó a determinarse por su conducta lesiva”, y para el desvalor de resultado bastara la peligrosidad o el peligro generado con dicho actuar individual, determinándose así el “qué hizo”.

Hasta aquí tenemos a nivel de *injusto* todas las conductas individuales que participaron en un resultado colectivo con aportes objetivos conocidos o cognoscibles. De tal suerte que, sin los límites “normales” (es decir en el ámbito de la imputación individual) de la autoría y los *delitos cualificados propios* (principalmente), podemos graduar la culpabilidad de cada uno de los intervinientes (en forma individual), desde el más alto mandatario hasta el más “inocuo” de los ejecutores; así como aquellos que aun sin tener las cualidades propias de un *delito cualificado*, hayan hecho factible el resultado correspondiente con su aporte individual. En esta concepción unitaria de injusto,²⁰² el hecho colectivo participa de la

antijuridicidad, comenta que no basta cualquier comportamiento con efectos causales para la fundamentación del deber, y sí es suficiente una conducta antijurídica... Los deberes de injerencia no sólo quedan fundamentados por un comportamiento antijurídico, sino por cualquier comportamiento previo mediante el cual se asuma frente a la víctima un riesgo especial.

²⁰² Peñaranda Ramos, Enrique *et al.*, *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1999, pp. 105 y 106. Considerando la teoría de la imputación de Jakobs, refieren que desde esta óptica, la prohibición de regreso configura el ámbito de intervención no delictiva en el suceso y determina el campo de la “no participación (punible)”. A partir de estos postulados, Jakobs propugna una especie de concepción extensiva de la autoría, o mejor dicho, una *concepción unitaria del injusto* en el que intervienen varios sujetos o “sistema unitario de participación”, describiendo a partícipes y autores como creadores de una misma unidad de sentido, y, por tanto como intervinientes en un injusto colectivo. Jakobs llega así a la conclusión de que frente al campo de lo no punible, el hecho conjunto ha de verse delimitado de modo objetivo —y no subjetivo, por medio del *animus* de los intervinientes—, precisamente por estar basada la construcción en la expresión colectiva de sentido creada a través del hecho. Con este punto de partida —con el que no se pretende llegar a un concepto unitario de autor en el sentido de renunciar a distinguir las diversas aportaciones de los intervinientes— parece que la diferenciación dentro del campo de lo punible, entre autores y partícipes, debería llevarse a cabo con base en criterios cuantitativos,

misma responsabilidad, por lo que sólo deben interesar los aportes cuantitativos (es decir, las aportaciones objetivas), no así las aportaciones cualitativas (mismas que se podrán valorar en la culpabilidad).

Por su lado, Jakobs va más allá cuando sostiene que:

en derecho penal el reparto de trabajo no presupone la concurrencia de dolo, sino el mero reparto del trabajo que es necesario llevar a cabo para alcanzar la realización del tipo... no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontezca, competencia que también puede concurrir faltando el dolo.²⁰³

Como vemos, en este concepto, reviste vital importancia el conocimiento, ya que éste integrará el componente existencial sobreentendido de cada persona que interactúa en esa sociedad. En donde, “conocimiento de la norma es conocimiento de la realidad social, conocimiento de lo cotidiano en la sociedad. Si ello es así, entonces, tiene conocimiento de la norma también aquel que si bien conoce la realidad social no la acepta como válida”.²⁰⁴ Pues la norma no precisa darnos gusto a “todos”, sino satisfacer las necesidades de la colectividad, por ello es que las normas existentes dentro de una responsabilidad por organización²⁰⁵ deberán ser

y NO cualitativos (puesto que para todos los intervinientes en el hecho colectivo la razón de la responsabilidad es la misma). Aquí Jakobs permanece fiel a su punto de partida de que debe existir un comportamiento con significación comunicativa para que tal conducta adquiera relevancia en el sistema de imputación. Trasladado esto al ámbito de la teoría de la participación, ello supone un rechazo de principio a cualquier aproximación subjetivista a autoría y participación. La definición objetiva postulada por Jakobs le lleva también a romper con el concepto unitario de autor.

²⁰³ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal, cit.*, p. 67. Agregando atento al injusto individual, *op. cit.*, pp. 22 y 23; que todos responden exclusivamente de su propio injusto, pero no es cierto que el injusto propio sólo pueda ser el injusto realizado de propia mano; tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa... deriva una nueva concepción de la accesoriedad: quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo.

²⁰⁴ Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 179, pp. 59, 62.

²⁰⁵ *Cfr.* Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal, cit.* p. 68; refiere que la responsabilidad no estriba en los acuerdos tomados, sino en la común competencia por una configuración del mundo que genera un riesgo no permitido... Lo que de común hay desde el punto de vista jurídico deriva de la competencia que objetivamente hay en

respetadas por todos sus integrantes, y claro está, conocida en tanto sea precisa para el desempeño de su propia función, ya que solamente actuando bajo ese nivel de responsabilidad es que la sociedad misma podrá conservar sus niveles de confianza para cada uno de los integrantes de empresas, cooperativas, entes de gobierno y demás entes colectivos.

Dejando de manifiesto su inquietud por la actual problemática que a nivel de dogmática penal revisten los delitos de empresa, y en general la responsabilidad penal por organización, Schunemann, en uno de sus artículos, comenta:

El efecto preventivo de las normas penales dentro del “sistema autopoyético” de la empresa es mucho más débil que frente a un solo individuo. Por esta razón, desarrollé ya en 1979 una concepción para evitar las lagunas dogmáticas, consistente en prever sanciones contra la empresa misma y la amplié en un sentido político-criminal a partir del Simposio de Madrid de 1992 para compensar el déficit de eficacia preventiva afirmando la posibilidad de sancionar cumulativamente tanto al individuo que actúa para la empresa, como a la propia empresa.²⁰⁶

De la anterior postura, en el presente trabajo se dejará al margen la sanción de la propia empresa, ya que principalmente llama nuestra atención, para efectos del tema que se aborda, la necesidad de crear barrotes jurídico-dogmáticos que permitan imputar penalmente, y en forma “cumulativa” (como dice Schünemann), aquellos aportes individuales que concatenados en un ente colectivo generan un incremento del riesgo que no tiene porque ser tolerado por la sociedad.

Tal como refiere Jakobs, “todos nuestros aportes, todas nuestras acciones tienen repercusión en el mundo que nos circunda, sean individuales o colectivas”,²⁰⁷ por ello no podemos simplemente actuar al amparo

común respecto de las condiciones del resultado lesivo y, por tanto, también respecto del propio resultado.

²⁰⁶ Schünemann, Bernd, *op. cit.*, nota 138, p. 22.

²⁰⁷ Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 17, pp. 105 y 106. Comenta que si se encuentra una acción que conduce a la responsabilidad, no necesariamente tiene que ser la de un ser humano como individuo. Puede ser la de un grupo tribal, un pueblo, una raza, un Estado.

Por tanto, al hablar del concepto de acción ya se ha producido una opción del derecho penal *en contra* de que haya responsabilidad por la mera existencia y *a favor* de que la responsabilidad se produzca por movimientos corporales realizados o que podrían haberse realizado, y en este sentido: responsabilidad por organización. Y al hablarse de la

de otros, o al amparo de una organización; ni mucho menos actuar valiéndonos de dicha organización, con la tranquilidad de que nuestras acciones se difuminarán en el complejo aporte individual de sus intervinientes. Solamente una postura preventiva pero firme del derecho penal hará que asumamos nuestro compromiso frente a nuestros actos, incluso respondiendo por ellos en la vía penal, pues los costes que está pagando la sociedad a nivel de medio ambiente, salud pública, seguridad social, tranquilidad, dignidad humana, por citar algunos, están resultando muy costosos, y si no los frenamos a corto tiempo, ni siquiera la vida misma podrá solventarlos.

Por ello, aunque para muchos resulte radical la propuesta del *injusto colectivo*, a nuestro juicio es más bien necesaria, pues aun con los riesgos que se puedan correr en ámbitos de la legalidad (que es una de las principales críticas, incluso a las teorías objetivas del dolo), permitirá cubrir aquellos vacíos con los que actualmente se enfrenta la dogmática penal. Y más aún, presupone dejar de lado el insano “paternalismo” del derecho penal frente a las conductas disvaliosas que se gestan en ámbitos de organización, y frente a las cuales la sociedad es quien asume dichos riesgos. Reconozcamos que en la medida que cada individuo pueda ser penalmente responsable de su aporte individual dentro de la organización, éste evitará conductas disvaliosas, y por consecuencia se disminuirán los resultados lesivos emanados por las organizaciones. Los cuales actualmente rayan en la burla e indiferencia, pues todos soportamos daños sociales irreparables, mientras unos cuantos obtienen de ello cuantiosas ganancias económicas.

acción humana, se hace una ulterior opción *en contra* de que haya responsabilidad colectiva y *a favor* de la individualización.