

CAPÍTULO TERCERO

RESPONSABILIDAD COLECTIVA

I. INSUFICIENCIA DE LA IMPUTACIÓN A LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL FRENTE A LA TUTELA DEL DERECHO A LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

Como se ha venido sosteniendo, se vive en una sociedad del riesgo, respecto de la cual todo individuo es corresponsable no solamente de sus propios actos, sino incluso de los riesgos generados con esos actos, aun cuando los riesgos no se concreten propiamente en un resultado o en una lesión a un bien jurídico. Esta sociedad demanda individuos autorresponsables, siendo inválido vivir al amparo de terceros o de falsas ignorancias, como el *me lo ordenó el jefe, ese es mi trabajo, no era mi intención, yo no pensé que, se me pasó la mano*, etcétera. Se debe tener presente que el tipo de vida que queramos vivir en esta sociedad dependerá de la tranquilidad y seguridad con que se puedan desarrollar cada una de las actividades del ser humano, actividades que, como se ha analizado, no se detienen en la individualidad, sino que corresponden a un colectivo.

1. *Los aportes individuales dentro de la responsabilidad colectiva*

En una sociedad, los aportes individuales encuentran sus propios límites en los bienes y derechos de terceros; igual sucede en ámbitos de organización, que se enfoca a ciertos resultados, gracias al aporte de cada uno de sus individuos, quienes se ven directamente corresponsabilizados. Así, para Hassemer, la imputación penal formalizada encuentra su justificación no sólo en los intereses de aquellos que forman parte inmediata en el proceso de lesión de la norma, sanción e imputación, sino que la imputación también tiene su reflejo en los intereses de todos nosotros; sostiene que existen

...intereses que, más allá de la participación inmediata en conflictos de desviación, se refieren a la efectividad de las formas de protección cuando se

amenaza e infringe la norma. En este punto, un proceso de imputación ordenado y bien justificado puede amortiguar y neutralizar los procesos espontáneos, irracionales o dirigidos a imponer intereses particulares.²²⁸

Esos aportes individuales revisten vida especial cuando se conforman dentro de un entramado organizacional, pues a juicio del autor antes citado, al referirse a la organización y acuerdo de las norma, sostiene que

...su infracción no se limita solo al derecho penal que se extiende a otros ámbitos de nuestra vida en sociedad sobre las ideas de causación y responsabilidad... procesos de atribución que tienen orígenes diferentes en lo que a presupuestos internos y formas de aparición se refiere y por eso son diferentes en cuanto a su peligrosidad y potencial lesivo.²²⁹

Por ello, resulta trascendente fijar los límites que nos lleven a responsabilizar penalmente la conducta típica, que si bien se cometió por una organización (en cualquiera de sus niveles jerárquicos), se dio gracias a los aportes individuales, aportes que indiscutiblemente requerirán su valoración y grado de culpabilidad igualmente individuales,²³⁰ todo ello con un punto de partida consistente en presupuestos objetivos como parte del ente colectivo

²²⁸ Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 188. Cfr. Rodríguez Montañez, T., *Delitos de peligro...*, cit., p. 301; afirma que “con relación a todos los bienes jurídicos institucionales, el menoscabo de tales bienes de carácter inmaterial se produce más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Y ahí radica, precisamente, la dificultad para determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo”. Cfr. Alcácer Guirao, Rafael, “La protección”, p. 160, cuando aborda el tema de *solidaridad* (también sostenido por Jakobs), como “una fundamentación de la imputación penal, en tanto que la idea de *solidaridad* no fundamenta derechos del individuo, sino que interpone deberes; no se dirige a la evitación de ataques externos en la autonomía del individuo, sino que exige la renuncia a la consideración de derechos propios a favor de la comunidad u otros individuos”.

²²⁹ Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 185.

²³⁰ Jakobs, Günther, “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva”, citado por Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., p. 91, en donde cita dos ejemplos en cuanto a la dificultad de determinar el *hecho*: “Ej.1: Un gestor del negocio ha colaborado en la comercialización de un producto cognosciblemente nocivo, y tiene por tanto el deber como garante por injerencia de retirar el producto. Sus colegas han acordado en su ausencia no proceder a la retirada y no se dejarán persuadir de lo contrario, o bien le han vencido por mayoría de votos en su presencia, o, por fin, no se han pronunciado todavía al respecto, pero, según la experiencia, no se dejarán convencer de la retirada. Ej.2: El obligado por el deber de retirar el producto no informa siquiera de la situación a los colegas gestores del negocio, ya que —acertadamente— en definitiva no ve posibilidad alguna de salvación. ¿Acaso no responde nadie? Y agrega: Nadie está autorizado a lesionar un bien por el hecho de que si no lo lesionaría algún otro”.

(la organización) y concretando la punición (en su caso) con baremos subjetivos en el estadio de la culpabilidad, y siendo conscientes de que, como sostiene Kuhlen,

...hay que desarrollar reglas de imputación, que permitan hacer responsable a todo aquel que, por su posición dentro del sistema de fabricación y distribución de bienes, deba asegurar el cumplimiento de las normas de conducta (los estándares de cuidado) que permiten reducir los riesgos derivados del producto.²³¹

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

- Un marco de legitimidad de sus intereses a proteger centrado, con relación a su fundamento, en los intereses personales.
- Una estructura de imputación basada en la responsabilidad subjetiva e individual.
- Y un principio de lesividad enfocado a un resultado tangible respecto del menoscabo de un bien jurídico material, reconducible, a través de un nexo causal empíricamente verificable, a la competencia del dominio del agente en su esfera de acción más cercana.²³²

Asimismo, sostiene un modelo que denomina “derecho penal asegurador del futuro”, con base en el cual habría de contener algunos supuestos:

- En primer lugar, una regulación y protección de entidades supraindividuales, asegurando no tanto bienes personales como estructuras sistémicas o instituciones colectivas funcionales a la estabilidad social.
- En segundo lugar, una expansión de las estructuras de imputación, con al menos, las siguientes vertientes: responsabilidad cuasiobjetiva, centrada en una previsibilidad potencial, o directamente objetiva; responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales o vicarial en un reparto de la imputación en función de lo realizado por terceras personas, acorde a los fenómenos de delegación de control de riesgos, y de la imputación individual en virtud de una probabilidad de acumulación de acciones similares por terceros.

²³¹ Kuhlen, Lotear, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, citado por Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., p. 232.

²³² Alcácer Guirao, “La protección...”, cit., p. 152.

- Y, en tercer lugar, una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos, delimitados en virtud de estándares formales, o en producciones de efectos vinculados sólo en virtud de una causalidad estadística.²³³

El análisis exhaustivo de la propuesta antes citada requeriría un estudio por separado al presente trabajo; sin embargo, basta con dejar apuntalada la inquietud de respetables estudiosos del derecho por encontrar nuevos planteamientos jurídicos y dogmáticos que, sin dejar de lado la base (indiscutible) del individuo, solucione problemas que devienen de responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales, problemas tanto reales como futuros, que vienen impactando de manera vertiginosa intereses no sólo importantes para el individuo, sino vitales. Respecto a éstos, Schünemann, aludiendo a los estudios doctorales realizados por Rotsch en la ciudad de Kiel, ha llegado a la conclusión, en su trabajo sobre *Responsabilidad individual en las grandes empresas*, de que “los procesos en una gran empresa, tremendamente complejos, ya no se pueden dirigir individualmente, y, por eso, el Derecho Penal basado en la responsabilidad individual queda sin efecto”.²³⁴ Coincidimos con esa postura.

Las aportaciones individuales, aun cuando se desarrollen dentro de estructuras organizacionales y se tornen importantes en cuanto sus cooperaciones intersubjetivas, deberán conservar su esfera de imputación individual, partiendo de que existe una libertad individual que legitima la imputación. Por ello, será importante ir más allá de las regulaciones existentes en el campo del derecho civil para responsabilizar a la organización (institución) por las responsabilidades de todos los intervinientes, soluciones que se toman en la actualidad cuando resulta imposible la imputación individual. Pero la protección de ciertos intereses sociales va más allá de meras sanciones administrativas, ya que se está hablando de necesidades del individuo, para el individuo y por el individuo,²³⁵ las cuales requieren compromisos y

²³³ Alcácer Guirao, “La protección...”, *cit.*, pp. 152-154.

²³⁴ Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 12.

²³⁵ Bustos, citado por Alcácer Guirao, “La protección...”, *cit.*, p. 170. Autor que respecto de la importancia del individuo sostiene que “Sería equivocado hablar de bienes jurídicos supraindividuales, es decir, que constituyan una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos... El término colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la protección, pero en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo (razón social o de Estado o de seguridad) al cual éste quede sometido. Por el contrario, se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc. adquieran un sentido material... Los bienes jurídicos colectivos aparecen, por tanto, como *complementarios*,

responsabilidades de todos y cada uno de los seres humanos, pues más que remediar, urge asumir conciencia de la prevención, conciencia que si bien inicia en la esfera individual y/o interés personal, trasciende a intereses colectivos presentes y futuros.

En esta responsabilidad colectiva inmersa en la sociedad del riesgo que se ha analizado, resulta relevante la imputación a título individual, ya que “la posibilidad de una imputación es una condición trascendental de las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco”,²³⁶ entendida la imputación no como retribución, sino como base para el establecimiento de los niveles de confianza que requiere el individuo para ser capaz de vivir armónicamente en la sociedad que ha elegido (o le ha tocado vivir), con los derechos y obligaciones que conlleva ser partícipe en la dinámica social actual, que cada vez más lleva a relaciones supraindividuales e intereses colectivos, ante los cuales todo individuo habrá de responsabilizarse, bajo la pena de perder incluso el más intrínseco de sus derechos, la dignidad humana.

2. *Figuras de autoría y participación que sirven de apoyo al análisis de la responsabilidad colectiva*

Se parte de la base de que toda organización se consolida previa selección de sus integrantes, a quienes posteriormente se les ubica de acuerdo con diversos órdenes jerárquicos y con base en un organigrama propio, conforme al cual se vincularán cada uno de los individuos, siendo responsables por su propia función. Por lo que “mediante la distinción de miembros y no miembros, los sistemas de organización marcan sus fronteras y, en consecuencia, su modo de reproducción: sólo se reconocen como propias las comunicaciones de sus miembros”.²³⁷ De ahí que sean importantes cada una de las comunicaciones emitidas por los autores, pues el conglomerado individual es lo que en definitiva generará el aporte colectivo con contenido suficiente para concretar (en su caso) el hecho delictivo.

En los casos de criminalidad dentro de la empresa, las reglas penales de imputación de responsabilidad se esbozan en función del mecanismo in-

desde una perspectiva material, a los bienes jurídicos individuales. Luego los bienes jurídicos colectivos *hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*”.

²³⁶ Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., p. 164.

²³⁷ Luhmann, N., *Sociología...*, citado por García Caverro, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 73.

terno de funcionamiento; es decir, de las correctas interrelaciones entre los respectivos órganos. Los miembros de la empresa, como comenta García Caverro, son:

Sistemas independientes y, por tanto, esferas individuales con competencias de organización e institucionales. En este sentido, en el marco de las relaciones funcionales entre los miembros de la empresa pueden vulnerarse esferas de organización cuyos titulares lo constituyen la propia empresa, sus órganos, o miembros particulares de los mismos. La consideración de la empresa como organización de acciones conforme a una estructura organizativa es en este ámbito la perspectiva de análisis correcta... La empresa organiza acciones comunicativas, no personas individuales. En este sentido, el criterio decisivo para la determinación de la responsabilidad penal en los delitos realizados dentro de la empresa son los roles internos que cada órgano tiene dentro del sistema empresarial. La empresa no es observada como una unidad desde la que surge un *output* no permitido, sino como un lugar de posible conflicto entre personas que desempeñan un rol interno dentro de ésta.²³⁸

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

Al estar frente a la tutela de derechos fundamentales sociales, como la salud y el medio ambiente sano, que atañen al interés y esfera jurídica de todos los integrantes de una colectividad, es que la responsabilidad no sólo se centra en los individuos, sino en el colectivo en su conjunto. Ante ello, resulta oportuno analizar los elementos que actualmente brinda la dogmática penal, para resolver la imputación a título personal dentro de una responsabilidad colectiva; para ello se esbozarán algunas de sus complicaciones, así como los vacíos existentes en la actual teoría de la autoría y participación, con lo cual se espera que el lector comparta la inquietud de buscar nuevos límites de imputación en estos casos y evitar con ello impunidades, así como estadios de temor y desconfianza en que vive la sociedad.

A. Autoría mediata en la responsabilidad colectiva

La figura del autor mediato refiere al “sujeto que *valiéndose de otro comete un delito*. En los casos de autoría mediata se *instrumentaliza* al autor inmediato, de

²³⁸ *Ibidem*, p. 75.

tal manera que el sujeto de atrás (el autor mediato) se *vale* del sujeto de delante (autor inmediato) para cometer cierto delito”.²³⁹ Indiscutiblemente, pueden existir distintas conductas delictivas emanadas por los superiores jerárquicos que actúan dentro de una institución u organización, que se pueden resolver mediante la figura de autoría y participación, sobre todo cuando el instrumento no es doloso, o bien cuando se encuentra amparado bajo el error de tipo, por haber desconocido uno de sus elementos; de esta manera, en dichos casos la conducta del instrumento será atípica, y por tanto eliminaría igualmente todas las posibilidades de participación en torno a la conducta del autor, pues atento al principio de accesoriedad limitada, al partícipe solamente se le podrá imputar el aporte generado en torno a la conducta delictiva del autor, y, en el caso de no haber autor, por no ser típica su conducta, no habrá conducta sobre la cual basar los aportes del partícipe.

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

El dominio de la voluntad que ejerce el hombre de atrás o autor mediato sobre el instrumento se puede presentar incluso con una conducta dolosa de parte del ejecutor (instrumento), situación que claramente se ve en la dinámica de actuación de una organización. Esta forma de dominar la voluntad “ha sido nombrada por la doctrina como «dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder», o simplemente: «dominio de voluntad por organización»”.²⁴⁰

Como señala Roxin, el dominio de voluntad deberá emanar de una autoridad jerárquica superior, y siempre será dirigida a un sujeto indeterminado, lo que él llama *ejecutores fungibles*, puesto que la conducta no requiere que sea desplegada por un sujeto en particular, sino que la puede hacer cualquier persona; es decir, los sujetos que intervienen como ejecutores pueden ser intercambiables. Esta teoría, denominada *teoría del dominio del hecho* (plantada en apartados anteriores), cuyo precursor es Claus Roxin, considera que, por cuanto hace a la figura de la autoría mediata, presenta dificultades en torno a la concreción del injusto colectivo, y, por ende, para la concreción de responsabilidad a los autores en su esfera individual.

²³⁹ Quintino Zepeda, *Diccionario de...*, cit., p. 78.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 80.

Frente a estos supuestos, cabe preguntarse: ¿la figura de la autoría mediata cubre las necesidades de imputación individual dentro del ámbito de la responsabilidad por organización?, o por el contrario, deja al margen al derecho penal, y se ventila dentro de la imputación civil y de reparación del daño, esferas en que el problema se resuelve con dinero (dinero que en la mayoría de los casos no repara el daño causado). Responsabilidad centrada en el ente jurídico, desligándose así de la complejidad que implica determinar el centro del injusto penal, mientras que, como sostiene Hassemer, “en el Derecho Penal hay que aplicar, en cambio, criterios referidos al hecho y a la situación de acción”,²⁴¹ basándose para ello, además, en el principio de culpabilidad o de responsabilidad individual.²⁴²

B. Coautoría en la responsabilidad colectiva

Por otra parte, la figura de la coautoría reviste un problema medular respecto del *principio de ejecución*, del cual se ejemplificará lo complejo que resulta determinar cuándo se ha dado inicio a la ejecución. Lo anterior, porque la ejecución habrá de dirigirse al núcleo del tipo (o de la figura delictiva en concreto), lo cual en el ámbito del *iter criminis* (curso del delito) resulta sumamente complejo, tal como sucede en aras de imputar una tentativa, en donde el punto álgido se presenta al determinar cuándo ha iniciado la fase ejecutiva externa del *iter criminis*, ya que el derecho penal no sanciona ideas, sino hechos derivados de conductas típicas, antijurídicas y culpables; por lo que la exteriorización de la conducta, dentro de la fase ejecutiva externa, es lo que permitirá identificar la puesta en riesgo del bien jurídico en particular, y, por ende, la adecuación o no de una conducta a un tipo concreto.

Esta problemática se agrava cuando se circunscribe a la responsabilidad por organización, en donde hay autores que aparentemente no participan en la fase ejecutiva del *iter criminis*, porque solamente planean, sugieren, organizan, etcétera; estas conductas, en la dogmática, encuentran difícil cabida de imputación penal (por lo menos en términos de autoría), toda vez que para configurar una coautoría se requiere un plan común (sea tácito o expreso), un reparto de acciones y un aporte en la fase ejecutiva, tal como lo señala el CPF: los que lo realicen conjuntamente (artículo 13, fracción III).

²⁴¹ Hassemer, W., citado por Muñoz Conde, Francisco, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?”, *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2001-2002, p. 790.

²⁴² *Idem*.

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

A fin de resolver los aportes de los individuos en una organización, Muñoz Conde analiza el requisito de la coejecución que contempla la coautoría, que a juicio del análisis hecho en el presente trabajo no puede resolver los problemas propios de la responsabilidad penal atribuida a cada individuo que actúa dentro de una organización, pues sostiene que el requisito de coejecución es insuficiente para explicar los temas de autoría y coautoría, por lo que, para este autor:

Dentro de la coautoría no sólo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución. Considero que el requisito asumido por la doctrina dominante de que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. En éstos la acción ejecutiva fundamenta siempre una autoría directa, pero en la criminalidad de una empresa tiene otra significación, pues no es otra cosa que el poner en marcha la decisión de un hombre de atrás que es el que realmente la controla y la domina... lo que fundamenta la coautoría, puede darse también en la fase preparatoria cuando configura la ejecución o está tan íntimamente vinculada con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global.²⁴³

²⁴³ *Ibidem*, pp. 761, 786 y 787; al respecto agrega Roxin, citado en la misma publicación, p. 763, “que si bien no una intervención en la fase preparatoria, si al menos una cooperación en la acción típica o *en relación inmediata con ésta*” puede fundamentar el dominio del hecho, es decir, en este caso, la coautoría. Lo que pasa es que la distinción entre fase preparatoria y fase ejecutiva, ni siquiera cuando se trata de un autor individual es fácil de hacer y, desde luego, se complica más cuando son varias personas las que intervienen en la realización del hecho. *Cf.* Jakobs en su publicación “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto”, citado por Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, *cit.*, al sostener que “Los intervinientes ciertamente saben que se reparten la planificación y la ejecución de una conducta negocial, pero no saben que con ello se reparten a la vez también las aportaciones necesarias para la realización de un daño. A pesar de este desconocimiento, los no-ejecutores sólo pueden responder cuando mediante su conducta han creado un fundamento o razón para que la ejecución que otro emprende se les impute a ellos también”.

Ante este análisis de la coejecución y la necesidad de valorar todos los aportes desplegados en una criminalidad de empresa, sean éstos desplegados o no en la fase ejecutiva, Muñoz Conde propone como solución a la problemática de la coautoría dentro de una organización,

...una (co)autoría-mediata, aplicada cuando se trate de ejecutor irresponsable, o un supuesto normal de coautoría, cuando el ejecutor es responsable. Forma con la cual se imputará a título de (co)autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, pero controlando y dominando grupos de personas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial.²⁴⁴

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

Por ello, haciendo un adelantamiento a los análisis que restan por plantearse, se sugiere que el planteamiento de un injusto colectivo resolvería estos problemas, para lo cual se debe fijar un baremo de responsabilidad penal dentro de la organización a todos aquellos que, como aporte mínimo, intervinieron en forma consciente (o cognoscible) a la concreción del riesgo, con la debida individualización de la pena (en su caso), en aras de la culpabilidad individual.

C. *Delitos cualificados propios en la responsabilidad colectiva*

Los delitos cualificados (también llamados *delitos especiales*) son aquellos delitos que requieren una condición especial del sujeto activo para poderlo considerar penalmente imputable a título de autor (llámese funcionario, padres, servidor público, administrador, deudor, etcétera, incluso la mayo-

²⁴⁴ Muñoz Conde, F., “¿Cómo imputar...?”, *cit.*, p. 788.

ría de edad).²⁴⁵ Dentro de los delitos cualificados se conoce una sencilla división: delitos *cualificados impropios* y delitos *cualificados propios*. Estos últimos son aquellos delitos que de ser cometidos por un individuo que no tenga la calidad específica de autor que se ha señalado, simplemente el Código Penal no tutela la conducta desplegada dentro de otro tipo penal, por lo cual dicha conducta, sin más, queda fuera del ámbito de protección del derecho penal. Es decir, la conducta, aun cuando resulte *de facto* antijurídica y riesgosa, será impune.

La teoría de la autoría, en lo referente a delitos especiales, ha presentado algunas aristas interesantes, sin llegar a resolver realmente esta dificultad en el mundo real, máxime cuando se trata de delitos cualificados propios, en donde “se ha reconocido en parte como autor mediato a un *intraneus* que hace entrar en acción a un *extraneus* doloso como intermediario que no actúa delictivamente”.²⁴⁶ Máxime en delitos de criminalidad contra el medio

²⁴⁵ Bottcke, Wilfried, “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, en Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 139, 157 y 158, al referirse a los problemas de los delitos cualificados, manifiesta que “También es concebible no tener que confirmar en general la «minoría de edad parcial» de los miembros del establecimiento sometidos al mando y atribuirlos a los superiores en un sentido fundamentador de la *calidad del autor*, sino gravar a estos, en cuanto garantes de seguridad, con la pena de la autoría únicamente en virtud de un «fundamento especial» (Jakobs). Este fundamento especial, así cabría sostenerlo, podría estar dado (no sólo en una conclusión, en una participación o cuasi participación activa —por ejemplo en una acción de instigación— del superior que fueran detectadas, sino también teóricamente) en la calidad de *intraneus* relevante para el delito especial que ostenta el superior, bien sea originariamente de un modo principal, bien sea en virtud de las reglas de la responsabilidad jurídico penal del representante (artículo 14 StGB), y que le hace responder como autor de un delito especial a pesar de que el subordinado sea por sí mismo un sujeto capaz de responsabilidad propia... Si el hecho es un delito especial, entonces sólo entra en consideración la coautoría si ambos intervinientes en el hecho son sujetos idóneos. Pues sólo entonces podría decirse que cometieron el hecho conjuntamente (artículo 25II StGB). Si sólo es autor idóneo uno de los intervinientes, especialmente el garante de seguridad, la intervención de cuasi coautoría del *extraneus* no basta entonces para la imputación que legitima la pena de la coautoría del *intraneus*, de aquello que el otro interviniente causa dolosamente, pero de manera inidónea para la coautoría y con ello atípicamente”.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 167. Agrega Bottcke: “La insuficiencia de eventuales descripciones del delito para aceptar tales conductas contrarias al deber especial no legitima, sin embargo, el exonerar al legislador del deber de regular legalmente (sea mediante una extensión de las normas de la responsabilidad penal del representante, sea mediante un tipo legal especial) el merecimiento de pena de un *intraneus* que utiliza a un *extraneus* que actúa dolosamente pero que, porque es inidóneo para la autoría, lo hace atípicamente, cuando la influencia que ejerce el *intraneus* sobre la decisión autónoma del *extraneus* doloso no es suficiente, según los criterios generales, para hacer responder al *intraneus* cuasi-instigador como autor mediato en virtud del dominio de la configuración relevantemente superior”.

ambiente o la salud, frente a los cuales han de considerarse los distintos niveles de responsabilidad de los integrantes de las empresas, aun cuando su actuar no se despliegue en la fase ejecutiva o no se acredite una conducta dolosa. Así, Botcke sostiene que

Los superiores idóneos para ser autores, que conscientemente causan o dejan que suceda el comportamiento doloso del *extraneus*, cuasi induciendo o cuasi participando, vulnerando doblemente el deber, no pueden responder como partícipes (por acción o por omisión), debido a la falta de un hecho principal doloso, típico y antijurídico de su subordinado no idóneo para ser autor; la coautoría tampoco es posible por defecto de un hecho del *extraneus*.²⁴⁷

Las dificultades que plantea la estructura analizada en este apartado no pueden resolverse acudiendo a las diversas formas de autoría y participación que el derecho vigente contempla, por lo que se corre el riesgo de delimitar la responsabilidad de los partícipes al subordinado o ejecutor (inductor o cooperador), al faltar el hecho principal doloso y antijurídico; es decir, la figura de autor, que, según la doctrina dominante, exige el principio de accesoriedad para castigar las conductas de los partícipes. Por otra parte, “tampoco la autoría mediata soluciona el presente problema. Aun admitiendo que en este caso pueda hablarse de instrumentalización, no concurren en el «autor mediato» las características personales exigidas por el tipo que pretende aplicarse”.²⁴⁸

Frente a la problemática que implican los delitos cualificados propios para la imputación penal, puede darse el supuesto de que “los que ejecuten el hecho sin tener estas cualidades sean sólo cooperadores necesarios y los cualificados que lo deciden, pero no lo ejecutan, tengan que ser igualmente calificados de cooperadores necesarios o de inductores; es decir, partícipes”.²⁴⁹ Esta situación nos puede llevar incluso a la ausencia de autor (por ser el ejecutor un sujeto no *cualificado*), y por consecuencia, atento al principio de accesoriedad limitada, tampoco ser posible imputar responsabilidad alguna a título de partícipe.

Los delitos especiales, sin duda, generan varios problemas de imputación, que han preocupado a los dogmáticos, al no poder imputar a título de autor una conducta delictiva a quien, si bien funge como autor mediato

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 188.

²⁴⁸ Ragués I Vallés, Ramón, “Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva”, *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, pp. 216 y 217.

²⁴⁹ Muñoz Conde, F., “¿Cómo imputar...?”, *cit.*, pp. 787 y 788.

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

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

...corremos el riesgo que ante dichas “exigencias” sociales, podamos simplemente abusar de la argucia del desconocimiento de los elementos del tipo (y por tanto argüir al error), pues en el Derecho vigente puede afirmarse la impunidad de todos aquellos sujetos insertos en el entramado empresarial que desconocen la comisión de una conducta delictiva por parte de otra persona, hayan intervenido o no objetivamente en su ejecución.²⁵⁰

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

Atento al análisis sobre la trascendencia del elemento cognitivo, y a las dificultades que enfrenta la dogmática penal en las figuras de autoría y participación enfocadas a acciones delictivas individuales, no satisface los requisitos de responsabilidad por organización, ya que se dejan hipótesis

²⁵⁰ Ragués, R., *op. cit.*, p. 205.

sueltas y finalmente impunes. A continuación se transcribe una parte de las investigaciones e inquietudes de Luis García Martín, la cual aporta elementos importantes al impacto social que hoy en día genera la responsabilidad penal por organización, o bien responsabilidad colectiva, al sostener que

La dialéctica entre las características de los nuevos bienes jurídicos y los modelos de actuación sobre ellos, por medio de la actividad de una empresa, ha dado lugar a un tipo de criminalidad con respecto a la cual los tradicionales instrumentos dogmáticos, o al menos la concepción tradicional de los mismos, ha entrado en crisis en el sentido de que encuentran a menudo considerables dificultades de aplicación y, por tanto, de realización de sus funciones prácticas. En efecto, como destaca Schünemann, los instrumentos dogmáticos de la autoría (individual, completa o mediata) parecen estar concebidos a partir de las características de criminalidad tradicional en que él o los autores de la acción típica están plenamente identificados personalmente con la realización del tipo. La actividad de la empresa económica, en el curso de la cual aparece la lesión del bien jurídico, se caracteriza, como dice Schünemann, por la escisión entre la acción y responsabilidad, de modo que a menudo el que realiza la acción no es responsable y el que lo es, en cambio, no actúa o no lo hace en un sentido plenamente típico. Ello es debido a que la empresa es, desde la perspectiva que aquí no interesa, un grupo de personas jerárquicamente organizados en torno al principio de la división del trabajo. Todo esto da lugar, como he puesto de relieve en otro lugar, a que en una gran mayoría de supuestos de realización de un hecho punible en el curso de la actividad de una empresa se produzca una escisión de los elementos del tipo. El hecho punible aparece aquí —no de modo diferente a la actividad lícita de la empresa— como el resultado de la suma de actos parciales, es decir fragmentarios desde el punto de vista de la totalidad de los elementos del tipo penal, que han ejecutado individualmente una pluralidad de sujetos de la empresa desde muy diversas posiciones jerárquicas y con un grado muy diferente de información y, por ello, de conocimientos acerca de la trascendencia de su acto particular. Los actos que ha realizado un sujeto particular son por sí mismos a menudo objetiva o subjetivamente atípicos.²⁵¹

La postura antes transcrita confirma los análisis hechos en el presente estudio, en el sentido de que las conductas desplegadas dentro de una organización, dada su fungibilidad, división de trabajo, dificultades en la acreditación de elemento volitivo del dolo, y estructuras dogmáticas que imposibilitan responsabilizar penalmente las conductas individuales que sí lesionan bienes jurídicos colectivos, pero que se difuminan en el entramado organizacional.

²⁵¹ García Martín, Luis, “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, citado por Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 52-55.

3. Los “actos neutros”

No todas las conductas interesan al derecho penal, sino sólo aquellas que contravienen la norma, de ahí que las

...normas penales tienen una función de llamada de atención para el ciudadano para evitar su comisión, y a su vez sirven de garantía al ciudadano, dado que el Estado sólo le podrá imponer una pena privativa de libertad, única y exclusivamente, cuando haya realizado una de las conductas descritas en la norma penal.²⁵²

Frente a las conductas que transgreden la norma, existen conductas aparentemente inocuas para generar un resultado de peligro, y, por lo mismo, resulta complejo atenderlas en vía de un derecho penal de prevención; tales son los actos neutros, que se encuentran en el límite entre la relevancia e irrelevancia jurídico-penal, que bajo la actual imputación individual simplemente quedan fuera del ámbito de prohibición de las normas punitivas.

De acuerdo con la dogmática alemana, la neutralidad genera un problema de límites, ya que esta característica de las conductas suele darse dentro de la cotidianidad en la que se desenvuelve el ser humano, cotidianidad que abarca principalmente el ámbito laboral, por ser éste el ámbito en el que se gesta la cooperación punible, y a la vez, constituir uno de los aspectos que más interesan al desarrollo del presente trabajo, por ser las conductas desplegadas dentro de un colectivo las que en muchos de los casos no encuentran una figura de responsabilidad satisfactoria para la evitación de riesgos previsibles. Sirva de ejemplo el supuesto de un director de empaquetado, cuyo trabajo será dirigir el empaquetamiento de un material que él tiene conocimiento no cumple con las medidas de higiene, a pesar de lo cual, y con plena conciencia de ello, el director de compras las adquirió; ante ello, el director de empaquetado, aun cuando la decisión de comprar el producto no está en la esfera de su responsabilidad, de seguir con su labor de empaquetado cabría preguntarnos: ¿estará incurriendo en sólo una conducta neutra por no tener calidad de garante específica respecto del producto, y por establecerse un principio de confianza y de división de trabajo que le exima de responsabilidad individual?, o, ¿a pesar de ser un acto “neutro” en cuanto su responsabilidad laboral, es sin duda un acto que, concatenado con el cometido por el director de compras, genera un riesgo para la tutela de derechos de terceros?

²⁵² Díaz Aranda, E., *Teoría del delito...*, cit., p. 3.

De ahí que los actos inocuos no se puedan aislar de la norma penal sólo por el hecho de que por sí mismos no generan una lesión, pues tal como lo sostiene un sector generalizado, el problema de la neutralidad se enmarca como una cuestión de “límite de toda conducta de participación dentro de la discusión sobre el alcance de la teoría de la imputación objetiva”.²⁵³

Hassemer, con relación a los actos neutrales, sostiene que lo característico de éstos es que “no puede ser captado mediante una contemplación externa sino que será lo «interno» lo que trastoca el significado del comportamiento dependiendo la comprensión y calificación del hecho de los conocimientos adicionales que tiene el sujeto en cuestión y de los que no necesariamente dispone el espectador objetivo”.²⁵⁴

Mientras que Mir Puig, citado por Landa, al atender los aspectos objetivos y subjetivos de la neutralidad de los actos, sostiene que éstos están sujetos a la cotidianidad y a la justificación del emisor, lo que convierte actos lesivos en actos indiferentes pese su dañosidad social, en donde “la asimetría de lo objetivo y lo subjetivo a favor de esto último levanta la voz de alarma sobre el riesgo de una excesiva subjetivización del tipo y, yendo más lejos aún, sobre el riesgo de materialización del denostado derecho penal de autor que castigue la pura intención contraviniendo de raíz el «principio del hecho»”.²⁵⁵

Como se ha sostenido en capítulos anteriores, el fondo del problema sigue siendo el límite entre lo objetivo y lo subjetivo al valorar la conducta, ante lo cual cobra gran relevancia la valoración de ésta a nivel de injusto, así como la relevancia que sobre los elementos subjetivos debe tener el conocimiento²⁵⁶ y la responsabilidad compartida, incluso ante supuestos actos neutros, y a la relevancia de la precaución asumida con nuestros actos.

²⁵³ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al “límite mínimo” de participación frente a los “actos neutros”*, Madrid, 2002, p. 7.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 9.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 10.

²⁵⁶ *Ibidem*, p.34, autor para el cual, “enlazado con el debilitamiento de las exigencias en torno al desvalor de resultado, son numerosas las voces que alertan del riesgo de que se acabe por instituir una suerte de posición de garante genérica, según la cual ante el conocimiento de una resolución delictiva ajena existiría la obligación de evitar que el hecho principal continúe su curso hasta el punto de que no cabría llevar adelante aquellas prestaciones o intercambios de bienes o servicios habituales en el sector de la actividad correspondiente. Todo sujeto que ocupara una posición en el entramado productivo que pudiera favorecer una resolución delictiva ajena quedaría convertido, llevando la argumentación hasta el final, en una especie de policía obligado a interrumpir su actividad cotidiana (prestación de servicios, bienes, información) como forma de obstaculizar la futura actuación delictiva. O, con otras palabras, al fundamentarse así la responsabilidad penal en realidad se estaría admitiendo una suerte de *obligación jurídica de boicot y aislamiento social contra el delincuente* bajo la amenaza de sanción penal”.

En el ámbito de la delincuencia económica guarda una especial relevancia el tema, ya que en tanto más alejado se encuentra el hombre de escritorio del resultado típico, más complejo resulta deslindar las responsabilidades de todos los intervinientes del mismo, principalmente en atención al principio de confianza y de división de trabajo; de ahí que, dentro de las actividades llevadas a cabo por un colectivo, resulte más común hablar de actos neutros, que parecieran tener mayor solidaridad con la indiferencia que con la salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros. Ante esta realidad, bajo la óptica de la política-criminal se abren nuevas realidades, ante las que el derecho penal debe reaccionar, sin que se le acuse de un expansionismo desmesurado, ya que el mundo económico empresarial cada vez se desenvuelve más en ámbitos neutros en cuanto a su responsabilidad, pese a la gran repercusión de estos últimos en riesgos y lesiones que generan a diversos bienes jurídicos, no sólo individuales, sino colectivos, y frente a los cuales no es dable establecer meras disposiciones o correctivos,²⁵⁷ que en muchos de los casos simplemente se resuelven con sanciones económicas o con un sencillo cambio en el nombre de la razón social.

Dentro del tópico de los actos neutros se debe replantear la relevancia del conocimiento a la par de lo significativo que haya resultado el aporte generado por los sujetos que intervienen en un colectivo, ya que el mero conocimiento *per se* sería insuficiente para imputar responsabilidad alguna en el ámbito de la participación, a menos que se trate de un “no hacer” en la esfera de quien tenga calidad de garante. De ahí que sostenga Frisch que castigar sólo con base en el nivel de conocimiento sería ineficaz, por considerar que

Se limitaría la libertad de actuación de forma inaceptable y revelaría una *lógica estatal de la desconfianza frente al ciudadano*. No basta con una elevación del peligro por encima de lo normal a la luz de las circunstancias del caso para admitir tal sacrificio de la libertad en aras de la protección de bienes jurídicos: son tantas las conductas susceptibles de utilización delictiva que la asunción de dicha lógica desembocaría en la sociedad de la desconfianza en la que nos veríamos constantemente en la obligación de analizar nuestros propios actos por si otros pudieran servirse de ellos para actuar antijurídicamente. El otro,

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 31; por su lado, Hassemer, de forma especialmente clara, alude a la “posibilidad de que los correctivos que se pretenden introducir en el ámbito punible de la complicidad puedan obedecer simplemente a que no guste el resultado que arroja la aplicación consecuente de la normativa penal y, por ello, a la hora de ofrecer su propia propuesta es consciente del riesgo de que el criterio de la «adecuación» pudiera actuar como auténtico caballo de Troya para «avar» la cara a actuaciones socialmente aceptadas pero antijurídicas desde el punto de vista jurídico-penal”.

nuestro conciudadano, sería reducido así a un delincuente en potencia, imagen normativa radicalmente opuesta e incompatible con la que debe derivarse de la Ley Fundamental: esto es, la de aquella persona responsable, capaz y dispuesta a respetar el Derecho.²⁵⁸

Sin duda, temas como los actos neutros y su amplia difuminación en el ámbito empresarial derivan del periodo postindustrial²⁵⁹ que estamos viviendo, y frente al cual cada vez resulta más complejo delimitar las acciones propias del ser humano frente a aquellas propias de la maquinaria económica, y ante las cuales, si bien cada vez se enfrentan más riesgos, también se debe ser capaz de reconocer límites muy claros de responsabilidad, bajo la pena de perder toda posibilidad de salvaguardar los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad, frente a los costos que está dispuesta a pagar.

Frente a los límites a la responsabilidad, cabe reconocer los límites a la cercanía o proximidad entre las conductas de los partícipes y la desplegada por el sujeto activo, máxime atendiendo a la teoría de accesoriedad limitada, frente a la cual se requiere el despliegue de una conducta típicamente dolosa y antijurídica desplegada por el autor principal para que, en torno a ésta, se puedan dar las figuras de participación. Esto es, se tendrá que dar inicio a la fase ejecutiva del *iter criminis* para estar en capacidad de reconocer el bien jurídico que se está poniendo en riesgo, y en torno al cual se puedan responsabilizar conductas de los partícipes, así como conductas desplegadas dentro de un colectivo con suficiente responsabilidad penal, ya que

...cuando está en marcha la fase ejecutiva del delito ajeno, privaría del carácter neutro a la contribución del partícipe trastocándose el sentido social de la misma en uno de naturaleza indudablemente delictiva. La línea divisoria entre fase ejecutiva y fase preparatoria del hecho principal ofrece por tan-

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 36.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 38; Silva Sánchez sostiene que “los niveles de complejidad e interacción individual por las necesidades de cooperación y división funcional han llegado a cotas hasta ahora desconocidas. Precisamente por esa profunda interrelación entre esferas de organización individual y creciente interdependencia la indemnidad de los bienes jurídicos depende cada vez en mayor medida de la realización de conductas positivas —de control de riesgos— por parte de terceros. El entramado económico en el que se desarrollan las actividades laborales que eventualmente pueden convertirse en contribuciones a delitos ajenos tienden entonces a ser objeto de una «relectura normativa» fruto de la cual se diluye la separación estricta entre esferas de responsabilidad. Se explicarían así las dificultades para diferenciar el carácter activo u omisivo de múltiples ejemplos de contribución neutral lo cual no debería extrañar habida cuenta que una de las características de la dogmática de la globalización es precisamente una exasperación de la de los delitos de comisión por omisión y una reconstrucción de los mismos en términos de infracción de vigilancia”.

to, un primer criterio material que informa el “claro” o “exclusivo sentido delictivo” como criterio rector de identificación de la complicidad punible.²⁶⁰

De tal manera que la conducta del partícipe aportada dentro de la fase ejecutiva abandona la neutralidad que ésta pudiera tener, y se convierte en una conducta cargada de contenido delictivo, y por tanto típicamente relevante para el derecho penal.

4. *Precisiones sobre el 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 cabe la ceguera ante 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, que atiende a responsabilidades individuales.²⁶¹

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 105; señala Feijóo “dos grupos de supuestos: favorecimientos anteriores a la resolución delictiva del autor y favorecimientos del delito posteriores al comienzo de la tentativa o del inicio de la ejecución del hecho típico. Se trata de una primera división de constelaciones de grupos que no pretende ser tajante: comenzado el estadio de la tentativa «todo favorecimiento *suele* adquirir el sentido objetivo de cooperación o complicidad, aunque la tentativa tampoco sea una barrera fija para limitar la imputación»... «...cuanto más objetivada y cercana está la realización del tipo, más difícil le será al que la favorece distanciarse jurídico-penalmente de la ejecución del hecho típico principal. La preexistencia de la infracción de una norma penal hace variar el sentido o significado normativo de las conductas que pueden favorecer las consecuencias de esta infracción», pp. 106 y 107. A su vez, Schumann argumenta que “el desvalor de acción del partícipe en la línea de la teoría de la impresión como fundamento del castigo de la tentativa, a la hora de concretar cuándo la contribución accesoria se ha «colocado de forma reconocible de parte del injusto» subraya, en primer lugar, la importancia de la «cercanía al hecho». Según la contribución se preste en fase de actos preparatorios o de tentativa cabrá entonces determinar la relevancia penal del partícipe quien, por regla general, será punible en fase ejecutiva ya que el favorecimiento a un injusto «en marcha» entraña ese solidarizarse con el hecho ajeno... en realidad, lo verdaderamente importante no es tanto la cercanía al «hecho» sino más bien al «injusto»: se debe poder concluir interpretativamente que el partícipe hace causa común con el núcleo del injusto principal ajeno”, p. 111. Por su lado, los supuestos según Frisch menos problemáticos son “aquellos en que cabe establecer una «estrecha relación espacio-temporal» entre la contribución accesoria y el hecho delictivo principal. El comportamiento deja entonces de ser natural y pasa a ser únicamente interpretable según su sentido delictivo”, p. 112.

²⁶¹ Hassemer, Winfried, *Persona, mundo...*, cit., 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

Con una postura un tanto ecléctica, Hassemer deja ver, por un lado, la complejidad de aludir a una responsabilidad colectiva, y a la vez reconoce que se precisa contar con mecanismos nuevos que permitan conseguir la imputación dentro de una sistemática del delito, lo cual se extrae de la siguiente afirmación hecha por este autor:

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.²⁶²

personas y bajo esa red es imposible diferenciar variantes de participación de cada individuo. Cfr. Mir Puig y Luzón Peña, *Responsabilidad penal...*, cit., p. 13; señalan 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 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.

²⁶² Hassemer, W., *Persona, mundo...*, cit., pp. 180-182. Cfr. Hassemer, W. y Muñoz Conde, *La responsabilidad por...*, 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, injusta... 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

Por su lado, de una manera más categórica, Jakobs sostiene que la imputación del injusto va más allá de la actuación de propia mano, pues el quebrantamiento del rol, bajo una óptica de imputación objetiva, configura un rol en el actuar del colectivo, de ahí que sostenga que es

...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 delictivas; y en este marco la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no siempre.²⁶³

Tomando como referencia la concepción de injusto que maneja Jakobs, se pueden incluir los aportes objetivos de todos los intervinientes de la organización, sean éstos ejecutores o no, sin necesidad de entrar a analizar campos de autoría mediata, coautoría, inducción o participación; esto, cuando se habla 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.

Al igual que diversos autores, en el presente trabajo se han manifestado inquietudes en torno a la autoría mediata (una de las principales formas en

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?

Este “moderno” derecho penal se caracteriza por:

- Una tendencia a la protección de bienes jurídicos de carácter social o institucional antes que individual,
- una anticipación del momento de intervención del derecho penal, castigando ya la mera puesta en peligro,
- un debilitamiento de los presupuestos de la punibilidad, tanto en la constatación de los diferentes grados de imputación objetiva como subjetiva (tendencia a prescindir en el dolo del elemento volitivo referido al resultado),
- una reducción de las garantías procesales,
- el recurso a leyes sectoriales muy técnicas o a normas penales en blanco, dejando, en todo caso, un amplio margen a la discrecionalidad o arbitrio judicial.

²⁶³ Jakobs, G., *La imputación...*, cit., pp. 58 y 59.

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. Afirma que

...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, etcétera).²⁶⁴

Ante lo cual la autoría mediata demanda el dominio de la voluntad de los integrantes de la organización; esto es, instrumentalizar al otro.

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 al 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, se atendiera a un injusto colectivo, que deberá contar con su propia sistemática del delito.²⁶⁵ Esta sistemática se puede

²⁶⁴ Ambos, Kai, “Dominio del hecho...”, *cit.*, p. 37. Afirma 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”.

²⁶⁵ López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Granada, Comares, 2002, 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 un Derecho penal que pueda resolver los pro-

concretar de la siguiente forma: una vez que una conducta individual (de acción o de omisión)²⁶⁶ participa en una organización, cuyo resultado se adecua a los presupuestos objetivos del tipo, y dentro de la estructura subjetiva este último, 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, entonces se tendrá integrada una conducta típica. En caso de que no existan causas de justificación frente a dicha conducta típica, ésta será antijurídica.²⁶⁷

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

blemas 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”.

²⁶⁶ Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., pp. 44-46; referente a la omisión en la responsabilidad por organización, 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 aún 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”.

²⁶⁷ Jakobs, Günther, “Teoría y praxis de la injerencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, t. LII, enero-diciembre de 1999, pp. 22 y 23, quien sobre el tema 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”.

de una concepción dualista moderada, para la integración del 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 y el qué lo llevó a determinarse por su conducta lesiva; y para el desvalor de resultado bastará la peligrosidad o el peligro generado con el actuar individual, determinándose así el qué hizo.

Hasta aquí se tienen, 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) se puede 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 del injusto,²⁶⁸ el colectivo participa de la misma responsabilidad, por lo que sólo deben interesar los aportes cuantitativos (es decir, las aportaciones objetivas), no así las aportaciones cualitativas (que se podrán valorar en la culpabilidad).

Por su lado, Jakobs va más allá cuando sostiene que en derecho penal el reparto de trabajo

²⁶⁸ Peñaranda Ramos *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. Considera que “la teoría de la imputación de Jakobs, refieren que desde ésta 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, 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”.

...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.²⁶⁹

Como se observa, en este concepto reviste vital importancia el conocimiento, ya que éste integrará el componente existencial de cada persona que interactúa en esa sociedad. El “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”,²⁷⁰ pues la norma no precisa darle gusto a todos, sino satisfacer las necesidades de la colectividad; por ello es que las normas existentes dentro de una responsabilidad por organización²⁷¹ deberán ser 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 podrá conservar los niveles de confianza para cada uno de los integrantes de empresas, cooperativas, entes de gobierno, y demás estructuras organizacionales.

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, Schünemann, en uno de sus artículos, textualmente 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 amplíe en

²⁶⁹ Jakobs, G., *La imputación...*, cit., p. 67. Agrega, atento al injusto individual, en su publicación “Teoría y praxis...”, 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 propio”.

²⁷⁰ Jakobs, G., *Problemas capitales...*, cit., pp. 59 y 62.

²⁷¹ Jakobs, G., *La imputación...*, 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 común respecto de las condiciones del resultado lesivo y, por tanto, también respecto del propio resultado”.

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.²⁷²

De la anterior postura, en el presente trabajo se dejará al margen la sanción de la propia empresa, ya que principalmente llama la atención, para efectos del tema que se aborda, la necesidad de crear baremos jurídicos-dogmáticos que permitan imputar penalmente y en forma cumulativa (como dice Schünemann) aquellos aportes individuales que concatenados dentro de un ente colectivo generan un incremento del riesgo, que no tiene por qué 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”;²⁷³ por ello, no se puede simplemente actuar al amparo de otros, o al amparo de una organización, ni mucho menos actuar valiéndonos de la organización, con la tranquilidad de que las acciones individuales se difundirán en el complejo entramado de la organización. Solamente una postura preventiva pero firme del derecho penal hará que cada quien asuma su compromiso frente a sus propios actos, incluso respondiendo por ello 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 se frenan a corto tiempo, los daños serán irreparables.

Por ello, aunque para muchos resulte radical la propuesta del injusto colectivo, para el análisis del presente trabajo es más bien necesaria, pues aun con los riesgos que se puedan correr en ámbitos de 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 pe-

²⁷² Schünemann, B., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 22.

²⁷³ Jakobs, Günther, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, 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 trivial, 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 acción humana, se hace una ulterior opción *en contra* de que haya responsabilidad colectiva y *a favor* de la individualización. Pero, ¿cuál es el grado mínimo de acción que debe concurrir a la hora de imputar al individuo su organización, su comportamiento, y no su mera existencia?”.

nal. 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 es la sociedad la que asume los riesgos. Se debe reconocer que, en la medida en 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, que actualmente rayan en la burla e indiferencia, pues todos soportan daños sociales irreparables, mientras unos cuantos obtienen de ello cuantiosas ganancias económicas.

II. EL NEXO DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA. PAPEL QUE GUARDA EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Ligar la conducta de aquellos que forman parte de la responsabilidad colectiva con el resultado típico implica conjugar dos apartados: i) el aporte cuantitativo individual en la cadena del hecho, y ii) la suma de éste con el resto de los aportes que, de manera conjunta, hacen posible el resultado. Así, aun sin estar a nivel de análisis del nivel de conocimientos con que se hicieron los aportes objetivos, ni en el nivel de culpabilidad, resultará necesario atender al principio de precaución, reconociendo que, más allá de valorar la conducta objetiva desplegada por el sujeto, hay que identificar el grado de previsibilidad que tenía a su alcance, previo al despliegue de la conducta, pues es este grado de conciencia lo que tiene mayor peso respecto de la unión que exista entre su conducta y el aporte individual que hizo posible el resultado colectivo, lo cual va ligado con la responsabilidad del sujeto, atento al grado de conocimiento y capacidad de conocer el resultado.

Como ha quedado de manifiesto en los capítulos anteriores, la valoración y aplicación que se haga dentro de la ciencia del derecho penal, en aras de una inserción objetiva y efectiva de la misma, deberá hacerse bajo las implicaciones que circundan a la sociedad del riesgo en que actualmente se vive, en donde más allá de las conductas individuales desplegadas por cada sujeto resultan relevantes las conductas desplegadas de manera colectiva; es decir, todas aquellas conductas que mediante la suma de sus aportes cualitativos generen un resultado de riesgo o de lesión para la sociedad actual. De ahí parten las nuevas responsabilidades que debe asumir el individuo, si es que desea un entorno en el que su vida sea viable, decisión que no le compete a un solo sujeto, sino a la sociedad en su conjunto.

Sin duda, en la actualidad es cada vez más estrecha la relación que existe entre el actuar de una persona para con la vida de terceros, y viceversa,

toda vez que muchas de las conductas cotidianas generan un impacto que va más allá del plano individual, como manejar un vehículo o un camión de pasajeros, administrar una estación de gasolina, la venta de diversos productos de consumo, cocinar alimentos para su venta, colaborar en una fábrica, entre otras miles de conductas, que no es dable ejercerlas sin la debida precaución, tanto respecto de la información que conlleva ejecutarlas como respecto del actuar mismo.

Esta realidad lleva a darle un tiempo, en esta lectura, al principio de precaución, cuyo origen debe situarse en la República Federal de Alemania, en torno al derecho del medio ambiente de los años setenta, donde se consagra con el nombre de *Vorsorgeprinzip*, que luego se identificaría en otros idiomas como *precautionary principle*, *principe de précaution* y “principio de precaución”. Tiempos en los cuales, con relación en la política alemana, el punto de partida de la protección al medio ambiente consiste en que,

...en la medida de lo posible, los atentados al medio ambiente deben evitarse antes de que se produzcan. En este sentido, la *Vorsorge* implica la detección precoz de todo peligro para la salud y el medio ambiente, una investigación multicomprendensiva y sincronizada, que preste una especial atención a las relaciones de causa-efecto.²⁷⁴

Otros ven el origen de este principio en los riesgos provocados por la industria nuclear, en relación con el principio Alara (*As low as reasonably achievable*) adoptado en 1973 por la Comisión Internacional de Protección Radiológica. También se ha sostenido que el principio se originó en la Conferencia de Estocolmo de 1972, sobre el Medio Ambiente Humano. Finalmente, se ha señalado la Convención de Viena de 1985, sobre Protección de la Capa de Ozono, como la primera implementación del principio de precaución en el derecho internacional.²⁷⁵

Su expansión se produce en los inicios de los años ochenta, y alcanza la aceptación internacional universal en el Convenio de Río de Janeiro sobre Biodiversidad o Diversidad Biológica de 1992 y en el de Cartagena sobre Bioseguridad,²⁷⁶ convención que en su principio 15 establece que con el fin de proteger el medio ambiente,

²⁷⁴ Romeo Casabona, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 108 y 109.

²⁷⁵ Figueroa Yáñez, Gonzalo, *El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil*, disponible en: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/principio_precaucion_figueroa.PDF.

²⁷⁶ Romeo Casabona, C., *op. cit.*, p. 109.

...los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

El Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, de 2000, señala que sus objetivos se formulan de conformidad con el enfoque de precaución que figura en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Todas estas invocaciones del principio de precaución deben entenderse en el contexto de la acentuación de riesgos, a veces de efectos desastrosos, que caracterizan los tiempos actuales. En ese sentido, comenta Bergel, que

...en forma sostenida a lo largo de las últimas décadas, se han privilegiado sistemas y tecnologías de producción que han conducido al planeta a una situación límite (contaminación del aire y del agua, erosión de los suelos, calentamiento de la Tierra, disminución de la capa de ozono y aumento de las radiaciones, pérdida de la diversidad biológica, etcétera).²⁷⁷

De ahí que sus bases surjan en torno a la gran preocupación del mundo ante las conductas que impactan directamente al medio ambiente, y por consecuencia se suscite la necesidad de adecuar el marco jurídico a fin de crear estructuras jurídicas acordes a la protección de bienes jurídicos colectivos como éste y otros tantos.

En su ámbito sustantivo o material de aplicación, el principio de precaución “nace como instrumento de gestión del riesgo, sobre todo, aunque no sólo, en relación con las actividades relacionadas con la ciencia y la tecnología, en particular con el saber científico y tecnológico de un momento determinado”,²⁷⁸ mientras que en su ámbito funcional de aplicación, dicho principio “apela sobre todo y en primer lugar a los poderes públicos en relación con sus decisiones políticas, sean estas legislativas o ejecutivas”.²⁷⁹

El principio de precaución pugna por determinar los niveles de control y limitación razonable del riesgo, razonabilidad que estriba en la necesidad que lleva a asumirlas como toleradas. Esta diferenciación no se hace en aras de actuar frente a los riesgos permitidos con una irresponsabilidad sin repercusiones, sino por el contrario, si bien es cierto que es permitido su ac-

²⁷⁷ Figueroa Yáñez, G., *op. cit.*, p. 67.

²⁷⁸ Romeo Casabona, *op. cit.*, p. 109.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 110.

tuar, también se espera del sujeto la diligencia necesaria para su ejecución, pues tal como sostiene Romeo Casabona:

El riesgo permitido apunta a un riesgo conocido, hasta cierto punto mensurable y previsible, lo que aboca como efecto a la prevención. El dilema que surge ahora en la sociedad postindustrial, del desarrollo biotecnológico y del impacto ambiental, consiste en despejar el interrogante de en qué medida es válido y aceptable aquel paradigma en relación con el riesgo ciertamente sospechado, pero no previsible, del riesgo no cuantificable o mensurable en sus dimensiones esenciales, del riesgo incierto por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo. Se trata de la constatación de un riesgo residual que puede abocar a una situación de peligro (de actividad peligrosa) que, a diferencia de aquél, debe ser evitada.²⁸⁰

Estos razonamientos llevan a preguntarse si es válido exigirle al individuo la previsión de los riesgos emanados de su conducta cuando éste tiene conocimiento de los riesgos y de los nexos causales de su conducta en relación con el resultado, a diferencia de quien, asumiendo que llevó a cabo la diligencia debida, tiene total desconocimiento respecto del riesgo que ha generado. Y más allá, ¿qué tan válido es esperar que, ante una incertidumbre que implica cierta posibilidad de concreción de un riesgo o un posible daño, el sujeto interrumpa su actuar, bajo la pena de incurrir en una conducta cometida con una carga subjetiva de dolo eventual?, toda vez que, en estos supuestos habrá aceptado la consecuencia vislumbrada ante dicha incertidumbre. Esto es, ¿qué tan válido es que un chofer de un camión de transporte público, que no tiene conocimiento sobre biodiversidad o ciencias aledañas a la protección del medio ambiente, pero a su entender de ciudadano común se percata de que el camión con el que habrá de atender su ruta emite notables bocanadas de humo negro cada vez que acelera la marcha del motor, y a pesar de ello, sin reportar a su jefe tal situación o asumir una actitud de previsión ante el daño que puede generar con tales emisiones de *smog*, simplemente se determina a utilizar el camión sin mayor remordimiento ni reflexión ante el daño generado al resto de los individuos?, lo que implica haber actuado con total indiferencia o negligencia, ante lo cual cabe preguntarnos: ¿se tendrán que tolerar los riesgos asumidos por el sujeto, cuando evidentemente su conducta refleja una total indiferencia hacia la responsabilidad que debe asumir respecto de su actuar en sociedad? Esta

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 103, para quien es en el contexto de la insuficiencia o de las limitaciones de la construcción dogmática de la previsibilidad en donde desempeña su función el principio de precaución.

problemática la viene soportando la sociedad desde décadas atrás, tal como se observa mediante la aportación de Jakobs, quien desde 1974 desarrolla la *teoría de la evitabilidad individual*, que surge ante su desacuerdo con el concepto de *finalidad* sostenido por Welzel, por lo que, en sustitución a éste, sostiene la relevancia del concepto *evitabilidad*, argumentando que la acción será la producción de un resultado individualmente evitable, y un resultado o comportamiento será evitable sólo cuando el autor de éste, de haber tenido un motivo para evitarlo, hubiera podido realmente evitarlo.

Ante la evitación del resultado, igualmente, Jakobs se pronuncia ante la relevancia más allá que del resultado, a la motivación dirigida a la evitación del resultado. Para él, solamente habrá ausencia de acción en aquellos casos en que sea inevitable la reacción. Se incluye en el análisis de la evitabilidad la valoración de la posibilidad de la evitación individual, ya que para él las capacidades de evitación son diferentes entre uno u otro individuo; si hay una inevitable realización de la conducta, por consecuencia se estará ante la ausencia de una expresión individual de sentir, ante lo cual la norma no se verá infringida. Así, mientras el resultado sea evitable, se estará ante una acción susceptible de ser valorada en el momento de precisar el injusto penal de la conducta antijurídica.

Regresando al principio de precaución, éste toma como punto de partida dos presupuestos: por una parte, la posibilidad de que las conductas humanas causen daños colectivos vinculados a situaciones catastróficas que puedan afectar a un conjunto de seres vivos, y por la otra, la falta de evidencia científica (incertidumbre) respecto a la existencia misma del daño temido.²⁸¹

Romeo Casabona enfatiza la necesidad de precisar el significado de la incertidumbre científica y en qué extremos se aplica; sostiene:

Debe contemplarse, respecto a varias realidades que van desde la relación de causalidad entre el acto y sus efectos, pasando por la realidad misma del daño, así como la medida, la cuantificación del riesgo o del daño... En cuanto a la naturaleza del daño, está extendida la opinión de que ha de ser grave e irreversible, y por ello se suelen incluir los daños colectivos, que toman la dimensión de catástrofe; y por irreversible aquello que vaya contra el aseguramiento de la continuidad del futuro en relación con el pasado. Valga esta descripción para confirmar la magnitud del riesgo temido que acompaña a las situaciones a las que se quiere vincular el principio de precaución, sin que deba compartirse que en todo caso haya de revestir un carácter catastrófico e irreversible, aunque sí por lo general grave y colectivo.²⁸²

²⁸¹ *Ibidem*, p. 105.

²⁸² *Idem*.

En este tenor, el recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, de un producto o de un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente.²⁸³ Por ello, se habrá de dotar de mayor científicidad a los procesos causales de la conducta, ya que resulta complejo dimensionar la precaución que debe asumir determinado sujeto ante un riesgo en particular, ante lo cual el juicio de prognosis (atento al cual se valora el peligro *ex ante*) no sólo debe abarcar la esfera de la lesión, sino también del peligro generado.

Ante esta realidad y la asunción del peligro que frente a sus correspondientes costes ha asumido la sociedad, el principio de precaución se orienta a la prevención de daños que resultarían intolerables para la sociedad, ya que “se debe actuar adoptando medidas de protección con anterioridad a que aparezca el daño, incluso aunque no exista una evidencia científica completamente comprobada sobre la nocividad de una actividad o de un producto”.²⁸⁴

A su vez, se ve la necesidad de incluir en las valoraciones dogmáticas el juicio de peligro, tal como actualmente se hace en el momento del análisis del injusto individual (integrado por el desvalor de acción y el desvalor de resultado), ya que si el peligro se presenta a nivel de acción, tendríamos una conducta peligrosa; pero entendido como peligro a nivel de análisis del desvalor de resultado, tendríamos una concepción de presupuesto de lesión del bien jurídico. Esto es, una valoración de la conducta peligrosa, y respecto de la cual no sólo frente a la lesión es que actuará el derecho penal, sino precisamente ante una significativa puesta en peligro, máxime cuando la concreción del daño que el peligro conlleva sólo es cuestión de tiempo, como es el caso de las conductas que ponen en riesgo el medio ambiente, y por consecuencia la salud de la humanidad.

El análisis del alcance de la peligrosidad de la acción, desde la óptica de este principio, está especialmente indicada, puesto que uno de los ras-

²⁸³ *Idem*, agrega que “el principio de precaución no parte de una absoluta falta de previsión sobre el futuro, pues se basa en la sospecha de los riesgos que puede soportar una actividad determinada, por lo general con consecuencias de especial magnitud e incontrolables y tal vez irreversibles. Sin embargo, es cierto que se desconoce en realidad tanto la dimensión de ese riesgo como de sus posibles efectos perjudiciales. Esto es, existe una incertidumbre científica sobre los procesos causales que puede generar o desencadenar una actividad, lo que impide calificarlo como previsible conforme a parámetros objetivos”.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 106; señala este autor que “la precaución ha sido asimilada frecuentemente, tanto por sus detractores como por sus defensores, a una moratoria y a un bloqueamiento de nuevos productos en tanto no se disponga de la prueba definitiva de su inocuidad, a un bloqueamiento del progreso científico y a una inacción general en relación con los productos que no fueran-inofensivos”.

gos más marcados del derecho penal actual es su expansión mediante la introducción de nuevos delitos de peligro abstracto o de peligro abstracto-concreto, lo cual, como sostiene Romeo Casabona:

El principio de precaución en relación con los comúnmente llamados delitos de peligro —fundamentalmente los delitos de peligrosidad o de acción peligrosa— podría contribuir a la elaboración de un procedimiento de imputación para alguno de estos delitos, basándose para ello en la innecesariedad de imputar un determinado resultado, y pudiendo prescindir entonces y en consecuencia de la constatación de un nexo causal. En este sentido, este principio podría ayudar a construir una acción peligrosa al margen del criterio de partida de la previsibilidad, pero con semejantes, sino superiores, presupuestos de seguridad jurídica basados en las prescripciones de conducta que tal principio impone.²⁸⁵

Sin duda, los límites abordados dentro del principio de precaución dotarán de seguridad y certeza su implementación, máxime cuando se habla de valoraciones *ex ante* a la consecuencia propia de la conducta; es decir, bajo esquemas de previsibilidad; necesidades que se centran, en gran medida, en torno a la defensa al medio ambiente,²⁸⁶ de ahí que dicho principio

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 116.

²⁸⁶ Vercher Nochera, Antonio *et al.*, *Responsabilidad ambiental, penal, civil y administrativa*, Madrid, ECOIURIS, 2003, p. 224, quien por cuanto hace al principio de proporcionalidad, utilizado en gran medida para delitos ambientales, establece que “Para poder apreciar la relación causal es necesario un juicio de probabilidad en abstracto del resultado acaecido, en un pronóstico objetivo. El juzgador debe analizar si el daño era previsible en el curso natural de las cosas en el acontecimiento ocurrido. El fenómeno causal debe ser analizado en consonancia con las reglas del comportamiento normal y la respuesta a la pregunta de si la acción del sujeto era la idónea para producir el resultado dañoso nos acercará la posibilidad de imputación.

Pero tratándose de daños ambientales, con la complejidad de los mismos y de sus efectos, el sistema clásico puede no responder a todos los interrogantes que se planteen, cuando nos referimos a daños ambientales pueden ocurrir como consecuencia de su propia naturaleza, que por ejemplo, determinados actos contaminantes de distintas personas diseminados en el tiempo y espacio, no sea posible o muy difícil de identificar que acción y de qué persona produjo el daño ambiental, a la que hay que añadir el estado de la ciencia en cada momento, que no permite dar una solución cierta a cada problema de causalidad que se plantea.

Por ello, muchos sistemas han arbitrado un mecanismo de canalización de responsabilidad donde se señale a una persona previamente determinada en función de la actividad de riesgo de que se trate. De esta forma, con Gomis Catalá, existen instrumentos de canalización estricta, centrados en una persona que tendrá el control absoluto del actividad de riesgo y sistemas de canalización múltiple, donde se sitúa en un mismo plano una serie de personas potencialmente responsables, de manera que la víctima o el poder público pueden dirigirse indistintamente frente a cualquiera de ellas.

ha sido ampliamente incorporado, precisamente ante la incertidumbre de la amenaza al ambiente, lo cual no tiene por qué ser una limitación para generar responsabilidades y evitar los daños de los peligros que generen

Y si bien pueden existir ciertas dudas sobre la legitimidad de este principio de canalización, pues puede en ocasiones chocar con los cánones clásicos de responsabilidad de daños, sus ventajas superan los recelos que pudiesen existir, pues contribuye a la aplicación del principio «quien contamina paga», atribuye la responsabilidad sólo a la persona que tiene el control sobre la actividad de riesgo y, lo que es más importante a efectos procesales, es un gran arma de economía procesal, pues facilita y simplifica los procedimientos judiciales, ya que limita los procesos múltiples e identifica *ex ante* a la persona responsable, lo que facilita enormemente a efectos prácticos a la víctima del ilícito ambiental, pues conoce de antemano contra quién debe encauzar la demanda.

Pero cuando el sistema de canalización no funcione, habrá que acudir a la prueba del nexo causal al efecto determinar o señalar al responsable del daño ambiental. Lo que implica enormes dificultades, pues hay factores que obstaculizan enormemente la prueba de ese nexo como pueden ser, por poner algún ejemplo, la separación existente entre la industria contaminante y los efectos negativos de lluvia ácida para un bosque situado a kilómetros de distancia, la multiplicidad de fuentes contaminantes, la posibilidad de que el daño ambiental no se manifiesta en el momento de la contaminación sino hasta pasado un tiempo, las distintas explicaciones científicas que pueden tener un mismo hecho dañoso al medio ambiente, lo que puede ocasionar la refutabilidad de las pruebas presentadas por la parte perjudicada o el hecho de que algunas consecuencias del daño ambiental se manifiesten en el transcurso de un largo periodo de tiempo (pp. 225 y 226).

En torno a la responsabilidad por inmisiones industriales, Cabanillas Sánchez, llama la atención sobre el problema del nexo causal y su prueba o demostración de gran importancia a efectos de determinar el nexo causal entre el hecho dañoso ambiental y la determinación del responsable del mismo es la definición de causa que da la STS del 14 de julio de 1982. La mencionada sentencia defina la causa como «aquella que, aun ocurriendo con otras, sea la decisiva y determinante del evento dañoso, en relación con las circunstancias del caso y del buen sentido» (p. 226).

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico también incide en la idea de la problemática de la prueba de la relación de causalidad en un ilícito ambiental causante de un daño al medio ambiente. De esta forma, pone en evidencia que a veces no se puede establecer el nexo causal si el daño es el resultado de actividades provenientes de varios sitios distintos, surgiendo también problemas, si el mencionado daño no se hace patente hasta pasado un determinado lapso o período de tiempo o cuando existen dudas científicas acerca de que el daño ha sido consecuencia de esa actuación (p. 227).

Existen otras teorías, como la del Derecho anglosajón llamada «Market-Share-Liability» (responsabilidad por cuota de mercado), según la cual la responsabilidad de cada empresa es directamente proporcional a la cuota de mercado que ostente.

De gran interés es el mecanismo colectivo de reparación de la Ley Japonesa de 5 de octubre de 1973, sobre accidentes a la salud por contaminación, donde la carga de la prueba no corresponde a las víctimas, sino a un Consejo de Certificación de Daños. De esta forma, aquellas personas que vivían en un sitio determinado, que sufran determinados enfermedades y que pasen un examen médico, serán considerados víctimas de contaminación atmosférica y tendrán derecho a una indemnización sin tener que probar la relación de causalidad, ni la culpa del presunto responsable del daño” (p. 228).

conductas alejadas de los mínimos estándares de precaución. El principio de precaución reconoce que

...postergar las acciones hasta que exista evidencia suficiente de daño generalmente implica que entonces será muy costoso o imposible evitarlo. El uso del principio promueve acciones para prevenir riesgos de perjuicios serios o irreversibles. Consecuentemente, el principio provee un importante fundamento político para anticipar, prevenir y mitigar amenazas al ambiente.²⁸⁷

Sin embargo, no todas las posturas resultan a favor de dicho principio, tal como lo sostienen algunos estudiosos, como Hidalgo, para quien el principio de precaución (PP) se ha constituido en el estandarte de los grupos ambientalistas radicales, que ven en la tecnología y en los avances científicos una amenaza que debe ser erradicada, aun cuando desde la Declaración de Río en 1992 se define a este principio de la siguiente manera: “cuando existen amenazas de daños serios o irreversibles, la falta de certeza científica total no podrá ser usada como una razón para posponer medidas de costo-beneficio con el fin de evitar la degradación ambiental”. La versión danesa resume en pocas palabras el significado del PP: “darle a la naturaleza y al ambiente el beneficio de la duda”. Agrega el autor en comentario, que “el principio también ha sido adoptado por organizaciones cuyo objetivo primario no está relacionado con la defensa del ambiente, sino con la imposición de barreras proteccionistas al comercio, restricciones al uso de la propiedad privada y el incremento del poder estatal en la vida de los individuos”.²⁸⁸

Frente a la amplia defensa al medio ambiente, cabe citar algunos ejemplos de la utilización del principio de precaución en diversas estancias internacionales, tales como:

²⁸⁷ Cooney, R. y Dickson B., “Pautas para aplicar el principio de precaución a la conservación de la biodiversidad y la gestión de los recursos naturales”, *Fauna & Flora International, Great Eastern House*, Cambridge, Tenison Rd, CB1 2TT, 2005, disponible en: http://www.pprinciple.net/PP%20Guidelines_espanol.pdf, p. 5.

²⁸⁸ Hidalgo, Juan Carlos, “Los peligros del principio de precaución”, *CATO*, Washington, D. C., 5 de marzo de 2003, pp.1-3, disponible en: <http://www.elcato.org/node/524>, para quien “el principal problema con el PP es que omite tomar en cuenta los costos de dejar de hacer algo. Cuando se previene la introducción de una nueva vacuna al mercado bajo el supuesto de que ésta podría tener ciertas consecuencias indeseadas sobre los seres humanos, se está viendo solo un lado de la moneda. Nunca se piensa en la cantidad de vidas que podrían ser salvadas por la nueva medicina. Agregando que, el Principio de Precaución se ha convertido en un concepto oscuro y simplista. Éste le da al Estado poder discrecional para decidir qué es bueno y qué es malo para los individuos, estanca a la ciencia y tecnología, y deprime a la economía al eliminar su principal motor: la innovación. Es un ejemplo en donde la precaución causa más daño que bien”.

— *Declaración de Río, 1992, principio 15*

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

— *Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, preámbulo*

Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza,

— *Plan de Acción de Biodiversidad del Reino Unido, 1994, párrafo 6.8*

De acuerdo con el principio de precaución, cuando las interacciones son complejas y la evidencia disponible sugiere que hay una significativa posibilidad de daño a nuestra herencia de biodiversidad, se tomarán apropiadas medidas de conservación, aun en la ausencia de evidencia científica conclusiva de que el daño ocurrirá.

— *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), Resolución Conf. 9.24 (Rev CoP13)*

Al examinar propuestas para enmendar los apéndices I o II, las partes, en virtud del principio cautelar y en casos de incertidumbre en lo que respecta a la situación de una especie o los efectos del comercio en la conservación de una especie, deben actuar en el mejor interés de la conservación de la especie concernida, y deben adoptar medidas concordantes con los riesgos previstos para la especie.

Ha habido mucho debate respecto a la naturaleza del concepto de precaución, particularmente si debe ser aceptado como un principio legal. Se ha argumentado en contra del reconocimiento de la precaución como principio de legislación ambiental, que implica una amplia obligación de aplicarla en la toma de decisiones, y a favor de emplearla simplemente como un enfoque particular para abordar amenazas inciertas. Aunque es indiscutible que en un creciente número de contextos específicos existe claro requerimiento legal de aplicar la precaución, existe un debate irresuelto sobre si la precaución se ha convertido en parte de la ley internacional consuetudinaria.²⁸⁹

²⁸⁹ Cooney, R. y Dickson, B., *op. cit.*

Por nuestro lado, consideramos que en el despliegue de conductas riesgosas, tanto en el plano individual como en el producido por un colectivo (producto de los aportes individuales), el individuo debe responsabilizarse por la amenaza y/o inseguridad que genera su conducta, vista ésta *ex post* al resultado mismo, ya que de no prever lo previsible habrá una responsabilidad directa de éste para con el resultado, aun cuando la conducta individual no lo haya producido de manera autónoma, pues bastará haber previsto el resultado del colectivo para motivarse por la evitación del riesgo generado con su aporte individual.

En este sentido, no podemos quedar atrapados en la falta de elementos científicos que impidan comprobar, con total certeza, los efectos de actividades tecnológicas que ya comienzan a causar estragos en la sociedad, como se cuestiona Beck, “¿la imposibilidad de saber debe ser interpretada como una licencia para actuar o por el contrario, como base para dilatar actividades, para moratorias y quizá para la decisión consciente de no actuar?”.²⁹⁰

²⁹⁰ Figueroa Yáñez, G., *op. cit.*, concluyendo Figueroa, bajo la óptica del derecho civil: “a) Nadie ha propuesto jamás que —por existir en el mundo experimentos peligrosos y actividades de riesgo extremo— se deroguen las reglas clásicas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, en virtud de las cuales el que causa un perjuicio a otro, debe indemnizarlo. Si esas reglas han de conservarse para el que causa daños pequeños, fácilmente resarcibles, no parece razonable derogarlas o aminorarlas para aquel que causa perjuicios excesivos, invocando para ello el nuevo «principio de precaución».

b) La responsabilidad civil que habrá de ser mantenida para todos los que causen daños, habrá de devenir —para los casos de mayor trascendencia— en una responsabilidad objetiva, en virtud de la cual el que genera un riesgo debe asumir la reparación de los daños generados por dicho riesgo. «Aquel que introduce el riesgo debe preverlo y si no toma suficientes precauciones, en particular la de abstenerse, debe ser declarado responsable»

c) Las ideas anteriores no significan en absoluto un empobrecimiento o disminución del campo en que hoy se aplican los principios de la responsabilidad civil. Por el contrario, significan tan solo la profundización de una tendencia nacida en la época de la industrialización, que planteó el reemplazo de la responsabilidad subjetiva por la responsabilidad del riesgo creado, y que hoy tiene aplicación en diversas actividades del quehacer humano.

d) El principio de precaución tiene su campo de aplicación especialmente en las políticas públicas de seguridad social, que tienen por misión evitar peligros imprevistos o daños excesivos, en cuya implementación el Estado no puede estar sujeto a otras limitaciones que aquellas impuestas por el bien común.

e) En el caso que el Estado no haya adoptado para un cierto asunto en particular, una política de precaución, prevención o resguardo, esa pasividad o silencio no puede constituir para el que generó el riesgo y produjo el daño, una circunstancia que pueda exonerarlo de responsabilidad o disminuir aquella que le corresponda asumir por el riesgo creado.

f) Si el daño probable pareciera excesivo para la empresa que generó el riesgo, ella deberá exacerbar su prevención, para lo cual no parece inadecuado recurrir a la institución del seguro, que permite difundir el riesgo entre varias aseguradoras”.

Así, como sostiene Casabona, “el principio de precaución puede ser un buen complemento para el pensamiento de la prevención y de su instrumento, la previsibilidad, sin que comporte al mismo tiempo una vulneración del principio de culpabilidad”.²⁹¹ Por lo que este principio deberá legitimarse con base en límites claros a nivel de la norma penal, con base en los cuales se esté en capacidad de establecer su incumplimiento o indiferencia a la misma norma, y por ende su consecuente responsabilidad, en donde

El principio de precaución no pretende ser un instrumento a través del cual establecer la presunción de una relación de causalidad como un elemento integrante de los delitos de resultado que ya no deba ser demostrado, ni mucho menos eliminar su exigencia o sustituirla por otros procedimientos, como pudiera ser sustentar el nexo causal en meros cálculos probabilísticos, cuestión extremadamente compleja que está siendo objeto de una intensa discusión doctrinal. Al contrario, la relación de causalidad deberá ser acreditada *ex post* en todo caso en los delitos de resultado material, incluso si *ex ante* no era conocida o suficientemente conocida la ley científica general.²⁹²

Por ello, seguirá siendo el nexo de causalidad un elemento relevante dentro de la responsabilidad colectiva, que, al igual que la culpabilidad, deberá valorarse y analizarse en el plano individual, a fin de establecer la relación existente entre el aporte cuantitativo de determinado sujeto, hacia la creación del resultado de riesgo o lesión. Ante lo cual, si bien no basta la precaución asumida *ex ante* al desplegar la conducta, también es cierto que la adecuación de la conducta al resultado deberá ser tomada en cuenta al momento de su valoración, pues la evitabilidad de lo evitable es una responsabilidad que nos corresponde a todos; de lo contrario, se estará en el nivel de injusto colectivo, por la indiferencia en el actuar, y, por ende, indiferencia hacia la producción del resultado contrario a la norma y del daño o lesión generado al bien jurídico.

²⁹¹ Romeo Casabona, C., *op. cit.*, p. 128.

²⁹² *Ibidem*, p. 123; afirma que “En relación con los delitos de peligro el principio de precaución puede contribuir a definir *ex ante* la peligrosidad de la acción y, puesto que en ello no es precisa la imputación de un resultado ni tampoco es necesario establecer una relación de causalidad, presenta unas perspectivas de futuro mucho más favorables”, p. 129.