

EL PROBLEMA DEL SUJETO ACTIVO EN EL DERECHO PENAL AMBIENTAL

El derecho penal actual se encuentra en un momento de crisis referida no solo al modelo de enjuiciamiento y su falta de correspondencia con la modernidad y los principios de un Estado Democrático de Derecho, sino desde la óptica del derecho sustantivo a nivel de los postulados que la dogmática penal ha venido blandiendo.

En este orden de ideas, los conflictos propios de un modelo «tradicional» frente a los cambios vertiginosos que en la praxis se presentan ante fenómenos de criminalidad ambiental, sus intervinientes, el modus operandi y las normas que pretenden regular las conductas «lesivas», exigen tomar postura y actuar en consecuencia, a fin de contar con un derecho penal que sea aplicable a los casos que la cotidianeidad presenta.

Un pequeño documento como este no pretende agotar tales problemas, ni siquiera abordarlos a profundidad, solo pretende poner sobre la mesa de discusión una serie de problemas de diseño que el derecho penal actual enfrenta ante, quizá la más importante de las categorías del derecho penal: el Sujeto Activo, a fin de abrir líneas de investigación y discusión en torno al mismo.

1. Las personas jurídicas

a) Necesidad de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Uno de los temas que más polémica han causado en la evolución de las ideas penales y cuya discusión se hace recurrente, es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En la doctrina existen algunos argumentos en favor de una evolución de la responsabilidad penal tradicional:¹

a) Las prácticas derivadas de la evolución económica;

- b) La cada vez más aceptada postura mundial alrededor de la responsabilidad penal de las personas morales;²
- c) El hecho de que en el derecho civil, la responsabilidad civil de las personas jurídicas fue admitido después de mucho tiempo, y
- d) El hecho de que en el derecho administrativo sancionador, la responsabilidad de las personas jurídicas fue admitido después de mucho tiempo.

Se esté a favor o en contra, no debe pasarse por alto el hecho de que el *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes políticos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, conocido como Convenio de lucha contra la corrupción OCDE, es un instrumento internacional que ha entrado en vigor de forma general el 15 de febrero de 1999 a nivel global y que México depositó el instrumento el 27 de mayo de 1999 y lo ratificó el 26 de julio de 1999.

¹ BOLLE, Pierre-H., La responsabilité pénale des personnes morales, Fiche juridique suisse, numéro 6, Genève, 1981, p. 2, note 5, citado por GENEVIEVE PAGE, La responsabilité pénale des personnes morales, disponible en «http://www2.unil.ch/icdp/quoi/memoires_environnement/personnesmorales.pdf», revisado en 2006-01-12, p. 3.

² Al respecto, ver el VI Congreso de derecho penal de Roma, así como el Coloquio internacional sobre el derecho penal económico de Friburgo.



**Por
Israel
Alvarado
Martínez**



Doctorado en Derecho por la UNAM, Doctorado en Ciencias Penales y Política Criminal por el INACIPE. Profesor Investigador Invitado del INACIPE. Investigador Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Titular de la Comisión Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; miembro del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en el Distrito Federal. Ha sido consultor de la Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte (CCA), israel.alvarado@inacipe.gob.mx.

En dicho Convenio, el artículo 2° regula la obligación de los Estados Parte de adecuar su normatividad para responsabilizar a las personas jurídicas, haciendo la salvedad en el artículo 3° de que «para el caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, por la corrupción de agentes públicos extranjeros».

En Europa, por ejemplo, los Estados se encuentran conformados en tres bloques referentes a la problemática:³

- 1) Los que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como los Países Bajos (desde 1950), Portugal (desde 1982), Francia (desde 1994) y Finlandia (desde 1995). Se debe resaltar el caso de la Gran Bretaña, que nunca ha presentado problemas sobre el tema, como los países de la Europa continental.
- 2) Los que solo regulan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, como Suiza, España, Grecia, Bélgica, Alemania y Suecia.
- 3) Los que no responsabilizan de ninguna forma a la persona jurídica.

Ante las problemáticas contemporáneas, sobre todo en la comisión de los delitos contra el ambiente, debe reconocerse que el derecho penal tradicional es inadecuado para regular ciertos problemas cuando una empresa es una de las partes, por lo que es urgente encontrar una solución para contrarrestar esta incapacidad del derecho penal, siendo necesario superar el tradicional «derecho penal encriptado». En este sentido se ha afirmado lo siguiente:

*Cette nécessité vient d'une part de la criminalité économique et d'autre part des problèmes environnementaux. Le droit pénal traditionnel est devenu inapte à régler ce genre de problèmes dès qu'une entreprise y est partie, c'est pourquoi il est urgent de trouver une solution pour contrer cette inaptitude.*⁴

Según PRADO:

*...nos sistemas jurídicos cuja raiz é a common law, já se aceita, desde o início do século XIX, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, reconhecida através do Interpretation Act, de 1889, através do qual passou-se a considerar "pessoa" tanto a física quanto a natural, o que permitia que fosse a pessoa jurídica responsabilizada por quaisquer infrações penais que pudesse cometer.*⁵

b) Problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia ambiental

Gran parte de la problemática ambiental, en las formas de contaminación, trasportes trasfronterizo de residuos peligrosos, manipulación genética, tala y tráfico de especies se debe a la intervención de las corporaciones, las que «por su mayor poder económico tienen más capacidad para modificar o destruir mayor

cantidad de recursos naturales renovables que las personas naturales y su posibilidad económica de pagar investigaciones y tecnología, les permite sacar el máximo provecho de los recursos naturales en forma indiscriminada».⁶

La necesidad de regular la problemática ha llevado a algunas legislaturas a proponer la responsabilización penal de las personas jurídicas, específicamente para el caso ambiental, como lo hicieron Guatemala⁷ y Panamá.⁸ Incluso algunas no solo lo han propuesto, sino que han adoptado una regulación penal ambiental específica para responsabilizar en sede penal a las personas colectivas, como los casos de Brasil⁹ y luego Venezuela¹⁰ que, por su relevancia, transcribo las normas relativas a este problemática en ese mismo orden:

CAPITULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 2. Quem, de qualquer forma, concorre para a pratica dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua pratica, quando podia agir para evita-la.

Art. 3. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu

³ GENEVIEVE PAGE, La responsabilité pénale des personnes morales, loc. cit., p. 7.

⁴ Ibídem, pp. 21 y 22.

⁵ PRADO, Luiz Regis (coord.), Responsabilidade penal da pessoa jurídica, São Paulo: RT, 2001, pp. 116-118; citado por MONTEIRO SANSON, Ana Cristina, Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, consultable en «<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5656>»; revisado en 2004-09-15.

⁶ HERNÁNDEZ POZO, Israel, Importancia de la protección penal del medio ambiente, año 5, no. 8, 2005, disponible en: «http://www.medioambiente.cu/revistama/8_02.asp», revisado en 2009-12-23. Agrega que «...una de las características de la crisis ambiental es que los grandes daños son causados por las corporaciones. Por su mayor poder económico tienen más capacidad para modificar o destruir mayor cantidad de recursos naturales renovables que las personas naturales y su posibilidad económica de pagar investigaciones y tecnología, les permite sacar el máximo provecho de los recursos naturales en forma indiscriminada». RUSCONI y BORRERO por su parte señalan: RUSCONI, Maximiliano A., «Técnica legislativa del delito ecológico», en Delitos no convencionales. Julio B.J. Maier (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 181, «Sin embargo, el creciente desarrollo social y económico, sobre todo en las urbes, posibilita que estas personas ideales o jurídicas, centros de imputación jurídica creados normativamente, participen protagónicamente en la vida en comunidad, incluso destacando la necesidad de revisar la pertinencia real de los impedimentos para hacer responsable a la persona jurídica por la comisión de un ilícito»; BORRERO NAVIA, José María, «Criminología y ecología: una relación necesaria», Criminalia, México, año LV, no. 1-12, enero-diciembre 1989, p. 239, «Determinar si las personas jurídicas pueden o no ser sujetos activos del delito, y por ende, susceptibles de imputación y responsabilidad penal, es uno de los aspectos fundamentales en formulación de una adecuada política criminal ecológica. En la sociedad moderna, un volumen considerable de actividades económicas se encuentra bajo el control de empresas y corporaciones, en las cuales la voluntad e identidad individuales se diluyen en la "voluntad" única de la persona jurídica».

⁷ Según el anteproyecto de Código Penal para la República de Guatemala de 1991, en el que se indica: «... se establece, en la parte general, un doble sistema de imputación. Uno para las personas físicas, que guarda las características esenciales de un derecho penal liberal y de la teoría del injusto personal; otro para las personas jurídicas, sobre la base de criterios de atribución con concesiones a la responsabilidad objetiva. En la misma exposición de motivos se afirma que "no es posible diseñar un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas aplicando las categorías propias del derecho penal tradicional, pensadas para los seres humanos. Pretender resolver el problema de la responsabilidad societaria conforme a las categorías de imputación propias de las personas físicas, es un camino infructuoso e inútil...». Citado por RUSCONI, Maximiliano A., «Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico», op. cit., p. 182.

representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a qualidade do meio ambiente.

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente as pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3, são:

- I - multa;
- II - restritivas de direitos;
- III - prestação de serviços a comunidade.

Artículo 3. Requisitos de las sanciones a personas jurídicas.- Independientemente de la responsabilidad de las personas naturales, las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en la presente Ley, en los casos en que el hecho punible descrito en ésta haya sido cometido por decisión de sus órganos, en el ámbito de la actividad propia de la entidad y con recursos sociales y siempre que se perpetre en su interés exclusivo o preferente.

Artículo 4. Responsabilidad de representante.- Cuando los hechos punibles fueran cometidos por los gerentes, administradores o directores de personas jurídicas, actuando a nombre o en representación de éstas, aquellos responderán de acuerdo a su participación culpable y recaerán sobre las personas jurídicas las sanciones que se especifican en esta Ley.

Artículo 6. Sanciones a personal jurídicas.- La sanción aplicable a las personas jurídicas por los hechos punibles cometidos, en las condiciones señaladas en el artículo 3 de esta Ley, será la de multa establecida para el respectivo delito y, atendida la gravedad del daño causado, la prohibición por un lapso de tres (3) meses a tres (3) años de la actividad origen de la contaminación.

Si el daño causado fuere gravísimo, además de la multa, la sanción será la clausura de la fábrica o establecimiento o la prohibición definitiva de la actividad origen de la contaminación, a juicio del juez.

El Tribunal podrá, así mismo, imponer a la persona jurídica, de acuerdo a las circunstancias del hecho que se haya cometido, alguna o algunas de las siguientes sanciones:

1. La publicación de la sentencia a expensas del condenado, en un órgano de prensa de circulación nacional.
2. La obligación de destruir, neutralizar o tratar las sustancias, materiales, instrumentos u objetos fabricados, importados u ofrecidos en venta, y susceptibles de ocasionar daños al ambiente o a la salud de las personas.

3. La suspensión del permiso o autorización con que se hubiese actuado, hasta por un lapso de dos (2) años; y

4. La prohibición de contratar con la Administración Pública hasta por un lapso de tres (3) años.

Mención especial merece el caso brasileño que, en la propia *Constitución Federal*,¹¹ recoge la obligación de penalizar a las personas jurídicas que realicen conductas y actividades consideradas lesivas al ambiente:

Capítulo VI Do Meio Ambiente

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

En todos los casos es imprescindible enfatizar en la exclusión que debe hacerse a fin de que no se responsabilice indiscriminadamente a todas las personas jurídicas, pues sobran razones teóricas y sobre todo prácticas para excluir de esta regulación a las empresas estatales. Imaginemos las consecuencias que originaría la aplicación de tales figuras en empresas como PEMEX o la Comisión Federal de Electricidad en el caso mexicano, cuya forma de perpetrar los delitos es tan sui generis que ameritarían un estudio particularizado.

Finalmente, recuérdese la *Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques*, en la que se señala que

⁸ De esta manera lo hizo el CONGRESO DE PANAMÁ, «Propuesta de adecuación del proyecto de Ley Nº 3/ 2000, "Por el cual se adiciona al Código Penal el Título XIII referente a los delitos contra el ambiente y se adoptan otras disposiciones" de Panamá», op. cit., «8. Criterio del sujeto activo del delito. Responsabilidad de las personas jurídicas. Atribuir responsabilidad a las personas colectivas, jurídicas o corporativas ha sido una cuestión ha tenido especial relevancia, ya que la órbita más sobresaliente de la agresión ambiental se da en el ámbito de las industrias, que normalmente funcionan dentro del marco jurídico de una persona de existencia legal. La Propuesta de Adecuación recoge el criterio, asignando responsabilidad a las personas jurídicas, y dada su naturaleza de ente corporativo, atribuyéndole penas apropiadas, básicamente de tipo patrimonial, sin perjuicio de la responsabilidad penal directa de sus ejecutivos o representantes... El artículo 406 adecua jurídicamente la sanción aplicable a las personas jurídicas, en los casos en que pueda deducirse su responsabilidad penal, conforme a las excepciones del principio "societas delinquere non potest"».

⁹ Lei de Crimes Ambientais, Ley nº 9.605, de 12 de febrero de 1998, publicada en el Diario Oficial da União en 31/02/98, sección 1, página 1.

¹⁰ Ley Penal del Ambiente, Gaceta Oficial No. 4358 de 3 de enero de 1992. Sobre la aplicación de esta ley, ARREAZA señala: «Sin embargo, en general esta disposición sólo ha operado en la realidad para las empresas pequeñas y medianas, no así para las grandes corporaciones y mucho menos para las empresas transnacionales que exportan internacionalmente —sobre todo a los países del llamado Tercer Mundo— la depredación y degradación del medio ambiente. Este es otro aspecto que la legislación ambiental actual no prevee (sic.) a la hora de sancionar penalmente en torno al delito ecológico». ARREAZA CAMERO, Emperatriz, «Procedimientos en la Legislación ambiental venezolana», Capítulo criminológico, Maracaibo, Venezuela, no. 14, 1986, p. 242.

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil.

los «Estados miembros deberán prever la responsabilidad de las personas jurídicas cuando una infracción se cometa en provecho de ellas por una persona que ejerza en su seno un poder de dirección o representación, o bien en caso de falta de vigilancia o control imputable a dicha persona», así como la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal*, en la que se estableció que:

En los casos especialmente graves, cometidos en circunstancias agravantes, los Estados miembros deben prever penas de reclusión para las personas físicas (la propuesta establece umbrales mínimos de pena máxima) y multas para las personas físicas o jurídicas (la propuesta establece igualmente umbrales mínimos de pena máxima). Estableciendo como circunstancias agravantes propuestas la comisión del delito por una organización delictiva.

En tal sentido, las conductas que atenten contra el ambiente deben ser punibles mediante «sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, que deben aplicarse también a las personas jurídicas en la Comunidad, ya que los delitos ambientales se cometen, en gran medida, por el interés de personas jurídicas o en su beneficio» y en virtud de que existen «diferencias significativas en cuanto al nivel de las sanciones en los Estados miembros, es necesario prever, en determinadas circunstancias, una aproximación de esos niveles proporcional a la gravedad del delito».

2. El ejecutor

a) El problema de las calidades en el activo

Un tema central en la discusión se refiere a la comisión de los delitos contra el ambiente por parte del que ejecuta, a título de dominio de la acción (autoría inmediata), mismo que se encuentra íntimamente vinculado a la figura de las personas jurídicas.

Tal problema se refiere a cuando el ejecutor es, en términos generales (bajo la concepción tradicional) una persona física que actúa como administrador —lato sensu— de una persona jurídica, o cuando lo hace en nombre o representación legal o voluntaria de otro y dicho ejecutor no cuenta con las condiciones, calidades o relaciones que el tipo penal ambiental exige al activo.

Si bien es cierto el principio de la incomunicabilidad de las circunstancias es un principio que deberá estar presente en un derecho penal democrático y moderno, no menos cierto es que el mismo se encuentra referido a las figuras de coautoría y a la de participación, en las que cada individuo responderá en la medida de su responsabilidad, pero en este caso, se trata de la comisión de un delito «en representación de otro», lo que por lo menos nos debe hacer reflexionar sobre su pertinencia, como se ha hecho en Perú¹² y en España.¹³

b) El problema del instrumento como forma de autoría mediata

La consabida problemática de la utilización de personas que al momento de concretar la conducta lo hacen en desconocimiento

de los verdaderos alcances de su actuar y sus respectivas consecuencias, como el conductor de un vehículo de carga al que se le hace creer que lo que transporta es cal y lo que en verdad lleva es cocaína, es un tema ya superado por la doctrina, claro, una vez que los problemas probatorios se encuentren también superados en el caso concreto.

En los delitos contra el ambiente la situación no es diversa pues, sobran ejemplos en los que el transportista piensa que el sitio al que se dirige a depositar residuos peligrosos cuenta con las autorizaciones para ello, que lo hacen creer que transporta fertilizante y lo que en realidad transporta es un material peligroso o que tan solo lleva plantas, pero desconoce que algunas se encuentran en peligro de extinción.

La problemática se centra entonces, en la autoría mediata por dominio de la voluntad, en la que el instrumento es una persona imputable que actúa bajo un error. Pero más allá de esta fenomenología, existen situaciones en las que grandes empresas, como la Comisión Federal de Electricidad (CFE), utilizan a sus transportistas para «deshacerse» de ciertos residuos,¹⁴ con el conocimiento de los conductores de los vehículos que los transportaron. ¿Estamos en estos casos en presencia de una coautoría por reparto de tareas, una complicidad por facilitación de las actividades, o una autoría mediata mediante la utilización de un instrumento doloso por aparatos organizados de poder? ¿Son entonces estos transportistas ruedas intercambiables de la carreta?

Claro estoy de toda la problemática que representa situar a los conductores en cualquiera de las figuras de intervención delictiva a las que me he referido. Sin embargo, creo que respecto de las dos primeras figuras la argumentación debe ser la misma que para el caso de cualquier otro delito, pero para el caso de la autoría mediata, vale la pena hacer una referencia, aunque breve, de su posible inclusión, mediante algunas variantes en la concepción tradicional de dicho tema.

Según AMBOS, «la doctrina del *dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* —fundada en la teoría del dominio del hecho— fue presentada por ROXIN en 1963 en la revista *Goldammer's Archiv*»¹⁵

¹² El Código Penal Peruano en el art. 27 «Actuación en nombre de otro», señala que «El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada».

¹³ El Código Penal Español, en su art. 31 dispone: «1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, calidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. 2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó».

¹⁴ Véase el problema suscitado por el depósito de contenedores con askareles en el recinto fiscal de Altamira en Tamaulipas, procedentes de la CFE y de la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, «http://www.diaav.com.mx/archivo/2006/octubre/htm/Agente_naranja_mexico.htm».

¹⁵ Según AMBOS, Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones, disponible en «<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>», revisado en 2005-12-23.



En un dominio de la voluntad de estas características, el hombre de atrás tiene dominio del hecho cuando «aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados».

Este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter:

- a) Estatal;
- b) Empresarial o próximas a un negocio, o
- c) Jerarquizado de mando.

Que en términos de lo dispuesto por el propio ROXIN, pueden caracterizarse bajo dos grupos de casos:

- a) Delitos de un aparato de poder de organización estatal, y
- b) Delitos de un aparato de poder de organización no estatal (criminalidad organizada).

Debido a que como lo señala ROXIN: «no cabe formular... un concepto de autor de límites concisos del que se pudiera deducir la solución de estos casos (casi) de modo lógico-deductivo», deberá estudiarse el caso concreto para poder determinar las «formas estructurales del dominio», situación que se refleja más claramente en el segundo de los grupos señalados: el de la criminalidad organizada.

Pero si la figura de la autoría mediata por dominio funcional de la voluntad en los aparatos organizados de poder, referidos al Estado, no ha recibido todavía una aceptación general,¹⁶ el caso de este segundo grupo se encuentra en una situación peor.

AMBOS lo sitúa en los siguientes términos:

*A falta de puntos de conexión con la práctica (sic.), en este ámbito estamos en un terreno menos seguro que el del anterior grupo de casos. [scil., al aparato de poder de organización estatal] El traslado, hecho más bien de pasada,... del dominio de organización al "crimen organizado de modo similar a la mafia" y a las empresas puede entenderse como una invitación a iniciar una discusión, pero no conduce más allá desde el punto de vista material.*¹⁷

El problema de subsumir *empresas* bajo este grupo de casos, implica que debiendo tratarse de verdaderos *apartados de poder* —entendidas como organizaciones criminales destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta, «difícilmente podrán calificarse las grandes empresas».¹⁸

Quizá falte definir a AMBOS la naturaleza del aparato de poder estatal, puesto que la mera inserción del aparato dentro de la estructura estadual no garantiza su ubicación tipológica dentro del modelo, sino que deviene absolutamente necesario que para gozar de esta ubicación, se debe tratar de un aparato que realice funciones de *autoridad estatal* y no meras actividades de autoridad empresarial, derivadas de aparatos de poder de carácter *empresarial o próximas a un negocio* que se sitúan dentro de la administración pública, como es el caso de las *empresas paraestatales*.

¹⁶ Actualmente se oponen de manera abierta JAKOBS, *Strafrecht AR* (Studiensausgabe), 2ª ed., 1993, 21/103, en n. 190; OTTO, *Grundkurs*, 21 n.m. 92, y BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht AT*, 4ª ed., 1987, p. 182. Todos citados por AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder...*, loc. cit., quienes sostienen que en estos casos estamos en presencia de una coautoría y no de autoría mediata.

¹⁷ AMBOS, ídem.

¹⁸ Ídem.

Pues si bien no son propiamente organizaciones criminales, tampoco se puede decir que sean aparatos de poder que representen la figura del Estado, por lo menos no dentro del contexto de los aparatos estatales que se encuentran representados por el modelo de Estado totalitario.

Y entiendo bien que no necesariamente debe ser esta estructura de Estado el que se presente en esas organizaciones, pero queda claro que lo que se está buscando con ese modelo es lo que la jurisprudencia alemana ha atribuido a los «órganos de dirección políticos o administrativos»,¹⁹ a pesar de que JAGER²⁰ señale que «también una acción que sólo consiste en la firma de un documento o en una llamada telefónica puede ser un asesinato», pues el contexto sigue siendo el mismo: conductas emanadas por órganos de dirección políticos o administrativos que representan la *potestas* del Estado.

El hecho de que, como apunta AMBOS, «también pueden cometer tales acciones burócratas medios, alejados de la dirección del Estado propiamente dicha», concediendo razón a la frase de ROXIN «cuando afirma que cabe fundamentar autoría mediata con base en una posición con facultad de dar instrucciones ubicada en “cualquier punto” del aparato organizado de poder», no implica que las actividades del aparato, no representen a la *potestad* señalada, como sí sucede en el caso del «burócrata medio» que facilita la instrucción dada por un superior para cometer un «asesinato» como manifestación de la potestad soberana, en este caso, de un Estado autoritario.

Incluso la existencia de tales empresas paraestatales, rompe con la tipología planteada para el caso del dominio por *organizaciones criminales*.

Sostiene AMBOS²¹ que:

Las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado, pero por regla general no conforma una parte fija de la política de la empresa, es decir, que las infracciones son “accidentales”.

Si la situación es diversa, es decir, si las “actitudes criminales” son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del “crimen organizado de modo similar a la mafia”, y, por lo tanto, en el del grupo de casos aquí analizado. Si, por el contrario, se parte del “tipo normal” de la empresa legal, tampoco concurren los presupuestos materiales del dominio por organización. En las empresas con distribución funcional y descentralizados, faltarán ya los necesarios “procesos reglados”. Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y lineal, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse “procesos reglados” por instrucciones desde “arriba”, no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad.

El caso de los delitos contra el ambiente resulta ser emblemático del argumento de la primera parte «las empresas no son

criminales per se», «persiguen ante todo la obtención legal de beneficios financieros» mediante la inobservancia de la normatividad ambiental que implica gastos elevados. Así, el desecho clandestino de sustancias peligrosas, como los askareles, no se hace con fines delictivos —en los delitos contra el ambiente no se presenta por regla general un dolo directo—, tan solo busca un ahorro significativo de recursos económicos que deriva en beneficios financieros. Y al margen que, de facto, algunas empresas sí adopten estas medidas degradantes como política económica, son en realidad accidentales y no sustanciales respecto de sus fines.

Sin embargo, la discriminación que se hace de que solo «si las “actitudes criminales” son mayoritarias» se tratará de «organizaciones criminales y, por lo tanto, en el del grupo de casos aquí analizado», en los que se puede hablar de autoría por organización, resulta inadecuada.

Sostener que en el «“tipo normal” de la empresa legal», no «concurren los presupuestos materiales del dominio por organización», porque «en las empresas con distribución funcional y descentralizados, faltarán ya los necesarios “procesos reglados”», es asunto superado por el propio autor —solo por lo que hace a la existencia de los procesos reglados—, pues reconoce que hay casos en los que existen «empresas organizadas de modo jerárquico y lineal, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse “procesos reglados”», pero pretender que «por instrucciones desde “arriba”, no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad» en el mismo tipo de empresas, es insostenible a la luz de empresas lo suficientemente grandes que presentan una estructura administrativa y funcional que permite la materialización del principio de fungibilidad.

Él mismo reconoce en los *aparatos de poder formal* —en contraposición a los *grupos informales*— la posibilidad del dominio por organización cuando el aparato está estructurado «de modo jerárquico-lineal», siempre que exista «un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables».

Como lineamientos generales, esas aseveraciones valdrán en la medida que permiten ir construyendo una tipología de casos en los que se puedan colocar estructuras de poder ya sea de *iure* o de *facto*, pero deberá dejarse en claro que como lo señala ROXIN, el presupuesto es que los miembros actúen «como órganos de la cúpula dirigente, cuya autoridad reconocen», sin limitaciones *ex ante* al análisis del caso concreto, pues habrán casos, en México, por ejemplo, como el de la Comisión Federal de Electricidad, Petróleos Mexicanos, la Compañía de Luz y Fuerza del Centro (que a pesar de haber desaparecido, las conductas delictivas por

¹⁹ Se trata de las sentencias BGH Neue Juristische Wochenschrift de 1994, p. 2703 (= BGHSt 40, p. 218); así también BGH Strafverteidiger (Stv) 1995, P. 70 (71) y LG Berlín, sentencia de 10.9.1996, autos nº (536) 2 Js 15/92 KS (2/95) (“generales”), pp. 111 et. sec. a que se refiere AMBOS, Ídem.

²⁰ JAGER, MschrKrim 1962, p. 73, citado por AMBOS, Kai, loc. cit.

²¹ AMBOS, Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder..., loc. cit.

esta desplegadas todavía son punibles), por citar algunos, en los que las dimensiones de la estructura de la empresa y ciertas actividades que desarrollan —como la orden de transportar o desechar residuos peligrosos a sitios no autorizados—, permite considerar que puede ser compatible la existencia de una *empresa legal de tipo normal*, que no tiene actitudes criminales mayoritarias y por tanto no se estará en presencia del *crimen organizado*, pero sí de conductas que claramente encuadran en el *dominio por organización* con estrictos procesos reglados, con estructuras verticales como las que refiere BLOY, que emiten instrucciones desde arriba y con una gama amplísima de *ejecutores mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad*.

Incluso estas mismas estructuras pueden presentarse de manera idéntica en empresas que no necesariamente son paraestatales, como CEMEX (Cementos Mexicanos), *Kimberly Clark*, *Enron*, etc., que cuentan con estructuras plurisubjetivas muy amplias que permiten el intercambio de *las ruedas de la carreta* sin que sea relevante la intervención de un ejecutor en concreto y sin que se enmarquen en el ámbito de los aparatos organizados del Estado ni de la criminalidad organizada, pudiendo incluso situarse dentro de los grupos informales²² a los que se refiere AMBOS y que él mismo los reconoce como aparatos organizados de poder «cuando una “asociación criminal”, más allá de la habitual conexión poco densa en forma de red, sí presente estructuras fijas de organización y un gran número de miembros», solo que situándolos como «parte de la “criminalidad organizada” en sentido estricto», pues esta estructura le permite «sostener que “cuando los miembros sean en gran medida intercambiables y exista una estructura de organización caracterizada por un estilo de mando estricto hay indicios de que se trata de una forma de criminalidad organizada”, entrando a la escena la posibilidad de considerar la existencia de un dominio por organización».

Insisto, en estos casos tratados estamos en presencia de verdaderos aparatos organizados de poder que no se encuentran catalogados ni como pertenecientes al Estado, ni a la criminalidad organizada incluso en los términos por AMBOS tratada.

Estas conclusiones traen como consecuencia necesaria que coincida con la postura del mismo autor en el sentido de que la desvinculación del derecho «no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización», resultando «*prescindible* en cuanto elemento estructural del dominio por organización».

Sin embargo, debido a las razones expuestas propongo una modificación al grupo de casos que quedaría de la siguiente manera:

- 1) Delitos de un aparato de poder de organización estatal;
- 2) Delitos de un aparato de poder de organización no estatal;
- 3) Criminalidad organizada, y
- 4) Estructuras informales con actividades preponderantemente lícitas.

c) La posición de garante

Por la naturaleza misma de algunas empresas cuyas actividades principales son consideradas como peligrosas, se debe plantear el problema de si «considerada la empresa como posible fuente de peligros para terceros, sus propietarios y gerentes tienen una posición de garante para impedir hechos delictivos de sus empleados».²³

Naturalmente que en los casos de vinculación estrecha con la protección del bien jurídico, por tratarse de empresas reguladas por la normatividad ambiental, dicha obligación podrá contener la presencia de delitos de omisión impropia, como en los casos en los que sabiéndose que un ducto que transporta hidrocarburos en el subsuelo marino se encuentra gravemente deteriorado y no se toman las medidas técnicas adecuadas para evitar un daño ambiental que termina presentándose, en cuyo caso serán responsables quienes estando obligados (gerentes, administradores, directores, etc.) a impedir tal resultado, no lo hayan evitado, siéndoles atribuible el mismo.

Termino con algunas ideas de TIEDEMANN²⁴ aplicables a la figura del sujeto activo en los delitos contra el ambiente:

En el ámbito del Derecho penal del medio ambiente, se ha discutido, en Alemania, sobre si es autor sólo quien ejecuta el

²² Kai AMBOS realiza una puntualización cuando se refiere a la distinción entre aparatos de poder formal y los grupos informales, señalando que las figuras de la banda y la asociación criminal no constituyen a los primeros por la falta de organización jerárquica en primer término y por la ausencia del principio de fungibilidad en los ejecutores en segundo plano.

Ambas figuras se refieren a lo dispuesto por los numerales 244 I n° 3 y 129, respectivamente, del StGB, cuya equivalencia en nuestra legislación serían los art. 164 y 164 bis del CPF con las figuras de pandilla y asociación delictuosa.

²³ TIEDEMANN, Klaus, Parte general del derecho penal económico, disponible en «http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1993_02.pdf», revisado en 2009-12-23. Agrega que «Una parte importante de juristas alemanes deduce tal posición de garante del poder de dirección empresarial. Otros admiten esta posición de garante sólo para empresas peligrosas, como las que fabrican armas y municiones. Poco se ha discutido la cuestión de si en los casos de delitos especiales (como la quiebra) existe una posición de garante derivada de la particular proximidad del sujeto activo con el bien jurídico protegido».

²⁴ Ídem.



hecho, o si por pertenecer activa o pasivamente a una “esfera de responsabilidad” también puede ser “autor” quien no actúa materialmente e, incluso, una persona jurídica (31). En los Países Bajos, este concepto funcional de autoría ha facilitado la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal holandés. En muchos países, el mismo concepto de autoría es utilizado, actualmente, de modo implícito en tipos delictivos en los que la víctima es el consumidor. Así, “productor” de alimentos adulterados no es quien utiliza la máquina como la materia prima para fabricarlos, sino quien actúa en el tráfico como comerciante; no “capta” clientes con actos engañosos, quien redacta los avisos publicitarios, los exhibe en escaparates o los difunde en la prensa y televisión, sino el titular del negocio que origina la publicidad.

Únicamente aplicando el criterio de la imputación objetiva, se puede eximir de responsabilidad a quienes mediante actos socialmente neutros o útiles (como otorgar créditos o vender objetos permitidos), cooperan formalmente en la ejecución de hechos criminales.

...importante es determinar quien “actúa” como directivo, órgano o representante de la persona jurídica especialmente en los casos en que estas personas no realizan un comportamiento activo sino omisivo. Junto al problema dogmático de la posición de garante de estas personas, existe el problema de la participación mediante omisión por el grado de conocimiento que el directivo, por ejemplo, tenga del hecho que debe impedir.

Así entonces, creo que es momento por lo menos de reflexionar sobre la complejidad no solo teórico-dogmática que se erige entorno de la figura del sujeto activo en los delitos contra el ambiente, sino eminentemente pragmática, para la que el desarrollo actual de la teoría del delito tradicional — fundamentalmente creada para las conductas activas dolosas desplegadas por personas físicas— no se encuentra a la altura.

Es un gran reto para los legisladores y quienes cultivan el derecho penal, adecuar el sistema a las exigencias actuales de la criminalidad ambiental. ■

- Sin fertilizantes sintéticos
- Sin plaguicidas químicas
- Sin pesticidas
- Uvas cultivadas en terreno sano
- Abonos naturales
- Cuidando el entorno ecológico
- Conservando la biodiversidad

VINOS ORGÁNICOS Y SUSTENTABLES

Vinos más sanos, naturales, con carácter propio, único. Expresan con fuerza las características y atributos del terroir donde crecen.



EVITE EL EXCESO



Certificados por:



“La calidad nace en nuestros viñedos”