El derecho penal ante la responsabilidad horizontal de los derechos humanos con especial enfoque hacia quienes conforman los entes colectivos

Luz Berthila Burgueño Duarte *

Resumen

Se vive en una "sociedad del riesgo" donde los derechos humanos son violentados por las empresas u organizaciones, que delinquen bajo el amparo de la pirámide organizacional y acatan órdenes antijurídicas, emitidas desde los distintos niveles de mando. Sin embargo, ¿quién responde por los elevados costes de los derechos violentados? Ante ello existe una responsabilidad colectiva de todos los ciudadanos que intervienen con cierto nivel de conocimiento del resultado lesivo, o sin previsión e indiferencia hacia los posibles daños. Por lo que, se pone a debate que, a la par de sanciones efectivas hacia las empresas, el derecho penal establezca nuevos paradigmas que permitan redimensionar el elemento cognitivo del dolo cuando alguien es víctima de conductas negligentes e indiferentes pero tiene suficiente conocimiento como para generar un reproche social, a nivel de culpabilidad, atento a la responsabilidad horizontal que todos tienen frente a la salvaguarda de los derechos humanos.

Palabras clave: sociedad del riesgo, derechos humanos, responsabilidad colectiva y derecho penal.

Abstract

We live in a risk society where human rights are threatened from organizations and companies, from those who commit crimes under the organizational pyramid abiding by anti-juridical orders issued from various levels of leadership. Who is answering for the costs of these threatened rights? There is a collective responsibility of all citizens that intervene with a high level of knowledge of these harmful results, or

* Profesora de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho (campus Tijuana) de la Universidad Autónoma de Baja California. Doctora en derecho con mención honorífica por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Maestra en Ciencias Penales con Mención Honorífica por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe). luz.burgueno@uabc.edu.mx

without foresight and indifference to the possible damage. It is put on debate that on par with effective sanctions to companies, that criminal law needs to create new paradigms that allow us to rethink the cognitive element of malice when we are confronted with neglectful and indifferent behavior with sufficient load of knowledge to generate social criticism at the level of guilt, with attention to the horizontal responsibility we all have to protect human rights.

***Keywords**: risk society, human rights, collective responsibility, criminal law.*

Introducción

Frente a las nuevas formas de delincuencia cabe preguntarse ¿a través del tiempo, qué tanto ha evolucionado el actuar del ser humano?, o ¿ha sido la forma de entender y estudiar el comportamiento de éste lo que ha cambiado?, preguntas sumamente válidas cuando existen varias formas de criminalidad, así como la necesidad de tipificar nuevas conductas y de gestar estrategias eficientes para contener los riesgos que socavan derechos humanos fundamentales para vivir en sociedad o para generar la convivencia entre los ciudadanos y sus instituciones.

La ciencia del derecho penal ha llegado a niveles de valoración garantistas a través de la teoría del dominio del hecho y la teoría de la imputación objetiva, mediante las cuales, los entes encargados de impartir justicia resuelven a quién les es objetivamente imputable un resultado delictivo, para lo cual deberán identificar al responsable del hecho y, determinar de manera científica, la existencia de un delito. Estudio sistemático que se enfoca en la responsabilidad individual, dejando aristas de análisis y estudio cuando se habla de "responsabilidad colectiva", esto es, de la atribuida a los integrantes de una organización (o empresa) que, de manera conjunta, han generado un resultado delictivo, sin que estén en terrenos de coautoría por carecer de sus elementos básicos como el fin común y el acuerdo previo a la realización de la conducta típica, con el consecuente reparto de acciones en la cadena ejecutiva; pues, en términos objetivos, este colectivo no "quiere" delinquir, pero sí despliega conductas negligentes e indiferentes que aporta a la creación de un resultado típico.

Cabe destacar que lo relevante para el presente análisis es la responsabilidad que todos los individuos tienen con la protección de los derechos humanos de terceros pues, a la par de la del Estado como garante, la exigibilidad de los mismos por parte del individuo también habla de la "responsabilidad horizontal" de todos respecto de las conductas que despliegan y que tienen efectos hacia terceros, esto es, de aquellas que son indiferentes y negligentes pero que repercuten de manera significativa en derechos humanos fundamentales como la vida, a un ambiente sano, a la alimentación, a vivir en paz, entre otros. En particular, las que se realizan bajo el "cobijo" de las empresas, por no contar con los canales idóneos para fincar responsabilidades penales de manera efectiva y eficiente.

Sin duda, la realidad social ha cambiado y, por ende, los bienes jurídicos identificados en la norma como relevantes. Ya lo sostenía Bindign, creador del tipo penal, es relevante distinguir entre juicio de valor y la valoración misma; autor para quien, como lo enuncia Soto (2003: 296), el juicio de valor "constituye el motivo de toda norma, pero no es el objeto de ninguna", y el objeto de protección de las normas penales son las "condiciones de una vida sana de la comunidad jurídica". De ahí que, a la par de la evolución humana, se han dado nuevas condiciones valiosas para la convivencia y, a la vez, han surgido nuevos riesgos, ante los cuales cobra vigencia uno de los postulados básicos de Bindign, enunciado por la autora en comento: "Lo que no puede ser lesionado o destruido, tampoco puede ser reconocido por el derecho positivo como lesionable". Pero una vez que se identifican los valores relevantes, la norma habrá de considerarlos como bienes jurídicos que compete a todos salvaguardar, máxime cuando algunos de éstos refieren a derechos humanos cuya lesión socaba la vida tanto de las generaciones actuales como de las futuras.

En este tenor, cabe identificar las herramientas que brinda la dogmática penal, a fin de establecer canales idóneos para fincar una debida responsabilidad horizontal por los resultados delictivos atribuibles a conductas desplegadas al interior de entes colectivos. La dinámica social ya no está en condiciones de seguir tolerando conductas negligentes ni indiferentes.

Los derechos humanos en un mundo globalizado

Actualmente, hablar de derechos humanos pareciera una necesidad apremiante, pero a la vez se ha convertido en enunciados carentes de contenido normativo y, sobre todo, de reconocimiento real por parte de los encargados de su salvaguarda. Pues, más allá de reconocerlos, se requiere una sociedad en donde éstos se puedan ejercer de manera extensiva por cada uno de los ciudadanos que la conforman, toda vez que éstos son interdependientes y, socavar uno implica la vulneración eminente del resto.

Ahora bien, ¿el ciudadano es corresponsable frente a los nuevos riesgos con que se conduce? Evidentemente, en tiempos actuales, la esencia misma del ser humano se ve socavada por los nuevos desafíos que presuponen desarrollarse dentro de una sociedad posindustrial que se ha abocado a la producción y al consumismo, en sí, a la industrialización en aras de la "modernización" (principalmente a partir de la posmodernidad del siglo XXI) y, con ello, al deterioro de los espacios vitales y menoscabo de los derechos humanos que, de manera interdependiente, conforman el *modus vivendi* del ser humano que busca ser feliz y vivir en paz y armonía; entorno social y de desarrollo en el que resulta inevitable conducirse a través de conductas peligrosas; como afirma Luhmann (2006: 41), "la comunicación del riesgo se vuelve reflexiva y con ello universal. Negarse a aceptar los riesgos o exigir su rechazo es en sí mismo un factor riesgoso".

En este contexto, surge lo que estudiosos han llamado "sociedad del riesgo", quienes reconocen que conducirse en sociedad implica asumir riesgos y desplegar conductas riesgosas —tales como conducir vehículos de motor, la responsabilidad por el producto, el tratamiento de residuos contaminantes, investigaciones genéticas, el cuidado de los recursos naturales, la praxis médica, el tratamiento de basura inorgánica, entre muchos otros— acciones frente a las cuales se generan expectativas y compromisos que permiten establecer márgenes de confianza por parte de terceros; a su vez, para hacer posible la vida en sociedad, se generan límites de contención del riesgo, en donde los costes de aquellos riesgos permitidos se asumen y toleran por

la sociedad, mientras que los no permitidos son sancionados por la norma al tratarse de costes que no pueden soportarse por la lesividad que éstos implican.

Uno de los principales precursores de la "sociedad del riesgo" es el reconocido sociólogo Ulrich Beck, quien, citado por Paredes Castañón (2003: 120) sostiene que:

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

De acuerdo con Luhmann (2006: 171), la dificultad real de los riesgos que se asumen en sociedad es la poca o mucha previsibilidad de los mismos hacia sus posibles daños o consecuencias, toda vez que un riesgo se proyecta hacia el futuro pues, de lo contrario, se estaría ante un daño actual, de ahí que "cuanto más complejo sea el intento de una instancia de decisión por calcular su contexto causal, mayor importancia adquieren las consecuencias no deseadas en comparación con las consecuencias deseadas y más trascendencia tienen las limitaciones frente a los fines". Previsibilidad que se asocia a los niveles de conciencia y conocimiento del individuo, ante los cuales se contraponen los niveles de confianza que demanda la sociedad. Esto es, una sociedad consciente de los riesgos que implica su actividad

humana prevé sus consecuencias y emite un juicio centrado en el nivel de conocimiento o factibilidad de conocer que tenga sobre el evento, de tal manera que, al considerar como posible un resultado lesivo para derechos de terceros, este ciudadano consciente deberá "actuar diferente" a lo que había estimado e, incluso, retrotraer los efectos de su conducta hacia un estado de "no lesión" pues, de lo contrario, su indiferencia e ignorancia pondrán en riesgo e, incluso, vulnerarán derechos básicos de terceros.

Cabe mencionar incluso a los derechos humanos de "tercera generación", reconocidos por primera ocasión en 1972 dentro de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, plasmados en el principio 1 de la Declaración de Estocolmo que establece: "El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras". Así como lo estipula la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, en su principio 3, que fue reproducido en los mismos términos en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, estableciendo que "El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras". Tema por demás polémico en la doctrina y en el campo de la responsabilidad, toda vez que se ha cuestionado la legalidad de responsabilizar a las generaciones presentes por "violación a derechos del no nacido", argumentando que el "no nacido" no tiene derechos adquiridos y, por ende, carece de legitimidad activa para reclamar su vulneración. Ante lo cual, el principio de solidaridad ha dado sólidas respuestas, llegando al análisis como los expuestos por Federico Mayor Zaragoza en 1994 (entonces director general de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO), dentro del preámbulo de la Declaración de Derechos Humanos de las Generaciones Futuras:

> el deterioro de nuestro entorno supone una amenaza al legítimo legado de las generaciones futuras, y que la vida humana digna de ser vivida sobre la Tierra únicamente será posible de forma duradera, si desde ahora se reconocen ciertos derechos a las personas pertenecientes a las futuras generaciones que les permitan ocupar el lugar que les corresponde en la cadena de la vida. La afirmación de tales derechos reconocidos a estas personas justifica por la indispensable solidaridad entre las generaciones y por la unidad pasada, presente y futura del género humano.

En este tenor, cabe afirmar que los derechos humanos en la actual "sociedad del riesgo" enfrentan nuevos retos pues, atentos a las conductas cada vez más peligrosas que despliegan los seres humanos, éstos están más expuestos a su vulneración, por lo que es indispensable replantearse la transversalidad de los mismos, a fin de ir más allá de la obligación que tiene el Estado y, empezarse a cuestionar sobre la corresponsabilidad que tienen los ciudadanos frente a su salvaguarda.

Responsabilidad horizontal de los derechos humanos. Más allá de la responsabilidad del Estado

En la actual sociedad, identificada para algunos estudiosos como "sociedad del riesgo", se deben elevar los niveles de responsabilidad y de confianza frente a la tutela de los derechos humanos, de ahí que se afirme que el ser humano sí es corresponsable de los nuevos riesgos con que se conduce, máxime cuando éstos producen consecuencias exponenciales que ponen en peligro e, incluso, socaban derechos humanos de terceros. Afirmación que coincide con la ética de Hans Jonas quien, citado por Godina (2008), sostiene que

> sólo los seres humanos pueden escoger consciente y deliberadamente entre alternativas de acción y esa elección tiene consecuencias [...] la responsabilidad es la carga de la libertad [...] la responsabilidad es un deber, una exigencia moral que recorre todo el pensamiento occidental, pero hoy se ha vuelto más acuciante todavía porque en las condi-

ciones de la sociedad tecnológica ha de estar a la altura del poder que tiene el hombre.

En 1950, surge en la doctrina alemana la denominada *drittwirkung der grundrechte* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales), la cual establece que, en el ámbito laboral, los derechos fundamentales tienen aplicación y fuerza obligatoria entre particulares, de esta manera, van más allá de los límites del poder del Estado para contextualizar las relaciones privadas como corresponsables de la salvaguarda de los mismos. Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán sostiene "que los derechos fundamentales no son ilimitados, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengan establecidos" (Vivas, 2001). Esta doctrina se reconoce en España como "efecto frente a terceros de los derechos fundamentales".

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo expone Mijangos (2007: 585), sostiene que los derechos fundamentales tienen vigencia en las relaciones entre particulares; consagra la idea de que los derechos fundamentales previstos en la Convención Americana resultan obligaciones *erga omnes,* que se establecen tanto en relación con el Estado como en relación con las actuaciones entre particulares, agregando que: "en la búsqueda de implicaciones estatales que le permitan extender responsabilidades del Estado, la Corte Interamericana aborda otra de las parcelas más significativas de la doctrina de la *state action: la convalidación* por parte del Estado de actos de particulares violatorios de los derechos fundamentales".

En este tenor y, con los presupuestos de riesgo: responsabilidad, previsibilidad y principio de confianza que se despliegan dentro de la *sociedad del riesgo,* se afirma que, más allá de la "responsabilidad vertical" del Estado hacia los ciudadanos, en la tutela y salvaguarda de derechos humanos se encuentra la "responsabilidad horizontal" de éstos hacia los derechos fundamentales de terceros, pues nuestras conductas no tienen "permiso" de socavar derechos humanos de terceros. Frente a lo cual queda por analizar el tema de la responsabilidad *ex post,* que implica resarcir el daño que un ciuda-

dano haya generado a derechos humanos de terceros. ¿Qué instancias normativas se tienen para atribuir dichas responsabilidades? Al respecto, resulta importante destacar el pensamiento de Carbonell (2006: 138), quien sostiene:

> ... frente a la visión tradicional de los poderes públicos como únicos sujetos pasivos posibles dentro de la relación jurídica derivada de los derechos fundamentales, hoy surge un punto de vista alternativo que nos llama la atención sobre los "pobres salvajes" que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en las esferas del mercado como en los ámbitos sociales no regulados. A partir de esta nueva realidad (que quizá no sea nueva, pero de la que la teoría constitucional se ha dado cuenta recientemente) se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos fundamentales, desde la que se puede hablar de los *efectos horizontales* de los derechos fundamentales o de la *eficacia entre particulares* de estos mismos derechos.

Como eje neutralizador de las controversias antes citadas, surge la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, adoptada en 1997 dentro de la vigésima novena reunión de la Conferencia General de la UNESCO, en donde no se habla de "derechos del no nacido", sino de responsabilidades de las generaciones actuales, con el amplio espectro de la responsabilidad hacia todo el género humano y, mediante un esquema de "responsabilidad horizontal" como el aquí planteado;[1] asentando en su

[1] Dentro de la exposición de motivos de la Declaración se destaca que: Reconociendo que la tarea de protección de las necesidades y los intereses de las generaciones futuras, en especial mediante la educación, es fundamental para el cumplimiento de la misión ética de la UNESCO cuya Constitución consagra los ideales 'de la justicia, la libertad y la paz' fundados en 'la solidaridad intelectual y moral de la humanidad'.
Teniendo presente que el destino de las generaciones venideras depende en gran medida de las decisiones y medidas que se tomen hoy y que los problemas actuales, comprendidos la pobreza, el subdesarrollo tecnológico y material, el desempleo, la exclusión, la discriminación y las amenazas al medio ambiente, deben resolverse en beneficio de las generaciones presentes y futuras.
Convencida de que existe una obligación moral de formular, para las generaciones presentes, unas reglas de conducta que se inscriban en una perspectiva amplia y abierta al porvenir.

artículo 10: "Necesidades e intereses de las generaciones futuras. Las generaciones actuales tienen la responsabilidad de garantizar la plena salvaguardia de las necesidades y los intereses de las generaciones presentes y futuras". En este tenor, habrá que reconocer que más allá de la polémica que pueda generar la obligación de proteger los "derechos del no nacido", es menester que las generaciones actuales se responsabilicen por aquellas conductas que socavan o, incluso, ponen en riesgo las necesidades vitales de las generaciones futuras pues, incluso éstas son parte de la especie humana que se espera resguardar para tiempos futuros: tema ante el cual cobran sentido los llamados "delitos de peligro" e "intereses difusos".[2]

Efectos de las conductas desplegadas por personas indolentes e indiferentes que actúan al amparo de las empresas o entes colectivos

En las sociedades actuales, "surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual" (Carbonell, 2004: 4), es decir, aquellos riesgos que derivan de conductas desplegadas dentro de las empresas o entes colectivos, respecto de los cuales resulta casi imposible fincar una responsabilidad individual cuando el resultado delictivo no depende de un solo aporte (por no tener el suficiente contenido significativo

[2] Delitos de peligro que han sido altamente cuestionados y atacados en la dogmática penal por implicar, a decir de algunos autores, un "adelantamiento" del derecho penal, con los cuales se socava el principio de fragmentariedad e intervención mínima del derecho penal. En este tenor, y decantándonos por la relevancia de que la norma penal consagre los delitos de peligro, como sostiene Cerezo Mir (2002: 721), para que pueda hablarse de un resultado de peligro es preciso que un bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión aparezca en ese momento como no absolutamente improbable. El resultado de peligro ha de aparecer como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto y ha de estar, además, comprendido por el fin de protección de la norma, es decir, el resultado de peligro ha de aparecer como realización de la conducta prohibida por la norma. El concepto de peligro es siempre un concepto normativo. Lo es en la medida en que se tienen en cuenta en el juicio de peligro las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales.

hacia la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión), sino que emana del aporte de todo un colectivo, conformado éste, claro está, por la suma de los aportes de cada uno de sus integrantes, los cuales, de manera concatenada, sí tienen un contenido significativamente dañoso para la sociedad.

En este apartado, se destacarán algunos aspectos relevantes que se presentan en el entramado organizacional, como la "división del trabajo" y el "actuar bajo órdenes", frente a los cuales se difuminan conductas individuales en el momento en el cual el derecho busca deslindar de responsabilidades por daños causados por un colectivo, ya sea porque con las actuales estructuras dogmático-penales no se encuentran elementos suficientes para determinar el grado de responsabilidad a nivel individual, o bien, porque la responsabilidad que se logra fincar a la empresa dista mucho de resarcir el daño causado, máxime cuando se habla de derechos humanos como la salud, la vida, a un medio ambiente sano, entre muchos otros que, en elevados niveles de daño, se tornan en bienes jurídicos irreparables; daños ante los cuales no basta una sanción económica.

Se comenzará por exponer la "división del trabajo", característica de toda estructura organizacional, en donde hay una cadena de mandos y roles establecidos para cada uno de los intervinientes, con distintos niveles de responsabilidades; conductas que —en tanto más alejadas están del resultado, para efectos de la teoría del dominio del hecho, en específico cuando se habla del "dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder"—,[3] presuponen más responsabilidad, pues implican mayor poder de decisión en esa cadena de mando y, por ende, mayor certeza de que "sus" órdenes serán cumplidas.

[3] El actuar delictivo que se da dentro de los aparatos organizados de poder ha sido analizado por la teoría del dominio del hecho con gran atino, la cual toma en cuenta que son aparatos de poder que, dada la fungibilidad y sustituibilidad de sus trabajadores, aseguran el resultado planteado. Así, "la forma de actuación organizada, el apartamiento del derecho del aparato, a fungibilidad general y la elevada disponibilidad hacia el hecho de los potenciales autores inmediatos son elementos que fundamentan, a través de su engarzamiento, el dominio del hecho de los hombres de atrás" (Díaz Aranda, 2014: 312).

En esta cadena de mando es muy fácil que se difuminen las responsabilidades individuales, máxime cuando se habla de conductas que, ante el derecho penal, resultan inocuas por sí mismas para la producción de un hecho típico; sin embargo, éstas cobran relevancia cuando, sumadas al resto de las conductas individuales y desplegadas dentro del colectivo, sí son idóneas para la producción del hecho típico. Situación ante la cual habrá que valorar el nivel de negligencia o indiferencia con que actúa cada individuo, quien, lamentablemente se ha acostumbrado a la ignominia cuando "delinque" bajo el amparo de las organizaciones ya que, por lo general, está convencido de que no hizo nada "malo", de ahí que, no le impacte el reproche social. Pero, ¿quién responde por la violación y puesta en peligro de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal?

Aunado a lo anterior, en las estructuras organizacionales existe otra dificultad: la *fungibilidad* de los trabajadores que se encuentran en los niveles medio y bajo de la cadena de mando, principalmente, los que se vuelven invisibles ante las órdenes del superior jerárquico, pues éste tiene la certeza de que sus órdenes se llevarán a cabo por uno u otro empleado, esto es, si la instrucción probablemente riesgosa para derechos de tercero es identificada por un empleado con cierto nivel de conciencia y corresponsabilidad hacia terceros y, se niega a llevar a cabo la orden encomendada, siempre habrá otro trabajador "dispuesto" a llevarla a cabo; los empleados se vuelven fungibles e intercambiables según las necesidades de la empresa. Si a ello se le suma la necesidad de conservar el empleo, el ciudadano medio se enfrenta ante la disyuntiva de actuar acorde con el "deber ser" o, contrario a éste pero en salvaguarda de su empleo, situación que en la práctica tiende a esto último, máxime cuando se tiene la certeza de que la sanción penal no le impactará, pues la responsabilidad penal individual que se aplica actualmente no permite acreditar la culpabilidad de dichos sujetos.

En esta división del trabajo, cabe destacar la relevancia que cobra el principio de confianza, mediante el cual, cada trabajador confía en que su antecesor, en la cadena de producción, haya hecho lo debido, a fin de que se genere un producto o un servicio conforme a los estándares esperados y dentro de los requisitos de la normatividad aplicable. No obstante, este principio de confianza no es ciego

pues, si se visualiza un defecto en la cadena de producción, se deberá actuar en consecuencia para evitar resultados contrarios a la norma o a lo esperado, ya que, de lo contrario, se estará consintiendo y siendo partícipe de los vicios generados en dicha cadena de producción y, por ende, resulta importante hablar de distribución de responsabilidades y en su caso de niveles de culpabilidad.

Como se ve, la pirámide organizacional, los niveles de mando, la fungibilidad de los trabajadores, el principio de confianza, entre otros aspectos, hacen de la división del trabajo una estructura compleja para la delimitación de responsabilidades individuales cuando se habla de resultados atribuibles a un colectivo.

Por cuanto hace al "actuar bajo órdenes", destacan dos rasgos fundamentales: primero que la disposición normativa sólo se refiere a órdenes oficiales, y segundo, que el derecho no justifica ni ampara aquellas conductas desplegadas al amparo de obedecer conductas antijurídicas, pues éstas sí implican la responsabilidad de haber ejecutado una orden contraria a derecho, ante lo cual, como señala Mir Piug, citado por Márquez (2003: 168), "el núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la voluntad de realizar una acción prohibida, sino en la realización voluntaria de la conducta social que el derecho pretende prevenir". En este tenor cabe enunciar el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo, SCJN) emitido en la siguiente tesis:

> OBEDIENCIA A UN SUPERIOR LEGÍTIMO, EXCLUYENTE DE. Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquélla sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley, como excluyente de responsabilidad, cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial.
>
> Amparo directo 2874/50. Feliciano Macías Pérez. 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3616/50. Pablo Zambrano García. 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos.
Amparo directo 4652/53. Pech Padilla Juan Bautista. 15 de julio de 1955. Cinco votos.
Amparo directo 2494/54. Hermilo Rodríguez García. 30 de julio de 1955. Unanimidad de cuatro votos.
Amparo directo 4790/56. Román Vázquez Flores. 3 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.[4]

Por su parte, el artículo 15, fracción VI del Código Penal Federal sostiene que el delito se excluye cuando "La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro". Con lo cual, quedan claras dos cosas: que la excluyente de mérito de ninguna manera alude a obediencia jerárquica en el sector privado, de ahí que sea inocuo argumentar que dentro de una empresa privada se actuó bajo órdenes del superior jerárquico, pues dicha "obediencia jerárquica" sólo alude al plano laboral, ámbito no considerado en la excluyente en comento; y segundo, que la norma de ninguna manera ampara la obediencia jerárquica respecto de órdenes antijurídicas, pues quien lleva a cabo éstas —aun cuando sea en el plano oficial— será responsable, en el nivel de su culpabilidad, de los resultados delictivos generados con su conducta, para lo cual se atenderá a los niveles de conocimiento[5]

[4] SCJN, Tesis 178, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* sexta época, Primera Sala, tomo II, Penal primera parte, p. 163.

[5] Conocimiento del sujeto que pueden recaer sobre circunstancias esenciales o bien accidentales, lo cual es relevante en ambos casos pero con consecuencias distintas… el desconocimiento o falsa apreciación (error) de circunstancias esenciales previstas en el tipo tiene como consecuencia la eliminación del dolo y en ocasiones hasta del delito mismo, mientras que los elementos secundarios sólo determina la agravación o la atenuación de la conducta-típica. Como sucede, por ejemplo cuando se sabe que se está matando a otra persona (circunstancia esencial) pero se desconoce que es un ascendiente (secundaria) lo cual nos permite adecuar al conocimiento que tiene el sujeto activo en lo descrito en el homicidio pero nos impide encuadrarlo en el de parricidio que prevé una pena más elevada (Díaz Aranda, 2014: 77).

(tanto nomológicos, aquellos que provienen de las leyes de la naturaleza, como ontológicos, aquellos que refieren a los conocimientos de los hechos) y a la previsibilidad de parte del subordinado.

En este tenor y al haber puesto sobre la palestra estos dos temas: división del trabajo y actuar bajo órdenes, se puede conocer someramente el porqué de las conductas indiferentes y negligentes que se suscitan al interior de las empresas, las cuales difícilmente asumen su responsabilidad horizontal como ciudadanos frente a los daños a los que contribuyeron con su conducta indiferente y negligente; por lo que, resulta pertinente el análisis de Tiedemann (1996: 102), quien sostiene:

> La desde hace tiempo conocida y creciente división del trabajo conduce, de un lado, a un debilitamiento de la responsabilidad individual y, de otro lado, a que las entidades colectivas sean consideradas, en base a diversos fundamentos, responsables (también en el orden fiscal y civil), en lugar de las personas individuales. Esta « colectivización » de la vida económica y social sitúa al Derecho penal ante problemas novedosos. En este sentido, la sociología enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también y, sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios (comprendidos aquéllos contra el consumidor), los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, colocan a los sistemas y medios tradicionales del derecho penal frente a dificultades tan grandes que resulta indispensable una nueva manera de abordar los problemas.

Así, en la actualidad un sinfín de conductas se despliegan en el interior y al amparo de las empresas, entes colectivos que actúan aparentemente inmunes a la responsabilidad por los daños generados hacia derechos humanos de generaciones enteras. Y se habla de problemas reales como la minera Grupo México (la cual genera una severa y preocupante contaminación en los ríos de Sonora), o las corporaciones agroquímicas transnacionales como Monsanto, Bayer,

Syngenta, Pioneer y Dow Agroscience (con los efectos colaterales de la promoción de semillas transgénicas y la demostrada imposible coexistencia con variedades convencionales, nativas y orgánicas).

Daños generados por trasnacionales, ante los cuales agrupaciones como Green Peace actúan en defensa de los derechos de todos. Empresas que no se han responsabilizado por los daños causados y respecto de los cuales, los hacedores de las normas jurídicas y los encargados de impartir justicia deberán rendir cuentas. Pero, a la par de esta responsabilidad de la empresa, no se puede eximir de responsabilidad al ciudadano ya que, en la medida en que cada uno se solidarice con las generaciones presentes y futuras, se podrá proteger la vida misma y, por ende, los derechos humanos de todos pues, de lo contrario, la indiferencia de respuestas como "era mi trabajo", "yo no lo hice solito", "si no lo hago me corren", "alguien lo tenía que hacer", "que la empresa pague" y otras tantas frases que, de primera instancia, sosiegan la conciencia, ya no son válidas en la actualidad, pues se tratan de paradigmas que incentivan conductas delictivas en el plano colectivo y, respecto de las cuales, sí hay una responsabilidad horizontal hacia la vulneración de los derechos humanos de terceros.

¿Cómo fincar niveles de responsabilidad a las empresas cuando éstas socavan derechos humanos de terceros?

Otro tema de medular importancia es la mal llamada "responsabilidad penal de las personas jurídicas", a pesar del intento del legislativo por incluir este apartado en el Código Nacional de Procedimientos Penales (en lo sucesivo, CNPP), al establecer:

> Artículo 421. Ejercicio de la acción penal. Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta sólo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido.

De la anterior transcripción, se desprende que, para estar en posibilidad de ejercer acción penal en contra de una persona jurídica se necesita una figura central: el ejercicio de la acción penal en contra de la persona física que responda por el delito cometido, lo que lleva a caminar en círculos y, por ende, a no llegar hacia ningún sitio, pues ya se han enunciado, de manera somera, algunas de las dificultades o imposibilidades de fincar una responsabilidad individual respecto de delitos atribuibles a todo el colectivo llamado empresa. Aún más, conforme lo dispuesto en el artículo 141 del CNPP, "... En la Clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente..."; de donde se desprende que, un hecho, en términos de la legislación en comento, refiere a un "hecho típico", de lo que, tal como sugiere Quintino (2014: 7), sistemáticamente se establece:

> *a*) Que todo hecho típico supone la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico (porque no puede existir un hecho típico donde no se haya lesionado ni puesto en riesgo el bien jurídico, por eso el hecho típico se *consuma* o se realiza en grado de *tentativa*).
> *b)* Que todo hecho típico supone que alguien intervino en su realización como autor o como partícipe (porque no puede existir un hecho típico donde nadie haya intervenido en su realización, por eso la realización del hecho típico supone una forma de autoría o de participación).
> *c)* Que todo hecho típico supone una conducta dolosa o culposa (porque no puede existir un hecho típico que no sea dolosa ni culposamente realizado, por eso el hecho típico supone la presencia de una conducta activa u omisiva dolosa o culposamente realizada).

Lo que confirma que el centro de análisis siempre lo será el ser humano, pues es a quien, en definitiva, se puede atribuir el "hecho típico", y no a la persona jurídica. No obstante, hay que centrarse en

la diferencia que existe entre "responsabilidad" y "culpabilidad", para determinar si el ámbito penal está legitimado para sancionar "conductas" delictivas desplegadas por las empresas, o bien, identificar los límites de esta rama del derecho para definir las vías idóneas que permitan frenar la comisión de delitos que socaban derechos humanos de terceros mediante una prevención general eficiente.

En este tenor y, para efecto del presente análisis, se hablará de "responsabilidad" cuando se haga referencia al ámbito civil, en donde la obligación de la persona emana de un acuerdo o contrato fincado en la voluntad de las partes. Se tiene claro que, para fincar la responsabilidad civil, se requiere de la concurrencia de tres elementos: una disposición contractual o extracontractual, la existencia de un daño generado ante la vulneración de la disposición y, un nexo de causalidad entre el hecho y el daño; centrándose la responsabilidad civil en la indemnización por los daños y perjuicios causados a terceros. Responsabilidad objetiva ante la cual la norma no requiere acreditar la existencia de dolo o culpa, pues basta la vulneración a la disposición contractual o extracontractual para tenerla por acreditada, centrándose en el *quantum* del daño causado, el cual tiende a ser cuantificable.

Ahora bien, cuando se habla de "culpabilidad" es porque se está en terrenos del derecho penal y, en un momento en el que, dentro de la estructura dogmática del delito se ha llegado a su último escalón: a la acreditación de una conducta típica y antijurídica y, con ésta, a la posibilidad de graduar la culpabilidad del sujeto activo respecto de su conducta voluntaria, dirigida hacia la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Entonces, esto implica referirse un "juicio sobre el autor mediante el cual se determina si se le puede reprochar el haberse comportado contrariamente a lo establecido en el orden jurídico" (Díaz Aranda, 2006: 263); elemento del delito que se conforma de tres elementos: imputabilidad del sujeto, conciencia sobre la antijuridicidad de su conducta y ausencia de causas excluyentes de culpabilidad.

Esto es, la acreditación de la culpabilidad implica la integración de los elementos del delito, los cuales necesariamente deben referirse a conductas desplegadas por personas físicas, nunca a las acciones desplegadas por una persona moral. Y, sin hacer un análisis

dogmático a detalle de los elementos del delito, se enunciarán dos puntos medulares de éstos, que permitirán centrar el tema en cuestión: la conducta, entendida como la manifestación de la voluntad del sujeto,[6] principal controversia atribuible a quienes afirman que las personas morales pueden ser sujetas de reproche penal, pues las personas morales, como entes incorpóreos carecen de voluntad y, ésta realmente se conforma por la voluntad de sus integrantes; y los elementos subjetivos del tipo penal, sea dolo, culpa o elementos subjetivos distintos del dolo, los cuales se integran por elementos cognitivos y volitivos[7] (conocer y querer el hecho que la ley establece como prohibido), los cuales pueden atribuirse sólo a la persona física.

De las anteriores acotaciones, se desprende la imposibilidad de atribuir grado alguno de "culpabilidad" a las personas jurídicas y, en todo caso, éstas tendrán niveles de responsabilidad frente a la norma civil y administrativa, principalmente. Por ello, cabe cuestionar la aparentemente avanzada inclusión del CNPP de un apartado relativo al ejercicio de la acción penal en contra de las personas jurídicas. Antinomias que propician análisis como los realizados por Gracia Martín (2016: 7-8), quien sostiene:

> En efecto, hasta la eclosión expansiva del fundamentalismo político criminal que imputa a la persona jurídica unas ficticias capacidades de acción, de culpabilidad, y de soportar una pena —o cualquier otra "sanción" en sentido estricto—, en la dogmática jurídico penal auténtica que hoy se ve amenazada de demolición por aquél y por otros fundamentalismos, independientemente de la orientación metodológica que se siguiera —causalista naturalista, neokantiana, o finalista—, se rechazó la responsabilidad penal de la persona jurídica por la sencilla

[6] La voluntad se entiende como la "capacidad para autodeterminar libremente nuestros movimientos corporales" (Díaz Aranda, 2014: 41).

[7] Esta parte volitiva del dolo refiere a las intenciones del sujeto, de ahí que "no debemos confundir voluntad con intención, pues la primera es la capacidad de autodeterminación que tiene el sujeto sobre sus movimientos corporales, mientras que la segunda es la dirección que el autor imprime a su conducta. Por ello es que la voluntad se analizó en los elementos objetivos de la conducta típica, mientras que la intención es materia de los elementos subjetivos" (Díaz Aranda, 2014: 78).

> —pero por sí sola más que suficiente— razón de que, como demuestra y prueba con toda certeza la teoría general de la persona jurídica, en el substrato de ella están ausentes absolutamente todos los elementos materiales reales que configuran los objetos de todas y de cada una de las valoraciones jurídico penales —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— necesarias para la constitución del concepto del delito y para soportar la pena. Esto es así porque en derecho penal los objetos tanto de las valoraciones categoriales constitutivas del supuesto de hecho delictivo, como de las determinantes del sí y de la medida de la intervención punitiva, tienen un substrato psicológico y sensible que sólo está presente en el ser humano y completamente ausente en la llamada persona jurídica.

Alcances reales de las responsabilidades fincadas a las empresas

Definitivamente, los fines de la pena no aplican a las personas jurídicas y, el derecho penal en sí no es la vía normativa que permita fincar responsabilidades a éstas, de ahí que no sea un medio "disuasorio" hacia las acciones desplegadas por entes colectivos. Es una falacia pues, hablar del ejercicio de la acción penal en contra de personas jurídicas.

Por lo que habrá que analizar si existen otras vías normativas para fincarle a las empresas las responsabilidades correspondientes por los daños que generan a derechos humanos de terceros. Ya que, si se atiende a la fragmentariedad del derecho, se puede afirmar que también resultan relevantes para el derecho penal, tal como el Compliance Program, conocido como *Programa de Cumplimiento* Normativo, que se refiere a las medidas implementadas por la empresa a fin de que, tanto trabajadores como directivos ajusten su actuar a ciertos lineamientos del desempeño, so pena de ser merecedores de una sanción en caso de incumplimiento.

> Los *Compliance Programs* se reflejan en instrumentos de distinta índole, desde circulares internas que establecen criterios de actuación, pasando por manuales operativos, hasta protocolos unificados para la toma de decisiones que establecen tramos de decisión bien definidos. Estos materiales son parte importante de un programa de cumpli-

> miento normativo, pues las reglas de operación empresarial se establecen por escrito y son sujetas a revisión y actualización (Ontiveros, 2015: 142).

Con este Programa de Cumplimiento Normativo se busca contener los riesgos generados por las empresas, a fin de que no rebasen los límites de contención permitidos para una debida convivencia social, exceso en los riesgos que interesa al derecho penal. Así, existen tres elementos relevantes para considerar sólidamente aceptable y, por ende, válido un *Compliance*: que se sustente en un diagnóstico preliminar por parte de los expertos en el tema, que los empleados o quienes lo ejecutarán lo conozcan y sepan aplicar, y que éste sea supervisado por un sujeto responsable de su eficacia. Estas bases de organización de trabajo permitirán a la empresa deslindar responsabilidades por los daños causados por sus integrantes; con base en éstas se deberán analizar los cumplimientos e incumplimientos en el plano individual, dentro de la cadena de mandos y de distribución de trabajo que caracteriza a toda empresa.

Para que un programa de *compliance* sea válido a la luz del derecho penal y permita a la persona moral (representada por sus socios) eximirse, en su caso, de un reproche penal, deberá contar, como mínimo, con cinco fases: elaboración de un diagnóstico institucional que incluya la detección y eliminación de riesgos, diseño de reglas mínimas y autorregulación (protocolos), capacitación y evaluación periódica del personal de la empresa, implementación de un sistema de denuncias interno y externo, e implementar un sistema de supervisión y sanción liberado por un *compliance officer* (Ontiveros, 2015); fases que, de cumplirse, eximen o atenúan la "responsabilidad penal" de la persona jurídica.

Lo anterior se lee como una herramienta bastante útil y preventiva de lesiones a derechos importantes para la sociedad; sin embargo, en la práctica, esto no sucede, menos aún en México en donde poco se planea (salvo algunas excepciones de franquicias internacionales que manejan escrupulosos mecanismos de diagnóstico institucional), en donde la capacitación del personal de trabajo nunca ha

sido un tema importante para las empresas, en donde la soberbia del mexicano ha bastado para que como trabajadores minimicemos la relevancia de la capacitación en nuestro quehacer laboral y en donde, a la par de esto, se carece de una cultura de la denuncia y, difícilmente se dan los canales internos para ello. Aunado a un entorno social que ha permitido que prevalezca la cultura de la indiferencia y de la sobrevivencia; en un país donde los niveles de pobreza y desempleo socaban las buenas conciencias y en donde, conservar el trabajo se vuelve una necesidad primaria frente a la responsabilidad que implica actuar conforme al "deber ser".

En este contexto, la responsabilidad penal de quienes produjeron la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos relevantes para la sociedad se ve altamente vulnerable ya que, en el supuesto de que la empresa no cumpla con las cinco fases de un sólido compliance, existe la posibilidad de fincarle solamente responsabilidades civiles y administrativas, mas no responsabilidades penales, atento a lo analizado en apartados anteriores, mientras que es de esperarse que dicho incumplimiento sea utilizado por el trabajador para evadir su responsabilidad individual, en aras de una falta de capacitación y de normas claras a seguir, lo que daría tema de debate en el plano penal a nivel de cognoscibilidad, tanto en grado de culpa como de dolo, así como de los elementos suficientes que permitan al empleado llevar a cabo juicios de previsibilidad y evitabilidad significativos, sin dejar de lado el trascendente campo del error de prohibición, con base en el cual se excluye al sujeto activo del reproche social y, por ende, de aplicación de sanción alguna, atento al desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta o a la falsa conciencia de sus causas de justificación (consentimiento, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). Terrenos de defensa legal nada prometedores para la imperiosa necesidad de poner freno a las conductas indiferentes y negligentes que se despliegan al interior de las empresas.

Otro punto de análisis lo brinda la doctrina alemana denominada *drittwirkung der grundrechte* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales), la cual sostiene que los derechos fundamentales tie-

nen aplicación y fuerza obligatoria entre particulares, a la par que cuestiona la concepción clásica de los derechos fundamentales como límites al poder del Estado, para valorar sus efectos entre las relaciones privadas. Doctrina que surge en el ámbito laboral en 1950 y, que en España se conoce como el "efecto frente a terceros de los derechos fundamentales".

Para la *drittwirkung der grundrechte*, un sujeto es responsable si, con su actuar, viola derechos humanos de otros; el Tribunal Constitucional alemán sostiene "que los derechos fundamentales no son ilimitados, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengan establecidos" (Vivas, 2001).

Y, hasta este punto de análisis, se siguen planteando la interrogante inicial de este apartado, ¿cuáles son los alcances reales de las responsabilidades fincadas a las empresas? En los casos reales de lesiones importantes a derecho de terceros atribuibles a las empresas, ¿qué se ha logrado?, ¿las víctimas efectivamente han sido resarcidas del daño?, ¿qué se hace para frenar los daños que impactan a los derechos de las generaciones futuras?, ¿se debe tolerar la impunidad ante hechos tan alarmantes como el deterioro al medio ambiente y la puesta en riesgo de las culturas indígenas, la disminución de índices de vida saludable, entre otros? Cuestionamientos ante los cuales cabe citar las palabras y reflexiones de Ferrajoli (2001: 378), quien sostiene:

> esta desigualdad es legitimada por la ideología liberalista, según la cual la autonomía empresarial no es, como se ha visto, un poder, sujeto en cuanto tal al derecho, sino una libertad, y el mercado necesita, para producir riqueza y ocupación, no reglas sino, al contrario, no ser sometido a ningún límite y a ninguna regla. Ideas que son contrarias al modelo normativo del estado constitucional de derecho, que no admite poderes *legibus soluti,* además de insostenibles en el plano económico, ya que ningún mercado puede sobrevivir sin reglas y sin intervenciones públicas dirigida a garantizar su respeto. Incluso hoy, por lo demás, éstas intervenciones no faltan; sólo que se dan de forma prevalente en favor de los países más ricos y de las grandes empresas.

¿Qué queda por hacer?, sin duda, cambiar paradigmas y generar mayores niveles de responsabilidad y, por ende, de confianza en cada uno de los actores sociales, lo cual implicará crear nuevas formas de fincar y sancionar la responsabilidad horizontal, así como hacer eficientes las sanciones dirigidas a las personas jurídicas, lo que requerirá de un trabajo arduo en el tema de la corrupción, el cáncer de México.

Y, frente a estas realidades, en 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos y, creó el Grupo de Trabajo de Empresas y Derechos para promover la implementación de dichos Principios, los cuales se centran en la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos y, controlar actividades empresariales, lo que implica la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos hasta la necesidad de establecer mecanismos adecuados de acceso a la justicia para las víctimas.

Entre las notas novedosas de la página electrónica de Business and Human Rights Resource Center se establece un enlace al periódico *El País* (2016), en donde se informa que el Grupo de Trabajo en comento, en diciembre de 2015 visitó Brasil, a fin de verificar denuncias de violaciones cometidas por empresas de ese país; también fue a Altamira, ciudad donde se construyó la represa Belo Monte y Minas Gerais, represa de residuos mineros que se rompió en noviembre de dicho año. Visita de la cual emitió 32 recomendaciones, así como la entendible preocupación de la falta de acción del Estado ante la vigilancia de las acciones de estas empresas, las cuales carecen de protocolos adecuados para contención de riesgos. De estas recomendaciones, se resaltan 10 que pueden ser aplicables a nuestro país (máxime a la luz de la visita a México del 29 de agosto al 7 de septiembre del año en curso), consistentes en:

Al gobierno:

1. Capacitar a funcionarios, tomadores de decisión y jueces sobre las obligaciones del gobierno y las empresas de prevenir y resarcir afectaciones a derechos humanos.

2. Definir expectativas claras sobre políticas para que todas las empresas respeten los derechos humanos e implementen operaciones nacionales y en el extranjero con debida diligencia.
3. Cumplir con los Principios Rectores, los lineamientos de la OECD sobre empresas transnacionales a nivel nacional e internacional, y con estándares internacionales y buenas prácticas, especialmente en proyectos de infraestructura y desarrollo.
4. Evaluar el acceso efectivo a remediación, fortalecer mecanismos judiciales y no judiciales, y abordar abusos relacionados con empresas.
5. Fortalecer la reglamentación a grandes proyectos, así como la capacidad, recursos y coordinación entre autoridades —particularmente las ambientales y de derechos indígenas— para mejorar el monitoreo de impactos socioambientales.
6. Asegurar que cuando ocurran desastres ambientales, se implementen medidas de mitigación y remediación, y compensación adecuada a los afectados (debidamente consultados).
7. Garantizar que los actores posiblemente afectados por proyectos de desarrollo (especialmente los más vulnerables), reciban información y asesoría legal adecuada para estar en igualdad de condiciones en negociaciones con empresas.
8. Dar mayores recursos al programa nacional de protección de defensores(as) y enfatizar la mejora de sus condiciones sociales, económicas y políticas.

A las empresas privadas y públicas:

9. Respetar derechos humanos, e identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas con debida diligencia, de cómo abordan las afectaciones a derechos humanos.
10. Asegurar consultas efectivas con personas y comunidades afectadas. Esto implica evaluar afectaciones en derechos humanos; prestar atención especial a grupos potencialmente

> marginalizados o vulnerables, garantizándoles información adecuada y oportuna sobre actividades que podrían afectarles; resaltar de manera diferenciada la atención de riesgos para mujeres, niños y niñas, y hombres, especialmente respecto de proyectos de infraestructura que involucren reasentamiento de comunidades.

Trabajos como éstos indican la imperiosa necesidad de frenar los abusos que se cometen al interior de las empresas en perjuicio evidente de los derechos humanos de todos. Situación que en México es claro reflejo de la falta de medidas adecuadas a cargo de la responsabilidad de las empresas; es decir, de medidas serias y contundentes que verdaderamente erradiquen la delincuencia empresarial y sus malos administradores. Ello a la par de las responsabilidades que se han analizado de todos los intervinientes de la cadena productiva del ilícito con base en la responsabilidad horizontal que se ha enunciado y que parte del principio de solidaridad que se debe tener con las generaciones presentes y futuras.

Retos de la dogmática penal frente a quienes actúan en el entramado de las organizaciones lesionando derechos humanos de terceros

Como se ha comentado, pensar llevar a las personas morales al campo del derecho penal es un mito, por lo que, en aras de la aplicación de esta rama del derecho habrá que considerar nuevas alternativas que permitan fincar responsabilidades que vayan más allá de reparaciones económicas, que no "intimidan" a las grandes empresas, a pesar de ser las que más riesgos generan.

Otro aspecto digno de análisis dentro de las conductas desplegadas al amparo del entramado organizacional es el presupuesto dogmático del "nexo de causalidad o evitabilidad" (elemento objetivo del tipo penal), así como el dolo o la culpa (elementos subjetivos del tipo penal) que se deben acreditar, entre otros, para tener por integrado el tipo penal correspondiente.

Por su parte, la SCJN, preocupada por los riesgos que corren los derechos humanos frente a los proyectos de desarrollo e in-

fraestructura,[8] emitió el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura e, identificó los principales derechos que pueden ser violentados por éstos: derecho al debido proceso; derecho a la información; derecho a la participación y a la consulta; derechos a la libre expresión, a la protesta y a ser protegidos(as) contra la criminalización; derecho de reunión; derecho de asociación; derecho a una vivienda adecuada; derecho a una alimentación adecuada; derecho al agua y al saneamiento; derecho a la salud; derechos culturales y derecho a un medio ambiente sano.

Esto permite asomarse a la realidad que se vive, la cual ya toma matices preocupantes para diversos estudiosos del derecho e instancias encargadas de impartir justicia. Por lo que, resulta relevante profundizar sobre la viabilidad de crear cambios de paradigma en torno, entre otros, al elemento subjetivo del tipo penal. Esto es, replantear la parte cognitiva y volitiva en la estructura del dolo y de la culpa, para el caso de conductas desplegadas dentro de estructuras organizacionales, por los siguientes motivos:

- El dolo, en el plano de responsabilidad individual, se integra por los elementos cognitivo y volitivo; el segundo en mención es el talón de Aquiles para la debida delimitación entre "dolo directo" ("querer") y "dolo eventual" ("conformarse" con el resultado). Lo que se torna preocupante para el tema de estudio es la delgada distinción entre "dolo eventual" y "culpa con representación", en donde, para integrar el elemento volitivo del dolo eventual basta con que el sujeto prevea como posible el resultado y se "conforme" con su realización; mientras que, en la "culpa con representación", si bien se prevé la posibilidad del resultado, el elemento vo-

[8] Por proyectos de desarrollo e infraestructura se entienden "aquellos emprendimientos impulsados por empresas o el Estado, en zonas rurales o urbanas, que tengan fines comerciales o se lleven a cabo bajo el argumento del bien común, y supongan la adquisición, disposición, arriendo u ocupación de espacios territoriales, generando un impacto sobre la vida de las personas o comunidades que en ellos habitan, o de las que ellos dependen, y una posible afectación sobre sus derechos humanos".

litivo se integra cuando el sujeto "confía" en que éste no se produzca. En donde "conformarse" con el resultado o "confiar" en que éste no se produzca implica ir del dolo a la culpa, sólo por la delgada distinción entre el elemento volitivo que conforma a una u otra forma de conducta.

Aún más, si un sujeto que previó el resultado pero es capaz de acreditar que "confió" en que éste no se produciría, centrará su conducta a la forma culposa (culpa con representación), lo cual, para efectos de responsabilidad y reproche penal, cobra una relevancia inmensurable cuando la doctrina establece que, para el caso de las conductas desplegadas en su forma culposa la sanción se impondrá conforme a lo dispuesto por los *numerus clausus.*

- Por su parte, los *numerus clausus* se enfrentan ante una infranqueable muralla legislativa, con base en la cual, serán sancionadas las conductas culposas sólo cuando se trate de tipos penales enunciados por el legislador en este apartado (véase artículo 60 del Código Penal Federal y 75 del Código Penal de Baja California).[9] Esto es, los tipos penales no enun-

[9] Aplicación de sanciones a los delitos culposos. Artículo 60 CPF.- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso. Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150; 167, fracción VI; 169; 199 Bis; 289, parte segunda; 290; 291; 292; 293; 302; 307, 323; 397; 399; 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado; 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado; 416; 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se caucen (sic) homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

ciados en los *numerus clausus* no merecerán sanción penal, a pesar de tratarse de conductas típicas, antijurídicas y culpables, por haberse cometido en su forma culposa; esto es, bajo la tesis de no resultar, a juicio del legislador, relevantes para generar el reproche penal. Lo anterior también impacta a la forma de autoría conocida como "participación".

- En tanto que, conforme el principio de accesoriedad limitada, los partícipes serán responsables de manera accesoria y, con base en su propio grado de culpabilidad, a la conduc-

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;
II. El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;
III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y
V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.
VI. (Se deroga).

ARTÍCULO 75 CPBC.- Punibilidad de los delitos culposos.- Los delitos culposos serán sancionados con prisión de tres días a cinco años, multa hasta de trescientos días y suspensión hasta por cinco años o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Cuando a consecuencia de la conducta culposa del personal de empresas de transporte de pasajeros o de carga, de servicio público o concedido por autorización, permiso o licencia de las autoridades competentes se cause homicidio, la sanción será de dos a ocho años de prisión, multa hasta de trescientos días, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de igual naturaleza. Cuando por culpa y con motivo del tránsito de vehículos se cometa homicidio y el responsable conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras substancias que impidan o perturben su adecuada conducción, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y multa hasta de quinientos días. Cuando el delito culposo sea cometido con motivo del tránsito de vehículos se podrá imponer como pena, a juicio del Juez, la suspensión hasta por cinco años o privación definitiva del derecho a obtener licencia para manejar vehículos de motor.

Cuando por culpa y con motivo del tránsito de vehículos se cause únicamente daño en propiedad ajena, se sancionará hasta con cuarenta días multa.

> ta típicamente dolosa y antijurídica del autor directo, de tal suerte que si se está frente a una conducta de autor desplegada en su forma culposa (con la simple diferencia del dolo eventual de "confiar" en que no se produzca el resultado), no será posible atribuir responsabilidad penal al partícipe, pues a éste también le alcanza el "beneficio" del *numerus clausus,* esto es, para efectos de imposición de pena no serán "culpables". ¿Esto no es impunidad? Y, ¿el coste de esas conductas culposas sin reproche penal (por no estar enunciados sus tipos penales en los *numerus clausus*) lo deben asumir los derechos humanos de terceros?

Lo anterior sostiene que la parte volitiva del dolo, para el caso de responsabilidad penal por organización, se debe reubicar en el último de los elementos del delito, en la culpabilidad. Ante estas problemáticas y, como proceso de investigación hacia un planteamiento de la "responsabilidad colectiva", se ha expuesto la relevancia de suplir el injusto individual por el "injusto colectivo", cuando se trate de definir el desvalor de acción y el desvalor de resultado de la conducta de cada uno de los intervinientes en el entramado organizacional, valorando el nivel de conocimiento que se tenía al momento de desplegar la conducta y proponiendo:

> que, una vez que se concreta la conducta típica y antijurídica de un colectivo, en la que existen varios aportes individuales igualmente típicos y antijurídicos, el siguiente paso será el análisis del injusto colectivo, para el cual, dentro de una concepción dualista moderada, para la integración 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 "que quiso" así como el "que lo llevó a determinarse por su conducta lesiva"; y para el desvalor de resultado, bastará la peligrosidad o el peligro generado con dicho actuar individual, determinándose así el: "que hizo" (Burgueño, 2009: 120).

En este tenor, resulta relevante destacar la trascendencia del elemento cognitivo en la integración del dolo y de la culpa con re-

presentación pues, en ambos, como se ha enunciado, hay una carga de conocimiento por parte del sujeto activo, ya sea "conocer" o "prever como posible" el resultado, situaciones ante las cuales se puede hablar de la responsabilidad horizontal del sujeto activo, respecto de los resultados de lesión o peligro, generados a derechos de terceros. En donde cobran relevancia los principios de precaución y de previsibilidad, ambos sustentados en el nivel de conocimiento que tenga el sujeto, pues con base en éste y en uso de su voluntad y libertad, se espera que el sujeto prevea los riesgos como posibles y se decante por hacer lo correcto, evitando resultados no deseados.

Dicho nivel de conocimiento permite graduar la carga comunicativa de los aportes individuales desplegados al interior de las organizaciones, pues éste será el eje rector para graduar la culpabilidad, ya que sólo en la medida que el sujeto conozca o le sea factible conocer, se le podrá fincar una responsabilidad penal, valoración que permitirá identificar si se está frente a conductas indiferentes o negligentes, respectivamente, ambas totalmente lesivas para la exigibilidad de los derechos humanos que resultan básicos para toda persona y, a los cuales no se puede renunciar por falta de estructuras que permitan la eficiente aplicación e impartición de justicia.

Conclusiones

Los derechos humanos no deben socavarse por conductas indiferentes e irresponsables de terceros, pues a fin de salvaguardar la vida misma y los principios máximos de justicia, paz y felicidad, los individuos debemos solidarizarnos con los demás, incluso con las generaciones futuras, pues la calidad de vida y oportunidades de desarrollo de éstas depende de las acciones llevadas a cabo por las generaciones actuales.

Por lo que, los bienes colectivos de la sociedad moderna deben salvaguardarse con nuevas estructuras jurídicas y mayores niveles de conciencia, confianza y solidaridad; es necesario replantear la eficiencia y eficacia de las estructuras normativas actuales para generar nuevos canales de contención de los riesgos que socavan derechos

humanos básicos como la salud, la vida, la seguridad, el derecho a la alimentación, la paz, entre otros tantos, por tratarse de derechos indivisibles e interdependientes. Con lo cual se fomentará la responsabilidad horizontal de cada uno de los ciudadanos que integran acciones colectivas, en donde la suma de los aportes individuales es lo que genera la carga comunicativamente dañosa hacia los bienes jurídicos, relevantes para una determinada sociedad.

Esto permitirá ir más allá de las actuales sanciones que se logran imponer a las empresas que, en términos reales, son reparaciones económicas insuficientes para la magnitud y el impacto generacional de los daños causados, mientras que la empresa continúa operando y socavando los derechos vitales de terceros. Se deben, claro está, asumir posturas más determinantes con las empresas, como el cierre definitivo de éstas, siempre y cuando no se dé el surgimiento de "nuevas" que son simplemente una copia de aquella que fue clausurada pero con diversa razón social, tema ampliamente analizado por la "teoría del velo societario". Pero, a la par de ello, se debe responsabilizar a cada uno de los integrantes de la empresa a la luz de una responsabilidad colectiva, desde las más altas a las menores jerarquías, en donde los dueños y directivos respondan con mayor culpabilidad por ser quienes tienen mayor conocimiento sobre todas las operaciones de la empresa, mientras que el trabajador participará a menor escala con su propia culpabilidad, atento a su nivel de conocimiento o factibilidad de conocer el impacto de su conducta en los hechos que lesionan derechos de terceros.

Realidades ante las cuales, so pena de las críticas al expansionismo del derecho penal, esta rama del derecho sí puede generar barreras de contención del riesgo más sólidas y eficientes, a fin de fincar responsabilidades a quien lo amerita y, con ello, cambiar conductas que lesionan los derechos humanos de todos, pero que están amparadas por el entramado organizacional de las empresas.

No se deben tolerar conductas negligentes e indiferentes; los tiempos de remanso ya terminaron. Nos estamos acabando el planeta y debemos actuar en consecuencia, pues el ecosistema y la dinámica social que vivimos ya nos están cobrando la factura.

Fuentes consultadas

Bibliografía

Burgueño Duarte, L. B. (2009), *Injusto colectivo. Con especial referencia a la responsabilidad penal por organización,* México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Carbonell, M. (2006), *Los derechos fundamentales en México,* México, Porrúa.

_____ (2004), *La garantía de los derechos sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Cerezo Mir, J. (2002), "Los delitos de peligro abstracto", *Revista de derecho penal y criminología,* núm. 10, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Díaz-Aranda, E. (2014), *Lineamientos prácticos de la teoría del delito y proceso penal acusatorio,* México, STRAF.

_____ (2006), *Teoría del delito* (*doctrina, jurisprudencia y casos prácticos),* México, STRAF.

Ferrajoli, L. (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* Madrid, Trotta.

Gracia Martín, L. (2016), "Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* núm. 18, Granada, Universidad de Granada, pp. 1-95

Luhmann, N. (2006), *Sociología del riesgo,* México, Universidad Iberoamericana.

Márquez Piñeiro, R. (2003), *Teoría de la antijuridicidad,* México, Universidad Autónoma Nacional de México.

Mijangos y González, J. (2007), "La doctrina de la Drittwirkund der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Teoría y realidad constitucional,* núm. 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Ontiveros Alonso, M. (2015), "¿Para qué sirve el compliance en materia penal? (a propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales)", en S. García Ramírez y O. González Mariscal *Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Paredes Castañón, J. M. (2003), "Sobre el concepto de derecho penal de riesgo", *Revista Derecho Penal Contemporáneo,* núm. 4, Chile, Legis Editores S. A.

Quintino Zepeda, R. (2014), *¿Cómo Clasificar un hecho? Conforme el Código Nacional de Procedimientos Penales,* México, Viento de Vela.

Legislación y Tesis jurisprudenciales

Código Penal Federal (14 de agosto de 1931).

Código Nacional de Procedimientos Penales (5 de marzo de 2014).

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), Obediencia a un superior legítimo, excluyente de, tesis 178, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* sexta época, Primera Sala, tomo III, parte, p. 163.

Mesografía

Godina, C. (2008), "Reflexiones sobre el principio de responsabilidad de Hans Jonas", *Revista Observaciones Filosóficas,* núm. 6, Madrid, http://www.observacionesfilosoficas.net/reflexionessobreelprincipio.html, octubre de 2016.

Tiedemann, K. (1996), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf, octubre de 2016.

Vivas Tesón, I. (2001), "La horizontalidad de los derechos fundamentales", http://www.derechocivil.net/esp/LA%20HORIZONTALIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf, octubre de 2016.