

12. DOCTRINA ARGENTINA

LA CATEGORÍA RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

DAVID BAIGÚN

Ya hemos señalado que como consecuencia de la naturaleza de la acción institucional, su ubicación dentro de un diferente diseño del tipo y la reformulación de la antijuridicidad, la categoría tradicional de la culpabilidad pierde sentido en el nuevo sistema; las críticas a la pretensión de trasladarla a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya han sido objeto de otros trabajos¹ y a ellas

nos remitimos. De lo que se trata ahora, es de proponer la creación de un nuevo estrato en el esquema, que defina la responsabilidad de la persona jurídica por la realización del injusto institucional.

La construcción de una nueva categoría significa un paso más en el sistema; si la antijuridicidad de la acción institucional se refiere a su coincidencia o discrepancia con los deberes del ordenamiento jurídico, la responsabilidad apunta al acto del apartamiento o desvío de las exigencias establecidas por él. No se trata del reproche por la deficiente formación de la voluntad social de la persona jurídica —la remanida fórmula de la motivación de conducta—, sino de la valoración del hecho concreto de desconocer lo exigible.

I— Aventando Sospechas

Pero antes de ingresar en el análisis del contenido de la nueva categoría, es conveniente aventar suspicacias sobre la similitud de la responsabilidad social con otras formulaciones conocidas; nos referimos a la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por el riesgo en el derecho civil y el conocido instituto del “strict liability” del derecho norteamericano².

meio ambiente: Responsabilidade e Sanções penais, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 2, n° 7, 1994, p. 117.

⁽²⁾ Omittimos otras acepciones de responsabilidad, examinadas por Hart, pues son notoriamente lejanas de las que aquí interesan. El

⁽¹⁾ La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta, en *La Responsabilidad*, Homenaje al Prof. Doctor Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1995. p. 869 y ss; La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*. Edición Homenaje a Ricardo C. Nuñez. Nueva Serie N° 1, Universidad Nacional de Córdoba 1995, p. 53 y ss; Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en De las penas*. Homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti. Ed. Depalma (en prensa) Bs. As. 1997. Son numerosos los trabajos que sostienen una posición contraria a la nuestra; en lengua castellana destacamos Marino Barbero Santos; Los delitos contra el orden socioeconómico; presupuestos. *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*. Univ. Madrid 1982; Luis Gracia Martín Actualidad penal n° 39-25 Madrid 1993; Enrique García Vitor, Planteos Penales Univ. Nac. del Litoral n° 14, 1994. En lengua portuguesa ver René Dotti. Os Atentados ao

1- La responsabilidad objetiva, o por el resultado, "se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico"³. Esta definición de Nino, que sintetiza impecablemente preceptos tradicionales del derecho, está a leguas de distancia de la fórmula que proponemos.

Se debe recordar, en primer lugar, que el concepto de responsabilidad objetiva se ha construido a partir de un enfoque antropocéntrico del derecho, pues la relación de la acción con el resultado siempre requiere al individuo como polo neurálgico. Ya lo hemos subrayado en otras ocasiones⁴; en el ámbito de las personas jurídicas el eje no es el hombre sino un producto social, una entidad diferenciada, mediatizadora de intereses predominantemente económicos. La autodeterminación, premisa insoslayable de la culpabilidad en el derecho penal tradicional, por su connotación psicológica, es ajena a la concepción de la decisión institucional; y, si en algunas oportunidades se acude a comparaciones con la teoría del delito, no es para marcar diferencias de especie sino para explicar campos de género diverso. La teoría del sujeto responsable, si se quiere trasladar el conocido apotegma de Bustos Ramirez⁵ no se asienta aquí en el hombre, sino en una criatura compuesta, objetivamente diferenciada: la persona jurídica, ropaje de una sociedad o corporación.

En segundo lugar, la aplicación de la pena por el resultado no es una consecuencia automática; como la hemos examinado en otro trabajo⁶, amén de haber

incorporado al sistema el error limitado del tipo, en la responsabilidad social se tiene presente, en ciertos casos, la gravitación de eximentes que generan la exención de pena o su aminoración. Si se toma en cuenta estas reflexiones, sólo un simplismo doctrinal interesado puede llevar a la igualación entre responsabilidad social y responsabilidad objetiva.

2- La responsabilidad por el riesgo (derecho civil) tiene hegemonía ganada en el plano teórico; "el sujeto es responsable por los riesgos o peligros que su actuar origina, aunque ponga de su parte toda la diligencia necesaria para evitar esos riesgos"⁷; basta la relación de causalidad y la intervención. La fórmula se ha extendido a distintos tipos de obligaciones, suficientemente conocidas: la de los productores y proveedores, la que surge de la participación en el mercado ("market share"), la que atañe al transporte oneroso de personas, la que proviene de la contaminación del medio ambiente, la que se deriva de la ejecución de tareas en condiciones de insalubridad, o de los daños sufridos por el público en ocasión de acontecimientos deportivos, de accidentes de trabajo, o de emprendimientos que suponen la adopción de medidas de control en resguardo de los usuarios o terceros, obligaciones que, obviamente, abarcan la actuación de las personas jurídicas. Cabe agregar que, para la solución de la mayoría de esos supuestos se acude a la variante del riesgo-beneficio, pues se entiende que el sujeto que obtiene el provecho de una cosa o de una actividad debe cargar también con los riesgos que esa cosa o actividad crea, nota, es cierto, de llamativa similitud con el interés económico de la acción institucional típica, ya examinada en un artículo anterior⁸.

resumen puede leerse en Nino Santiago; El concepto de responsabilidad, en *La Responsabilidad*, *op. cit.*, p. 15.

(3) Nino, *op. cit.*, nota 2. p. 19.

(4) Ver publicaciones en nota 1.

(5) *Manual de Derecho Penal*. Parte General 3era edición. Ariel Derecho. Barcelona, 1989. p. 309 y ss.

(6) *La tipicidad* ... nota 1.

(7) Moisset de Espanés, Luis; El acto ilícito y la responsabilidad civil, en *La responsabilidad*, *op. cit.*, nota 1, p. 98 y ss.

(8) Naturaleza de la acción institucional art. civ., nota 1.

No obstante la reducción de la culpa (culpabilidad) como vertiente de fundamentación teórica, la responsabilidad por el riesgo creado en el derecho civil, sigue aferrada al antropocentrismo de los códigos napoleónicos; su acogida en la órbita de la legislación no alcanza aún el carácter de regla general y solo figura como justificación de determinadas situaciones consideradas excepcionales⁹.

Pero, además, la responsabilidad por el riesgo creado —que no ignoramos es una forma de responsabilidad objetiva— no cuenta, ya sea para escapar a la reparación (símil válido con la exención de pena) o para lograr su disminución, con las eximentes originadas en la exigibilidad de otra conducta¹⁰. Las excepciones a la tarificación del resarcimiento —equivalente de la disminución de la pena— o a la responsabilidad plena dentro del campo de las actividades peligrosas se fundan siempre en el requerimiento de la no culpa individual (estrictamente subjetiva) es decir, en la categoría matriz del sistema¹¹. Aún por un rodeo distinto, volvemos permanentemente a lo mismo¹².

3— La eventualidad de que la responsabilidad penal pueda ser emparentada

con la “strict liability” de la doctrina anglosajona no es reflexión caprichosa. Ya algunos teóricos del derecho penal¹³ han sostenido que la renuncia al principio de culpabilidad tradicional y su sustitución por el “interés público preponderante”, fundamento de la “strict liability”, genera el riesgo de conmover el Estado de derecho, introduciendo un cuerpo extraño en el sistema penal; la cuestión merece un breve apartado.

La “strict liability doctrine” prescinde de la “mens rea” —equivalente del dolo, según Hendler¹⁴— para la punición de ciertos delitos donde priva el “interés público preponderante”; son áreas en las cuales por razones de política social, se prioriza el bienestar público¹⁵. O dicho de otro modo, no se requiere la culpabilidad del agente, en el sentido que le asigna la doctrina anglosajona— con una inferencia obvia: el error nunca excusa¹⁶.

En una monografía de innegable

⁽⁹⁾ Zavala de González, Matilde. *Responsabilidad por riesgo*. El nuevo artículo 1.113. Hammurabi, Bs. As. 1987, p. 224 y ss. En sentido contrario Messina de Estrella Gutierrez, Graciela N. *En Derecho de daños*. Ed. La Rocca Bs. As. 1991 p. 40.

⁽¹⁰⁾ Como veremos más adelante, la exigibilidad de otra conducta es un elemento clave de la responsabilidad social.

⁽¹¹⁾ Goldenberg, Isidoro H. *Indemnización por daños y perjuicios*. Hammurabi, Bs. As. 1993, p. 476 y ss.

⁽¹²⁾ No nos detenemos aquí en un elemento básico de la confrontación entre la responsabilidad por el riesgo y responsabilidad social: la pena, uno de los ejes de división entre derecho civil y derecho penal. En este terreno el parangón requiere un tratamiento especial, tal cual lo proyectamos para un próximo trabajo.

⁽¹³⁾ Hirsch, Hans J. *La cuestión de la Responsabilidad Penal de las Asociaciones de Personas*, trad. Patricia Ziffer. Bonn. 1993 (Conferencia en la Academia de Ciencias de Renania en Dusseldorf, 1993).

⁽¹⁴⁾ Hendler, Edmundo S. *Derecho Penal y Procesal de los Estados Unidos*, E. Ad. hoc. Bs. As. 1996, p. 52.

⁽¹⁵⁾ Idem, p. 57. La definición de estas áreas aparece claramente en el fallo Morissette v. United States, citado por el autor.

⁽¹⁶⁾ Malamud Goti, Jaime. *Política criminal de la empresa*. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1983. p. 102 y ss.

⁽¹⁷⁾ Wells, Celia. *Corporations and Criminal Responsibility*. Ed. Clarendon Press. Oxford New York 1993 p. 94 y ss. Ver también Hendler Edmundo (nota 14) p. 56 y ss. La misma opinión cabe extraer de Dianne Saxe (Canadá) en el art. Theories of Liability publicado en *Environmental Offenses Corporate Responsibility and Executive Liability*. Ed. Canadá Law Book Inc. Ontario: “Las acciones y omisiones de los empleados y agentes en el desarrollo de su actuación son actos de la corporación” p. 100.

interés¹⁷, Celia Wells explica que la *strict liability* (responsabilidad estricta o absoluta) se incorporó progresivamente al área de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero que este proceso se realizó siempre a partir de la relación de la empresa con sus empleados o agentes; señala las dos vertientes paralelas: la aplicación de la responsabilidad vicariante (de los patrones por la acción de sus empleados) y la diferenciación con los delitos de "mens rea" ("offenses"), pero en ambos casos, la cuestión residió siempre en determinar la conducta de los directivos o responsables y no la de la entidad como organismo autónomo.

Si la reflexión es correcta, aún reconocida la ausencia de la culpabilidad, la "strict liability" no se traslada a la esfera específica de actuación de la persona jurídica; pertenece, en verdad, al campo del derecho penal convencional, por lo cual las críticas a su validez, se deben realizar desde este ángulo y no en el plano de la responsabilidad penal de los entes colectivos¹⁸.

II— Responsabilidad Social. Categoría compleja. Función

No escapará al lector, por lo que brevemente afirmamos en un comienzo, que la responsabilidad social es una categoría compleja; sus componentes (elementos), la atribuibilidad y la exigibilidad —a los que nos referiremos más adelante— registran tanto situaciones de hecho, como ingredientes de valoración; es casi obvio

señalarlo puesto que cualquier acción institucional se produce en un determinado contexto social y esa conducta, cuando es contraria al ordenamiento, debe ser enjuiciada normativamente; la responsabilidad social permite, sencillamente, construir un juicio de reprobación sobre un acto de la persona jurídica, objeto de valoración; en este sentido debemos coincidir en que se trata de un "juicio de referencia" pero con la aclaración, tan repetida, que la infraestructura no es el hecho psicológico sino el comportamiento institucional¹⁹.

En otro plano, el juicio de responsabilidad social cumple una función propia; es un mecanismo de control normativosocial que se ejerce a través de la coacción estatal al tiempo que resuelve conflictos producidos por la actividad de ciertas estructuras que entran en contradicción con bienes jurídicos fundamentales de la comunidad²⁰.

Es claro que la punición —consecuencia de esa actividad— no obedece exclusivamente a los objetivos de control y solución de conflictos; pretende restaurar, además, las expectativas sociales defraudadas por el desconocimiento de reglas de juego establecidas. En este sentido actúa como instrumento para corregir la disfuncionalidad del sistema;

⁽¹⁸⁾ La preeminencia del factor subjetivo en el directivo o empleado, como base de la culpabilidad, aún cuando la persona jurídica pueda ser responsable, se advierte diáfanaamente en el fallo *United States v. Park*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1995); citado por Hendler Edmundo y Gullco Hernán en *Casos de Derecho Penal comparado*. Editores del Puerto. Bs. As. 1996. p. 128.

⁽¹⁹⁾ Aunque lo decimos en otro lugar, el juicio de reprobación, sinónimo de responsabilidad social, no es igual a juicio de reprochabilidad; este concepto exhibe connotaciones psicológicas y por ello preferimos omitir su uso. La cita de Mezger (*Tratado de Derecho Penal*, T. II, p. 12, traducción de Arturo Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955) no debe provocar equívocos.

⁽²⁰⁾ Es obvio que este mecanismo de control nada tiene que ver con el control ético. Sobre la ingenuidad de los controles éticos para las corporaciones, Warschaver, Eduardo en *Castigar a las transnacionales*; un ensayo de futurología en política criminal. *Doctrina Penal* n° 17, 1982, p. 111.

entiéndase bien, no para sacralizarlo o para legitimar sus poleas, sino para fortalecer los mecanismos de convivencia logrados hasta ese momento; responde, con este perfil, a la dimensión simbólica y comunicativa del derecho a la que se refiere Javier de Lucas en el prólogo al libro de Vicente Ferrari²¹.

La responsabilidad social no es solo barómetro de la socialización y distribuidor de responsabilidades sociales²²; este rol es visible pero no está aquí su límite; actúa como árbitro ideológico en la colisión de bienes jurídicos fundamentales e intereses particulares (corporaciones o sociedades), a partir de la primacía de los primeros sobre los segundos, del conglomerado social sobre uno de sus componentes²³. Es cierto que esta formulación integra el concepto de control esbozado antes pero, aquí, está referida al acto concreto, al suceso puntual; con otras palabras, reviste el carácter de una categoría singular.

III- Tipo de Responsabilidad Social

Así como en la doctrina penal tradicional se han estructurado el tipo de injusto y el tipo de culpabilidad para diferenciar planos de análisis, también en el diseño

que propugnamos se puede utilizar idéntica subdivisión; es claro que los dos tipos se hallan interconectados, modo tal que en su conjunto responden a un sistema homogéneo, apto para resolver los conflictos.

¿Y cuál es la clase de relación? Utilizando un principio conocido, manejado habitualmente en el derecho penal convencional, se trata de una relación de subsunción, donde el tipo de injusto exhibe un perímetro más reducido y el de responsabilidad social aparece con una dimensión mayor; éste lo abarca pero no lo descodifica pues, obviamente, la responsabilidad social se construye como juicio de totalidad a partir del tipo de injusto; está un escalón arriba. Sólo cuando el conflicto no ha podido ser resuelto mediante la aplicación del concepto abarcado por el perímetro menor, surge la necesidad de acudir al tipo de responsabilidad social. No estamos, por consiguiente frente a un tipo más completo —la completitud también se da en el tipo de injusto con su faz positiva y su contracara negativa— sino ante un tipo de mayor dimensión; es esta la nota que fija sus límites.

La acción institucional es el hilo conductor que recorre los dos ámbitos; de aquí la importancia de subrayar la naturaleza cualitativamente distinta de la que registra la acción humana. Es el soporte del tipo de injusto —en el tipo y en la antijuricidad— y también soporte de la responsabilidad social; en tanto, en el tipo de culpabilidad de la doctrina dominante, los elementos subjetivamente considerados (Jescheck) o el defecto de motivación (Jakobs), ambos vinculados con el aparato psíquico, se convierten en el eje de la categoría, en el sistema aquí propugnado, la acción institucional es la plataforma sobre la cual se erige el edificio, o, dicho con otras palabras, es el hecho fundante tanto de la responsabilidad social como del tipo de injusto.

La referencia al modelo conceptual que examinamos quedaría incompleta si

⁽²¹⁾ *Funciones del derecho*. Trad. de María José Añon Roig y Javier de Lucas Martín. Ed. Debate. Madrid 1989 p. 15. Sobre el papel de la punición nos detendremos en otro trabajo posterior.

⁽²²⁾ Expresión de Jakobs, Gunter. *Derecho Penal*. Parte General. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid. 1995, p. 587.

⁽²³⁾ En la conocida división entre infraestructura económico-social y superestructura nuestro análisis se refiere a éste segundo nivel; es parte de la napa ideológica para un estudio sobre las articulaciones entre ideología y derecho ver García Barceló, Abel. *Sociedad y Derecho*. Ediciones Estudio, Bs. As., 1979, p. 207 y ss., en especial 253 a 262.

no determináramos la ubicación de la llamada faz negativa, es decir, las causales que conducen a la no responsabilidad o su disminución; podríamos escoger, por su difusión actual, la división entre tipo positivo y tipo negativo, sinónimo este último de tipo de exculpación²⁴, incluyendo en el primero el acto de desviación y la exigibilidad de otra conducta y, en el segundo, las causales que generan la eximición o la aminoración de responsabilidad social. Sin embargo, preferimos mantener un concepto unitario de tipo total, indiviso, donde las circunstancias que obstaculizan la exigibilidad de otra conducta se inserten como un componente más del modelo utilizado para la valoración final; de otro modo, corremos el riesgo de incurrir en un serio error metodológico pues los obstáculos de que hablamos reconocen una premisa previa: excluyen el error de prohibición (el denominado directo), es decir, que una excusa de esta naturaleza no gravita del mismo modo sobre la exigibilidad de otra conducta como pueden hacerlo otras. Esta inexigibilidad seccionada impide la simetría requerida para la dualidad tipo positivo – tipo negativo a la que se refiere la doctrina actual.

El tipo de responsabilidad social tiene, pues, modalidades propias; de un lado, es asimétrico; del otro, resuelve los conflictos que no pueden ser solucionados en la esfera del tipo de injusto institucional; la presencia de un error inevitable sobre un componente descriptivo (fáctico) del tipo o de la justificante no requiere la discusión acerca de la exigibilidad de otra conducta pero, esta aparece como insoslayable cuando ese error es evitable o gira en torno de un elemento normativo. Estas reflexiones nos convencen de la conveniencia de no recoger el tradicional paralelismo manejado por la teoría del delito convenci-

onal; en nuestro esquema, no resulta útil para clasificar su composición.

La propuesta teórica de un tipo de responsabilidad social suscita, inexorablemente, una cuestión ya discutida en la órbita del tipo de culpabilidad; nos referimos a la cuantificación de la responsabilidad social y los patrones idóneos para mensurarla. Ya hemos anticipado que los elementos de la responsabilidad social son la atribuibilidad y la exigibilidad de otra conducta; la ausencia de alguno de ellos genera consecuencias en el juicio de valoración final, sea para determinar la falta total de responsabilidad –excluido el caso de error de prohibición– o para amenguarla según el baremo de lo exigible que se aplique, (este criterio, como se verá más adelante solo rige respecto del segundo elemento pues la atribuibilidad sólo admite un anverso absolutamente rígido, propio de su estructura; aquí, sí, “responsable-no responsable”).

La sola mención de las consecuencias nos autoriza a decir que la responsabilidad social es perfectamente cuantificable, es decir que acepta una mayor o menor intensidad de reprobación; y es forzoso que así sea porque la exigibilidad de otra conducta, su apoyatura decisiva, no es un patrón tabulado; es un principio circunscrito a cada acto de desviación de la persona jurídica en un contexto situacional determinado; pero, el punto conflictivo, de mayor entidad, no reside en el reconocimiento de diferentes grados de intensidad de la reprobación sino en hallar pautas razonables para mensurarla, y éste es uno de los problemas casi insolubles del sistema penal ordinario; no tiene porqué ser disímil en el área de las personas jurídicas.

IV– Elementos

Punto de partida insustituible para conformar la responsabilidad social es definir la atribución del injusto institu-

⁽²⁴⁾ Jakobs utiliza esta denominación, *op. cit.*, p. 596.

cional, reconocer el acto concreto que debe ser cargado a la persona jurídica como autora—acto propio—o, con palabras de Maurach, verificar la relación jurídicamente desaprobada del ente con su acto típico y antijurídico²⁵. Aparece así la atribuibilidad, que junto con la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho, constituyen — a nuestro entender— los dos pilares sobre los cuales habrá de elaborarse el juicio de reprobación final.

1— Atribuibilidad

Este primer peldaño tiene semejanza parcial con la categoría del mismo nombre instrumentado hace varias décadas por Maurach y Jimenez de Asúa, y remozada en la actualidad por Bacigalupo; el parentesco reside en que se determina la “mismidad” (Jimenez de Asúa), en primer lugar, y, en segundo término, en que se autonomiza la imputación²⁶.

Respecto del primer lazo, se atribuye a la persona jurídica su acto típico y antijurídico, es decir, la infracción dañosa, porque las acciones y omisiones que la causan proceden de la “mismidad” del productor²⁷; con relación al segundo, se autonomiza la imputación —ya como conducta desaprobada jurídicamente— de la responsabilidad final; la persona jurídica, realizada la acción institucional típica

y antijurídica, ya está en condiciones de responder a las resultas del acto²⁸.

Sabemos de los apoyos y críticas que esta categoría ha recibido en el ámbito de la doctrina penal pues en el trasfondo de la polémica está la sombra de la peligrosidad²⁹ pero, en la esfera de las personas jurídicas, la atribuibilidad se impone fundamentalmente por dos razones: la primera es la necesidad de discriminar prolijamente las acciones estrictamente institucionales de las acciones personales que obligadamente intervienen en la realización del delito; no olvidemos que unas y otras son ejecutadas por seres humanos. La segunda es la posibilidad de que un mismo protagonista revista roles diferentes, es decir, actúe a título personal o en representación del ente colectivo, situación que se complejiza a través de distintas variantes, como veremos después³⁰.

Estas razones, en verdad interconectadas entre sí, demuestran que la persona jurídica, para estar en condiciones de responder a las resultas del acto debe coetáneamente purificar la imputación; sin esclarecer la atribuibilidad, desaparece la posibilidad de construir la exigibilidad. Esta decantación necesariamente nos lleva de la mano al tratamiento de dos problemas: primero, el examen de una zona común con el tipo, donde la imputación objetiva juega un papel preponderante en casos conflictivos de asignación de riesgos

(25) Maurach Reinhart, *Tratado de D. Penal*, T. II, Trad. Juan Córdoba Roda. Ediciones Ariel Derecho. Barcelona, 1962, p. 34.

(26) Maurach, Reinhart, *op. cit.*, ps. 31 y ss; Jimenez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, T. V, Ed. Losada, Bs. As., 1956, ps. 20 y ss; Bacigalupo Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Ed. Temis. Ilanud. Bogotá 1984. ps. 138 y ss. En la 3era edición de *Lineamientos de la Teoría del delito*, Hammurabi, Bs. As., 1994, el autor varía el tratamiento en ps. 123 y ss.

(27) Hemos trasladado casi literalmente las palabras del maestro español, *op. cit.*, p. 36.

(28) Expresión de Maurach, *op. cit.*, p. 34.

(29) Recordemos que la atribuibilidad permite ingresar a los inimputables y al niño en el sistema penal; sin necesidad del reproche, se puede aplicar la medida de seguridad; *op. cit.*, p. 34 y ss.

(30) La atribuibilidad en el esquema teórico puede no coincidir con el régimen de imputación que se establezca en un sistema legal. Para las propuestas sobre el régimen legal, ver Righi Esteban y *Derecho Penal Económico Comparado*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1991. p. 263 y ss.

y distribución de roles; segundo, la posibilidad de que, ausente algún ingrediente de la atribuibilidad, resulte prescindible el abordaje de la exigibilidad y, por ende, quede verificada la falta de responsabilidad social sin acudir al desarrollo de todo el esquema.

A.a. Conexión con la imputación objetiva. Asignación de riesgos

En un trabajo anterior³¹ hemos anticipado que la imputación objetiva puede ser utilizada, en nuestro esquema, como correctivo de la insuficiencia de la teoría de la adecuación o de la relevancia, con el objeto de decidir en ciertos casos límites la verificación de la tipicidad en los delitos de resultado mediante ciertos parámetros de imputación extraídos de la propia norma, pero que la nota saliente en el campo de las personas jurídicas reside en su rol bivalente: como correctivo del tipo y, además, como eje de la atribuibilidad³².

Para entender esta proposición es conveniente que nos detengamos en algunos de los rasgos de la imputación objetiva en el plano correctivo del tipo que resultan imprescindibles para su proyección en el ámbito de la atribuibilidad; aún cuando este tratamiento puede aparecer como un retroceso metodológico, no cabe otra alternativa si pretendemos una explicación racional.

Es cierto que, de la profusa bibliografía existente en la actualidad sobre imputación objetiva, no se extrae claramente si

se trata de un desarrollo de la teoría de la tipicidad —como lo sostiene el agudo Gimbernat³³— de un problema de antijuridicidad³⁴, o de un sistema teleológico-funcional con pretendida universalidad³⁵ extendido hoy a diversos ámbitos de la teoría del delito³⁶ pero es cierto, también, que hay lograda coincidencia en que la teoría de la imputación objetiva abarca un conjunto de criterios derivados de la naturaleza de las normas jurídicas aplicable para la determinación del nexo entre acción y resultado, cuando la relación de causalidad resulte insuficiente en ciertos casos o, sustituyéndola lisa y llanamente, en otros. Este perfil parece estar ya fuera de discusión.

La trascendencia de este nuevo mecanismo teórico no reside, a nuestro entender, en que se ha superado definitivamente el plano naturalístico de la relación causal en el tipo objetivo, sino en la incorporación, con categoría oficial, de un componente que en la teoría tradicional ya estaba implícito en la acción y en el resultado y, porque no decirlo, en las propias entrañas del bien jurídico; nos referimos al riesgo, que como es sabido, aparece con personalidad propia en el sistema penal contemporáneo. Los criterios elaborados por Roxin, aún aquellos que no hacen referencia directa al riesgo³⁷ como el denominado “ámbito

⁽³¹⁾ La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación. *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*. Ed. en homenaje a Ricardo C. Nuñez. Nueva Serie, n° 1, 1995. Universidad de Córdoba, p. 53 y ss., *cit.*, nota 1.

⁽³²⁾ En el citado trabajo hablamos de la atribuibilidad como presupuesto de la responsabilidad; hoy, preferimos denominarlo elemento pues se ajusta certeramente a la estructura que diseñamos para esta categoría.

⁽³³⁾ ¿Qué es la imputación objetiva? *Estudio de Derecho Penal*. Tecnos, 3era Ed. Madrid 1990, p. 217.

⁽³⁴⁾ Bustos Ramirez, Juan. *La imputación objetiva en Bustos Larrauri*. Ed. Temis. Bogotá 1989, p. 29 y ss.

⁽³⁵⁾ Martínez Escamilla, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Edersa, Madrid, 1992, p. 30.

⁽³⁶⁾ Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, 3era Ed., Hammurabi. Bs. As., 1994, p. 72.

⁽³⁷⁾ Roxin, Claus; Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Ed.

de protección de la norma”, “pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma penal”, y “realización del plan” reconocen, todos, un baremo de mayor o menor riesgo en la realización de la acción, en la producción del resultado o en la afectación del bien jurídico. Con independencia de las controversias que pueda suscitar una óptica sistemática, o la solución de los casos mediante los cuales ejemplifica el penalista alemán, lo importante es observar que el riesgo aparece como la última “ratio” dirimente de los conflictos planteados; se convierte, en definitiva en un patrón para la problemática de interpretación. Esta premisa inicial justifica, por sí misma, el transporte de esta aportación teórica al ámbito de las personas jurídicas como se observará en las diferentes hipótesis planteadas.

Pero es cuestión previa adoptar un concepto de imputación objetiva que permite clarificar el traslado. En primer lugar, determinar si el ámbito de la imputación objetiva del resultado con sus tres condiciones —que el autor haya provocado el resultado de modo causal con su actuación; que haya creado un peligro desaprobado y que en el resultado se realice ese mismo peligro desaprobado— está limitado al círculo del resultado o si, al contrario, incluye también las secuencias de la acción, tal cual lo sostiene Frisch en un trabajo reciente³⁸. Para nosotros, en el ámbito de la teoría del delito tradicional, es de toda evidencia que la creación de un peligro desaprobado no puede ser patrimonio exclusivo de la esfera del resultado, pues ello significaría desconocer la importancia de las condiciones personales del autor —centro neurálgico del injusto personal— y del propio

contexto en que se desarrolla el proceso de producción; nada hay en el resultado que no se haya generado en la acción, aún cuando en el itinerario se incorporen o adicione otros componentes extraños. En verdad, la aceptación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos de resultado solo tiene sentido si se contempla la acción como parte de su plataforma o, dicho de otro modo, si se la estructura a partir del conjunto del tipo objetivo y no de su último tramo; repitiendo una afirmación del autor alemán antes citado³⁹, es necesario, antes que nada, rectificar en el plano teórico la ubicación de la imputación objetiva si es que se pretende instrumentar la creación del riesgo desaprobado como un patrón normativo de valoración.

Entendida ya la unidad acción-resultado —conjunto del tipo objetivo— como primer paso, resta un segundo: determinar si el traslado de esta concepción a la esfera de la acción institucional exhibe notas específicas, componentes diversos de los que se observan en la acción humana aprehendida por el tipo tradicional, teniendo siempre como mira, obviamente, que el riesgo considerado por la imputación objetiva no es una magnitud autónoma sumada al comportamiento, sino una cualidad ínsita en el tipo.

Si recordamos que la acción institucional registra una naturaleza cualitativamente diferente, —verificada a través de la tríada ya examinada en otro trabajo⁴⁰— y que actúa sobre bienes jurídicos como el medio ambiente y el orden económico, fácil es colegir que el riesgo no puede ser apresado con las mismas pinzas que usa la teoría del delito; no se trata de negar que muchas de estas lesiones a esos bienes jurídicos pueden ser realizados por individuos aislados, y por tanto, en nada se diferenciaría esta situación de la que proviene de acciones típicas

Reus SA, Madrid 1976, ps. 128 y ss. Bustos Larrauri. *La imputación objetiva*. Ed. Temis. Bogotá, 1989, ps. 78 y ss.

(38) Frisch Wolfgang; *Tipo penal e imputación objetiva*, Cap. III, trad. Carlos Perez del Valle, p. 92 y ss.

(39) Idem, ps. 94 y 95.

(40) *De las penas cit.*, nota 1.

ordinarias, sino de subrayar que el volumen del riesgo es diferente cuando es la actividad de las personas jurídicas la que lo produce; pensemos, por ejemplo, en los hechos de contaminación conocidos⁴¹ o en las administraciones fraudulentas de grandes bancos donde nunca habrá una respuesta satisfactoria sobre los alcances del peligro producido por el comportamiento.

Esta distinción cuantitativa entre el riesgo de las acciones individuales y el de las institucionales —que se transforma en cualitativa porque el riesgo es difuso y, por tanto, incapsulable perimetralmente— se refleja en cada uno de los problemas planteados por la teoría contemporánea de la imputación objetiva⁴². Comencemos por la clásica división entre riesgo permitido (inherente a la vida social normal) y riesgo desaprobado. Aquí no cabe duda que el ordenamiento jurídico, históricamente, ha valorado de modo diverso los riesgos para la salud de la población originados en la producción, distribución y consumo de los productos, y los generados por la actividad industrial en relación con el ecosistema; muchas de las secuelas del uso de las máquinas de vapor o de la energía eléctrica, consideradas en sus inicios como aprobadas socialmente, pertenecen hoy al rubro deslegitimado, y seguramente, buena parte del peligro ocasionado en la actualidad por la utilización de la energía atómica o la termodinámica ingresará en la categoría del riesgo desaprobado. En nuestro esquema, esta relación contrapuesta —reflejo de

una más amplia entre desarrollo y ambiente— debe ser resuelta, en los casos conflictivos, de conformidad con la formulación antes mencionada: el riesgo será desaprobado si la persona jurídica es la que actúa como protagonista.

La problemática se traslada, obviamente a la distinción entre riesgo permitido y riesgo desaprobado en los llamados delitos de resultado tardío; nos referimos a los casos en que, después de la lesión primaria, transcurrido un tiempo, se producen otras consecuencias conectadas con el primer impacto; es el ejemplo de las explosiones atómicas, donde adicionado al daño, se crea un peligro latente, difícil de dimensionar, con resultados que se concretizan en lapsos diferentes, lejanos al primer envío. Sin duda, el pronóstico se hace más complejo que el elaborado en la esfera de las acciones individuales, donde la teoría tradicional resuelve la contienda con el apartamiento del resultado por ausencia de la dimensión temporal de la imputación⁴³, o sea, por la no integración del resultado tardío en el peligro desaprobado. Innecesario resulta decir que nosotros propugnamos la contraria.

Ecuación harto compleja se presenta en los casos que denominamos de consecuencias ulteriores externas (en el derecho penal convencional, el “shock” traumático en la familia cuando se lesionan bienes individuales). Aquí resulta aún más dificultoso el traslado a las acciones institucionales; por ejemplo, en los delitos económicos, ¿como determinar el límite entre los riesgos que corresponden al resultado interno —circuito del bien jurídico orden económico— y los que pertenecen al sector externo? La solución invocada por la teoría tradicional, que acude al ámbito de protección de la norma, no parece tan diáfana en esta situación ya que el conflicto no reside en la valoración sino en el sustrato material sobre el que

(41) En la nota 1 del artículo publicado en “La responsabilidad” p. 869 —ver nota 1 de este trabajo— citamos casos conocidos: entre otros: Saveo (1976); Bophal (1976); El Amoco Cadiz, (1989); Exxon Valdez (1971).

(42) Frisch expone en el libro ya citado una especie de inventario de problemas vinculados con la noción del riesgo. Algunos de los mencionados en este trabajo son consecuencia del esquema ideado por el penalista alemán. p. 58.

(43) Frisch. *Op. cit.*, p. 43.

ella se apoya (la ubicación del riesgo). A nuestro entender, el volumen del riesgo, aún el generado en el sector externo, debe incidir en la aplicación de la imputación objetiva, salvo que claramente las secuelas riesgosas sean ajenas a la esfera de actuación de la persona jurídica; con otras palabras, la valoración no arranca del ámbito de protección de la norma, sino a la inversa; el acento recae sobre el volumen del riesgo.

En el catálogo de los llamados riesgos conflictivos del derecho convencional —difícil determinación de su vínculo con el resultado— cabe anotar el denominado “comportamiento alternativo ajustado a derecho”. Pensemos en el supuesto de un acto de contaminación realizado por una empresa química que genera un riesgo para el medio ambiente, al exceder en un punto el límite establecido por la regulación pertinente y que, de haber actuado con la diligencia debida, hubiera podido neutralizar el efluvió. Posteriormente se comprueba que la contaminación igualmente se habría producido porque, aún cuando el ente hubiese actuado ajustadamente conforme a derecho, la toxicización no se habría evitado.

En los ejemplos equivalentes del derecho tradicional, mayoritariamente en el análisis de la negligencia, buena parte de la doctrina afiliada a la imputación objetiva, alega aquí la ausencia de una realización del riesgo prohibido en el resultado, no obstante la inobservancia del cuidado, por lo cual el sujeto queda impune⁴⁴. En los delitos contra el medio ambiente y el orden económico la óptica es otra; la polémica queda resuelta “ab initio” porque, tratándose de un bien jurídico colectivo (difuso) está siempre presente, al margen de la realización del riesgo, un aumento de éste. La especificidad de la acción institucional vuelve, aquí, a suministrar una solución diversa.

De igual modo debe despejarse la ecuación respecto de los denominados, en la teoría del delito, riesgos residuales (vgr. los dolores con posterioridad a la herida recibida), secundarios —mala praxis en el hospital, después de haber sido víctima de un disparo— o de terceras consecuencias, de estrecha similitud con los llamados de resultado tardío y de consecuencias alternativas externas. En todos estos casos, que remiten en verdad al problema de la división entre riesgos de la vida social y los desaprobados socialmente, parte de la doctrina acude a la suma de criterios normativos para resolver el conflicto⁴⁵. En la esfera de los delitos económicos y ambientales, sin excluir los criterios adicionales, parece visible que el volumen del riesgo es el mecanismo más convincente. Si ejemplificamos con el delito de monopolio, observaremos que el peligro para la supervivencia de industrias conectadas con las directamente afectadas por la acción (residual), o el que se produce posteriormente por decisiones equivocadas de los entes públicos encargados de contrarrestar la conducta monopólica (secundario), o el que genera en un sector social que no puede acceder al producto objeto de la concertación monopólica (tercera consecuencia), solo pueden ser concebidos a través de la consideración del volumen de riesgo.

Sin duda, que la constelación de problemas es incompleta, pero suficiente para acordar en que la acción de las personas jurídicas exhibe notas especiales que deben ser contempladas a la hora de optar por los diferentes criterios normativos. En los comportamientos delictivos del área tradicional, no obstante la idoneidad de las acciones para provocar riesgos desaprobados, la mayoría de estos riesgos ingresan en la órbita de los riesgos generales de vida; al contrario, en las acciones institucionales la proporción entre riesgos

⁽⁴⁴⁾ Idem, p. 52.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, p. 57 y ss.

de relevancia típica y los marginados de ella, es diversa; la sobredeterminación que ejerce el interés económico modifica el cuadro de proporciones; el ámbito vital (producción industrial, comercio, relaciones financieras, medio ambiente) en que se realizan ciertas actividades, eleva la magnitud del peligro, genera una capacidad o aptitud superior para desencadenar procesos causales lesivos.

Aunque parezca repetitivo, el volumen de riesgo es el dato de la realidad que acompaña permanentemente la acción institucional; por ello se convierte en el parámetro idóneo para resolver los conflictos planteados por la imputación objetiva.

A.b. Distribución de roles

Hasta aquí la teoría de la imputación objetiva en el plano correctivo del tipo para entender su primer rol como mecanismo coadyuvante en la interpretación de los tipos penales en referencia directa a la especificidad del riesgo en las acciones institucionales; es, dijimos, una zona común con la atribuibilidad por la confluencia de ambas categorías en la necesidad de asignar riesgos. Pero, como lo anticipamos, juega un segundo rol decisivo en otro sector de la atribuibilidad, en el que podríamos denominar zona de distribución de roles.

Cuando nos enfrentamos con las acciones institucionales advertimos que muchas veces no es tarea sencilla determinar a quien se atribuye la conducta y concomitantemente, el riesgo que la acompaña; las acciones de las personas jurídicas son ejecutadas por seres humanos. Se allana el camino cuando la decisión se ubica en el acuerdo del órgano pero los obstáculos emergen cuando, a partir de ese momento, se acumula una serie de actividades que bien puede responder a los lineamientos de la decisión o transformar su itinerario; actúan no solo directores

o apoderados sino, también, empleados o terceros extraños al ente con el agregado que, en determinadas ocasiones, un mismo protagonista —vgr. director— inserta su cuota personal en el desarrollo de la acción delictiva. Se trata, en suma, de problemas conflictivos de las llamadas “desviaciones del curso causal o de las delimitaciones entre autoría y formas de la participación que, a nuestro juicio, deben ser resueltas mediante un baremo adicional, extraño de la propia naturaleza de la acción institucional; nos referimos al beneficio, generado por el interés económico. Se trata, en suma, de un criterio normativo más, característico de la actuación de la persona jurídica que amplía el ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva.

Las variantes son numerosas y, seguramente, algunas quedarán fuera del inventario; nuestra pretensión alcanza a las más conocidas.

a') En las acciones institucionales delictivas habituales (“normales”) la distribución de roles no requiere, va de suyo, el apoyo de la imputación objetiva —(establecida, es obvio, la conexión con la acción-resultado). La actuación de directivos o empleados es emanación clara de la voluntad social dolosa o de la decisión negligente de la sociedad, tanto en los comportamientos comisivos como en los de omisión. Las acciones individuales, pertenecientes a la esfera personal de cada interviniente, como es sabido, son desplazadas hacia el área del sistema convencional.

b') La distribución de roles se oscurece cuando nos adentramos en la problemática de la descentralización de la empresa; en las grandes corporaciones es conocida la división entre el poder de decisión y la dirección fáctica junto a la existencia de diferentes instancias jerárquicas, de arriba hacia abajo, y la fungibilidad del personal que generan muchas veces lo que Schünemann deno-

mina vacío de imputación⁴⁶; es sabido también que la ubicación de los funcionarios en la escala jerárquica no se corresponde, en numerosas ocasiones, con la incumbencia de funciones que cada uno tiene asignada⁴⁷ lo cual complica los espacios de garante de las diversas instancias. La clarificación de los lazos de imputación se convierte así, en una condición "sine qua non", previa al análisis de la exigibilidad de otra conducta, tarea en la cual la imputación objetiva —a través del parámetro beneficio— aparece como el instrumento idóneo para determinar, en definitiva, cuáles son los actos que corresponden a la persona jurídica y cuáles los que se ligan con el área personal de los funcionarios o de terceros; si el provecho favorece al ente colectivo, está clara la decisión.

c) Es casi obvio afirmar que la mayoría de las actividades delictivas de las sociedades se realizan al margen de las imposiciones del estatuto⁴⁸; exceden sus

límites. Pero el comportamiento de los directivos puede obedecer a sus intereses personales; la representación les sirve como pantalla para su finalidad delictiva y los beneficios no ingresan al patrimonio de la empresa, sino a sus arcas. Sin embargo, existe la posibilidad de que la empresa recoja algún provecho; en estos casos la presencia del beneficio permite la atribución de la acción al ente colectivo; el interés económico es la aguja que marca la distribución de roles.

Idéntico criterio rige para las hipótesis, no infrecuentes, en que actúe un grupo de directores sin satisfacer el número necesario para obligar a la sociedad, o un apoderado con facultades incompletas, o un alto funcionario —gerente— sin representación pero que en el contexto situacional se exhibe como la cara de la sociedad (vgr. concentración monopólica o acto de polución); en la práctica social, es uno de los caminos elegidos para generar el pretexto de ajenidad de la empresa al hecho ilícito.

No es improbable que la génesis del comportamiento delictivo provenga de una decisión institucional tomada con la anticipación requerida a la realización del acto, pero puede suceder también que los ejecutores cuenten en sus planes con la futura ratificación de la empresa. Para la distribución de roles, la variante carece de importancia; el beneficio es el elemento determinante de la imputación sin perjuicio de que, en el segundo supuesto, el problema de la exigibilidad —y por ende de la responsabilidad social— se traslade al área de la conducta negligente de la empresa por ausencia de control de sus subordinados.

No se nos oculta que las variantes enumeradas son susceptibles de solución en el marco de la interpretación del tipo o —como decimos en un párrafo anterior— de la autoría y participación; pero la búsqueda de un concepto abarcativo de la atribuibilidad nos convence de la necesidad de acudir al auxilio de la impu-

⁽⁴⁶⁾ Schünemann Bernd ¿Qué ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? en *Jornadas sobre la "reforma del Derecho Penal en Alemania"*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1991, p. 39.

⁽⁴⁷⁾ Sobre la faz organizacional de la empresa, ver Baigún David, art. cit. nota 1 en *De las Penas*.

⁽⁴⁸⁾ Los sistemas legales siguen diferentes criterios. El Anteproyecto del Organismo Judicial de Guatemala (1991) establece (art. 47) que la imputación se realizará "cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de su negocio". No prevé el beneficio. El nuevo Código Penal de Francia, (art. 121-2) establece que las personas morales son responsables por infracciones cometidas por su cuenta, órganos o representantes. "Pour leur compte", significa en su beneficio; ver J. Borricard *Pour une responsabilité de tous les groupements?* Annales Fac. Droit Clermond Ferrand, fsc. 18, 1981, p. 143.

tación objetiva para resolver los casos límites en que la distribución de roles no exhibe la prolijidad que una categoría normativa lo requiere; obviamente, este manejo selectivo de los roles no implica interferir o avanzar en el campo del derecho penal convencional donde el papel de cada sujeto actuante se rige por las reglas ya conocidas.

B- Exclusión de atribuibilidad

La conducta típica desaprobada es la base de atribuibilidad. Ya hemos señalado que en los casos en que se recurre a la imputación objetiva para resolver algunos conflictos de interpretación para la asignación de riesgos, la aplicación de esta teoría se realiza en el plano correctivo del tipo aunque se proyecte sobre la atribuibilidad. El análisis de la ausencia de riesgo pertenece, por consiguiente, a la faz negativa del tipo de injusto institucional y no al tipo de responsabilidad social.

En cambio, es genuino terreno de la atribuibilidad el examen de las condiciones que actúan sobre la distribución de roles y generan la ausencia de la categoría. No son exhaustivas, no configuran un cuerpo cerrado; desde un punto de vista teórico es suficiente que influyan sobre la no determinación de la asignación a la persona jurídica para satisfacer la calidad de condición de no atribuibilidad; es el ejemplo de la falta de un beneficio económico, en el área de la descentralización de la empresa cuando, examinadas las distintas instancias, se concluye que la persona jurídica es ajena al entrecruzamiento de las relaciones producidas o, de igual modo, cuando el provecho está ausente no obstante el acoplamiento de las acciones personales y las institucionales.

Debemos subrayar que el enfoque teórico puede no corresponderse con el que se implementa en un sistema legal; es

posible, verbigracia, establecer en este último, como causal de no atribución, la falta de inscripción de una persona jurídica, cuando en otro plano, se encuentran reunidos todos los componentes de la acción institucional o, a la inversa, decidir la imputación de una sociedad monoaccionaria o de la instrumentada exclusivamente para acciones delictivas cuando ónticamente no responden a la naturaleza de la acción institucional. Son razones de política criminal, como dijimos en otra ocasión⁴⁹, las que determinan la estructura del sistema normativo pero ello no nos debe llevar a confundir atribución legal con atribuibilidad (campo teórico).

El resultado de la operación intelectual sobre la no atribuibilidad está a la vista; se hace innecesario acceder al segundo escalón: la exigibilidad de otra conducta, componente que trataremos en seguida.

2- Exigibilidad de otra conducta

En un trabajo reciente, Bustos Ramirez⁵⁰ sugiere que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede construir dogmáticamente (teoría del delito) a partir de la problemática de la participación, y de la exigibilidad de conducta en el sujeto responsable. Dejemos para otra oportunidad la discusión sobre la primera apoyatura, pero convengamos en que la exigibilidad de otra conducta se inserta perfectamente en la categoría de la responsabilidad social por nosotros propugnada.

Comencemos por señalar que no exhibe las mismas características que le asigna la teoría tradicional. Para algunos auto-

⁽⁴⁹⁾ Ver *De las Penas*, cit. en nota 1. Ver además nota 30 de este trabajo.

⁽⁵⁰⁾ La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en *El Derecho Penal*, Hoy. Editores del Puerto SRL, Bs. As., 1995, ps. 24 y ss.

res⁵¹, la exigibilidad de un comportamiento ajustado a la norma es un principio regulativo aplicable en el área de las causas de exculpación (disculpa) en especial referencia al estado de necesidad exculpante, el exceso en la legítima defensa y la coacción o miedo; si la culpabilidad exige que el reproche se origine en la formación de la voluntad en el “poder haber actuado de otro modo”, en estos casos el autor pudo haber obrado de otro modo y sin embargo se lo exime de la pena, o se la atenúa. La no exigibilidad actúa como instrumento de salvamento para evitar o morigerar las consecuencias del reproche.

Para otro sector⁵², la no exigibilidad es una causa general de inculpabilidad, sinónimo de causa supralegal de la exculpación, o género de ésta última especie, pero vinculada siempre con la preponderancia del motivo en la conciencia del agente.

Es casi generalizada la opinión de que la cláusula de no exigibilidad no es un requisito, elemento o componente de la culpabilidad sino un “carácter exclusivamente negativo”⁵³, una indulgencia o dispensa del derecho conforme a ciertas circunstancias; la culpabilidad queda satisfecha con la constatación de la imputabilidad y la conciencia del injusto⁵⁴.

No deseamos extendernos en cuestiones ya conocidas de la teoría del delito que registran, además, abundante bibliografía. En el esquema que proponemos la exigibilidad de otra conducta pertenece, sin duda, a un patrón general del derecho, —la existencia de un ordenamiento impli-

ca ya la lealtad a la norma— pero actúa aquí como un principio limitado a un comportamiento determinado a una conducta circuitada que, por razones de nomenclatura, denominamos desviación o apartamiento. Esta desviación (soporte de hecho, objeto de valoración) es la acción institucional, que no obstante los requerimientos de los mandatos normativos, emprende otro camino; por eso el principio se formula como exigibilidad de otra conducta en sentido afirmativo y no a la inversa, solo como recurso de salvamento o dispensa que cuando está presente excluye la responsabilidad social.

Es obvio que este planteamiento importa reconocer la presencia de una alternatividad, de una opción porque la persona jurídica pudo haber actuado de otro modo, pero este poder no se enjuicia —como dijimos tantas veces— a partir de las motivaciones psicológicas de quienes intervienen en la acción institucional (proceso de la decisión), sino del acto concreto de desviación⁵⁵.

También parece evidente que resulta superfluo la confrontación entre el acto producido y el que se debió haber realizado; en una sociedad preñada de contradicciones económicas, donde las acciones institucionales reconocen como ariete fundamental el interés económico, el único modelo apto es el que se desprende de las regulaciones legales. Sería pecado ingenuo de nuestra parte reproducir aquí las coordenadas tradicionales de una parte de la doctrina, que construye para la comparación, un baremo teórico en torno “al poder medio”, “al

(51) Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosch, Barcelona, 1981, T 1, p. 655 y ss.

(52) Jimenez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Losada, T. IV, ps. 932 y ss.

(53) Bustos Ramirez, Juan, *Manual de Derecho Penal cit.*, p. 336, ver nota 5.

(54) *Idem*, p. 336 y 337.

(55) Jakobs (*op. cit.*, p. 645), en referencia a la capacidad de culpabilidad propone, en lugar de la pregunta ¿Pudo comportarse de otro modo no?, ésta otra: ¿Es responsable el autor por no haberse comportado de otro modo?. En verdad, la segunda interrogación es una consecuencia derivada de la respuesta a la primera; por eso no nos parece razonable la sustitución.

actuar de otro”⁵⁶ cuando la denominada flexibilización es el modelo impuesto en la actualidad por los grupos hegemónicos. Por supuesto, esto no importa desechar totalmente la comparación con otras empresas de parecido potencial o importancia, como factor evaluable al momento de determinar la exigibilidad⁵⁷.

Detengámonos ahora en la conformación de la exigibilidad de otra conducta o, dicho de otro modo, en su contenido. Como lo adelantamos la desviación o apartamiento en el soporte de hecho y sobre esta situación se asienta el juicio de valor; veamos los dos aspectos por separado.

A— El acto de desviación o apartamiento

El concepto de desviación atraviesa, en una primera fase, el tamiz del tipo; sean acciones institucionales con voluntad social dolosa o decisión negligente por comisión u omisión el primer nivel de detección requiere el prisma típico. En el acto de desviación está ínsita la necesidad del conocimiento institucional, con las características que hemos puntualizado en otro trabajo⁵⁸, y la posibilidad de su contrapartida; el error, limitado a los elementos descriptivos (fácticos).

Pero en un nivel ascendente, aparece una cuestión cualitativamente diferente; ¿Es necesario que el conocimiento institucional abarque además, lo que en la teoría del delito se denomina conciencia de la antijuridicidad?. La respuesta negativa ya ha sido anticipada por nosotros en varias ocasiones⁵⁹ al referirnos a la con-

secuencia lógica de no acoger en este sistema, la categoría de la culpabilidad tradicional y a la inadmisibilidad del error de prohibición como eximente.

El conocimiento presunto de las normas es una regla de oro en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por su propia estructura y organización —estatutos, normas internas, etc.— la corporación o la sociedad anónima está obligada a contar con toda la información técnica y jurídica que requiere su funcionamiento; este dato —“información construida”— forma parte de su esencialidad, está incorporado a su sobrevivencia como persona jurídica; por eso el “arsenal de su saber” sobre las disposiciones regulativas que la afectan, es un ingrediente propio de la actuación del ente y no un elemento vinculado con la aptitud o capacidad para conocer el ordenamiento⁶⁰. La aptitud ya está definida “ex ante” del acto de desviación, lo cual no significa, naturalmente, que los mayores o menores esfuerzos del directorio por actualizarla o resolver las dudas que se suscitan en el órgano al momento de la decisión, puedan ser tomadas en cuenta en el instante de evaluar la responsabilidad social, pero esta apreciación es ajena a la fundamentación conocida del derecho penal convencional que legitima el error de prohibición mediante esas razones.

La hipótesis es harto frecuente en la vida de las corporaciones y se visibiliza claramente cuando el órgano acude al informe técnico jurídico o al consejo profesional para justificar el apartamiento; aquí, el “máximo cuidado” o la “intensi-

(56) Jescheck, *op. cit.*, p. 588 y ss.

(57) Rusconi, Maximiliano. Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación? en *El derecho penal*, Hoy., *op. cit.*, p. 80.

(58) La tipicidad, ya cit. en nota 1 p. 72 y ss, donde analizamos el conocimiento institucional como elemento de la voluntad social dolosa.

(59) Ver artículos citados en nota 1.

(60) Un argumento similar se halla en “United States v. Park” fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos. *Casos de Derecho Penal Comparado*: Hendler Edmundo y Gullco Hernán, Editores del Puerto SRL. Bs. As. 1996, p. 135. Son los elementos especiales de la doctrina alemana, difundidos por todos los textos.

dad de la preocupación” —que en verdad son elementos de un normal funcionamiento— no alcanzan para neutralizar el conocimiento presunto y solo sirven para mensurar el juicio de valor como veremos más adelante.

La propuesta no debe generar pavor; la asignación del conocimiento presunto a las personas jurídicas no está tan alejado de ciertas formulaciones del sistema tradicional; ningún investigador del derecho penal se autoflagela cuando admite que en la sociedad actual el autor de un comportamiento como el hurto, robo, homicidio o falso testimonio sabe que su hecho está prohibido por la ley⁶¹, mucho más cuando es resultado de un plan de preparación.

Esta reflexión está muy próxima de la que surge de la actividad de las corporaciones o sociedades anónimas en el campo económico o en la esfera ambiental, donde delitos como el monopolio o la evasión tributaria —en el primero— o la contaminación —en el segundo— son inimaginables sin conocimiento de las regulaciones vigentes por parte de las empresas responsables.

Es casi redundante afirmar que la información que se presume abarca el perímetro correspondiente al injusto institucional (vgr. no se le exige a una corporación pesquera que conozca las normas conectadas con la actividad agrícola)⁶². Dicho de otra manera, estamos frente al rechazo de la pretendida teoría del “versare in re illicita” pues la desviación está acotada a las consecuencias de la voluntad social dolosa o la decisión negligente, y no a cualquier resultado que se produzca más allá de su esfera.

Un problema relevante de esclarecimiento es, sin duda, determinar si el

conocimiento presunto abarca, además del orden normativo estatal, el que se conoce como orden regulativo interno, es decir, el estatuto y las restantes disposiciones que gobiernan la política del ente. Cuando hablamos de acto de desviación, sin duda, nos referimos a su contraposición con el ordenamiento externo, pero la cuestión no deja de ser importante porque, en definitiva, el orden regulativo interno se integra también el área de la prohibición y bien podría ser invocada para sustentar un error de esta índole; es más, en un sector de la doctrina anglosajona, las distintas modalidades de actuación de los directivos frente a este conflicto, son decisivas para valorar la responsabilidad penal de la persona jurídica⁶³. Nosotros, congruentes con lo que venimos explicando, creemos que el conocimiento presunto no debe hacer escisiones: el orden regulativo interno integra la naturaleza de la persona jurídica, es parte de su funcionamiento y va acoplado, por consiguiente, al acto de desviación.

El acto de desviación no siempre aparece expuesto claramente; no es una unidad sino un suceso fraccionado, lo cual dificulta muchas veces la ubicación “geográfica” del conocimiento presunto. Pensemos en el caso del capitán del barco, cargado de residuos tóxicos, que decide “per se” atravesar una zona declarada de riesgo —situación que él ignora— para favorecer los intereses económicos de la empresa, pues el desvío importa un apreciable ahorro de costo de combustible. Parece razonable, que si el directorio acepta implícita o expresamente la conducta del capitán, la presunción del

⁽⁶¹⁾ Stratenwerth, Gunter. *Derecho Penal Parte General I*. Trad. Gladys Romero. Edersa. Madrid. 1982, p. 186.

⁽⁶²⁾ En Jakobs, *op. cit.*, p. 617, “pertenece a su ámbito de organización.”

⁽⁶³⁾ Fisse Brent. The attribution of criminal liability to corporations: a Statutory Model; *The Sydney Law Review*. Volumen 13, n° 3, set. 1991. El autor estudia distintas variantes a partir del concepto de “organisational blameworthiness” (culpabilidad organizacional).

conocimiento normativo se desplace al momento en que se ordenó el cambio de rumbo aunque la decisión institucional sea posterior; sin embargo, no es ésta la solución más ajustada, pues el papel de garante de la empresa obliga a situar la presunción antes del comportamiento del capitán, es decir, antes de la confirmación institucional. Lo que nos importa, en definitiva, es advertir que no siempre existe coincidencia temporal entre el hecho real de la desviación y la presencia del conocimiento normativo, cuestión que se compagina con las formulaciones anteriores en materia de atribuibilidad.

B- Valoración de la exigibilidad

a) Enunciado. La desviación es un hecho concreto, un acto determinado en un contexto situacional; la valoración de la exigibilidad de otra conducta se refiere a ese hecho y no a un modelo abstracto que actúa como paradigma. Verdad sabida es la exigencia de actuar conforme al derecho, en lugar de adoptar una actitud contraria; es una fórmula genérica, común a todas las prácticas sociales y que, por tanto, nada define. Una categoría, como la de responsabilidad social, que pretende tener patente propia en el sistema, quedaría vacía si la construyéramos con esa cláusula general.

Pero al realizar el juicio de valoración se advierte que, junto al acto objetivo de la desviación, su sola contraposición con el ordenamiento, aparecen en numerosas ocasiones, otros factores concurrentes que integran ese contexto y que pertenecen, al objeto de valoración. Son insoslayables, no sólo porque ópticamente revistan en el ámbito situacional sino, porque actúan como presupuestos de la punición; son el remedo parcial⁶⁴

de las llamadas causales de inexigibilidad que, para evitar confusiones, denominaremos en este sistema factores que impiden u obstaculizan la exigibilidad de otra conducta.

Desde un punto de vista taxonómico, la agrupación de tales factores debe alejarse forzosamente del marco de la teoría del delito tradicional, aunque la mayoría de ellos provengan de este riñón. Dos razones decisivas; en primer lugar, la naturaleza de la acción institucional y, en segundo término, el esquema diverso de imputación, con la desaparición de la culpabilidad como estrato decisivo.

Al incidir sobre la exigibilidad de otra conducta, estos factores operan como eximentes de la responsabilidad social, en unos casos, y como atenuantes o dirimientes, en otros. Esta división —ya anticipada al tratar el tipo de responsabilidad social— puede servir como eje de una primera coordenada; pero desde otra óptica, los factores pueden provenir del proceso interno de la corporación o generarse en el ámbito externo; es el origen lo que determina la razón de esta segunda coordenada mientras que en la anterior priman las consecuencias. Mediante la conjunción de ambas ensayaremos un breve inventario, con riesgo de que resulte incompleto por algún déficit de nuestra imaginación; el orden que seguiremos corresponde, lógicamente, al de los estratos que componen el sistema “ad-hoc.”

b) Los factores que impiden u obstaculizan la exigibilidad de otra conducta. Sin duda, el error juega un papel decisivo; pero además están presentes otros factores: la coacción, el miedo, la desgracia, la intervención de terceros; todos relacionados, naturalmente, con la exigibilidad de otra conducta. Ello no significa que algunos puedan ser valorados en un peldaño anterior cuando, por ejemplo, el conflicto se resuelve con solo verificar el error inevitable sobre el elemento descriptivo del tipo o de la causa de justificación; aquí, como hemos

⁽⁶⁴⁾ Decimos parcial porque en el derecho penal convencional las causales de inexigibilidad hacen desaparecer la exigibilidad. En nuestro esquema pueden provocar su ausencia o disminuirla.

explicado, estamos aún en el territorio del tipo de injusto institucional; no hemos avanzado más allá⁶⁵.

Vayamos ahora a los factores impeditivos u obstaculizantes, conforme al orden programado:

a) Error evitable sobre un elemento descriptivo del tipo o de una causa de justificación.

Cuando el error a que nos referimos es evitable, la valoración se traslada al ámbito del tipo de responsabilidad social. Y es lógico que así sea, pues la evitabilidad requiere un juicio, que ya no se satisface con la ausencia de un elemento descriptivo (circunstancias de la acción y modalidades, datos de tiempo y lugar) sino que requiere *el cómo de la formación del conocimiento institucional, la información construída*, datos conectados visiblemente con la exigibilidad de otra conducta.

Si coincidimos con este razonamiento, la evitabilidad no se puede desprender del análisis de la información construída; sin un acuerdo sobre este concepto, su valoración resulta imposible. En el derecho tradicional, la inevitabilidad o la invencibilidad, cualquiera sea la fórmula que se use, se apoya en el esfuerzo de conciencia del agente, en su interese; en el esquema que propugnamos, ausente la conciencia individual, lo que importa es el examen de los componentes que concurren a la formación de la "información construída", estableciendo si existió un déficit en esa formación o si alcanzó el punto óptimo. En el ejemplo que hemos dado antes (nota 67), si en lugar de la comunicación equivocada del organismo impositivo, la empresa maneja la información de un empleado, el déficit de la "información construída" ya no es

suficiente para justificar la inevitabilidad del error; y lo mismo se puede sostener en el supuesto de una empresa que decide arrojar al mar —en estado de necesidad— residuos nocivos que resultaron tóxicos debido a la apreciación errada de un empleado, cuando lo razonable era haber requerido la información técnica.

No es superfluo subrayar que a la formación de la "información construída" confluyen datos fácticos y componentes normativos; a los primeros pertenecen los procedimientos empleados para munirse de la información, la idoneidad de la técnica utilizada conforme a los objetivos de la empresa y el área de su competencia, los esfuerzos por mantener la actualización de saberes. Los segundos se vinculan con la actividad del órgano en función del estatuto, la completitud de la información acumulada, la importancia de los baches o huecos en este terreno —algo semejante al resto de conocimiento de la norma latente en Jakobs⁶⁶—, la procedencia de esos baches, es decir si obedece al propio comportamiento de la persona jurídica o se origina en un tercero (vgr. el poder público), la calidad del material de que se ha valido para el inventario del *saber jurídico*, dentro del cual se incluye la fiabilidad de los recursos humanos utilizados.

La conformación de la "información construída" es un instrumento útil para resolver la evitabilidad de cualquier error, con la aclaración tan repetida, que los componentes normativos se presumen incorporados en la persona jurídica, son consustanciales con su funcionamiento; el teorema se resuelve tomando en consideración "la información construída" pero poniendo el acento en la escisión entre elementos descriptivos fácticos y normativos; como observaremos en el listado de factores, el tratamiento de los llamados errores de prohibición es una consecuencia directa de esta división.

⁽⁶⁵⁾ En el artículo (La Tipicidad, p. 86 nota 1) ponemos el ejemplo de una comunicación equivocada del órgano impositivo que da lugar a un pedido de reintegro por parte de la empresa.

⁽⁶⁶⁾ *Op. cit.*, p. 675.

Ahora bien, la clasificación anotada no obstruye el cómputo del grado de relevancia de los distintos elementos; la diferenciación tradicional entre esenciales y accidentales⁶⁷ de la teoría del delito, bien puede ser trasladada aquí, aunque respetando el marco determinado por la "información construída"; el dato suministrado por el gerente general no exhibe la misma entidad que el obtenido a través de un empleado, ni tampoco pueden ser parangonados los procedimientos de alta tecnología con los que ya pertenecen al archivo histórico; la distinción entre una y otra situación no puede ser ignorada a la hora de considerar la evitabilidad del error.

Pero el interrogante principal, tanto respecto de los ingredientes fácticos, como de los normativos, reside siempre en determinar cuáles son los criterios utilizables para valorar la evitabilidad; ¿existe un patrón rígido o es necesario acudir a módulos normativos?

La respuesta bordea las mismas costas que la imputación objetiva; es posible acudir a un patrón social válido para determinar cuándo ciertas situaciones son admisibles para el diagnóstico del error o cuándo ellas no son razonables, pero este cartabón no siempre coincide con las disposiciones del ordenamiento jurídico. Al igual de lo que sucede con otras categorías teóricas, la evitabilidad está sujeta a las imposiciones y permisiones de la coacción estatal; la aceptación de ciertos errores también pertenece al campo de los actos tolerados por el Estado, de segmentos no acogidos por la coacción. Pero, desde el punto de vista teórico, la

regla se debe construir tomando en cuenta el protagonismo relevante de las corporaciones en el mundo actual, el volumen de riesgo de sus acciones y el beneficio económico como motor decisivo, o sea, claros argumentos de política criminal; la información construída en un punto óptimo aparece, así, como un instrumento de mayor rigor o severidad para dimensionar la evitabilidad en el conflicto concreto.

Volvamos a la evitabilidad del error sobre un elemento descriptivo del tipo o de la justificante. Interesan las consecuencias. Si la formación de la información es deficiente, la voluntad social dolosa queda resentida pero no desaparece; el comportamiento permanece en la órbita del tipo de decisión institucional negligente; el factor no obtura la exigibilidad de otra conducta, sólo la obstaculiza; no exime la responsabilidad social pero la traslada a un campo paralelo.

La situación no varía cualitativamente si el error que tratamos aquí se genera a raíz de un comportamiento delictivo previo. En el ejemplo dado anteriormente, bien puede ocurrir que el funcionario de jerarquía o el empleado actúen personalmente o en connivencia con otra empresa de un modo doloso con la finalidad de provocar el error en la decisión colectiva. En el plano de la política criminal, esta solución puede parecer una apoyatura de métodos perversos en el campo de la competencia; sin embargo, esta preocupación debe ceder ante el riesgo mayor que significa la deficiente formación de la "información construída", de cuyos resultados en la práctica social, da cuenta permanentemente la crónica periodística.

b'— Error sobre un elemento normativo del tipo. Ya hemos sostenido en otro artículo, que el error sobre los elementos normativos con significación jurídica merece el mismo tratamiento que el de prohibición, es decir, no actúa como

⁽⁶⁷⁾ La división entre error esencial y error accidental en el tipo, es hoy prácticamente aceptada por toda la doctrina; en lengua portuguesa, con remisión a la bibliografía, ver entre otros Silva Franco e outros. *Código Penal*, p. 51; Luiz Flávio Gomes. *Erro de tipo o Erro de proibição*. Ed. Revista dos Tribunais, 3era. Ed., 1996, p. 101.

eximente de responsabilidad social⁶⁸; y también hemos agregado que en caso de duda⁶⁹ —conflicto entre carácter descriptivo o normativo— debíamos volcarnos por este último, por razones de política criminal; estas razones ya han sido expuestas en el apartado anterior, al examinar el concepto de “información construida”.

La aserción de que el conocimiento de los elementos normativos es similar al que se tiene de todo el ordenamiento, es decir, registra la calidad de conocimiento presunto, nos eximiría de asignarle un tratamiento especial al problema. Sin embargo, la presencia de las llamadas leyes penales en blanco, de uso tan habitual en las áreas económica y ambiental, justifica alguna digresión.

Según Tiedemann⁷⁰, siguiendo las teorías conocidas, son normas total o parcialmente “abiertas” que se remiten, para ser completadas y complementadas, a normas con rango inferior a la ley (normas penales en sentido estricto) o a otras leyes (normas penales en sentido amplio). Las cuestiones intrincadas no emergen de este segundo supuesto sino del primero, circunstancia históricamente visible en los delitos económicos y ambientales.

Como es sabido, casi todas las regulaciones del campo de la economía y del medio ambiente, generalmente emanadas de órganos de desigual jerarquía, son creadas por el poder administrador; la frondosidad y la ausencia de regímenes ordenadores son moneda corriente en estas disposiciones, característica que dificulta su conocimiento por parte de la población; obviamente, el común de los habitantes las ignora y,

cada vez que se suscita un conflicto, la invocación del error de prohibición desplaza a las demás razones.

Una óptica diversa se impone cuando los sujetos son las personas jurídicas; la obligación de informarse sobre el conjunto de normas vinculadas con su funcionamiento —la información construida ya examinada— impide que la alegación del desconocimiento de una norma pueda ser esgrimida como factor que neutraliza la exigibilidad de otra conducta. Desde el punto de vista teórico no existe, por consiguiente, ninguna diferencia con el conocimiento normativo presunto, antes estudiado; las normas complementarias son parte de esa formulación.

Es cierto que en algunas ocasiones, la información construida puede verse interferida por agentes extraños a su formación; vgr. si disposiciones referidas a una materia determinada se publican en un texto totalmente ajeno (cuestiones pesqueras en resoluciones sobre ganadería); en tal caso, es evidente que la regla del conocimiento normativo presunto queda condicionada por un factor anormal del ámbito organizacional (Jakobs), que incide sobre la exigibilidad de otra conducta; la consecuencia lógica es la reducción de la responsabilidad social, que se traducirá en la mensuración de la pena.

Cabe acotar aquí que la génesis del error —provenza de la actividad de un empleado, de un alto funcionario, o de la visión del órgano— sólo gravita en la medición de las consecuencias, incide en la mayor o menor reducción, pero no va más allá; se trasladan a esta hipótesis las pautas sobre evitabilidad examinada en el apartado anterior.

c'— El estado de necesidad disculpante.

Hemos admitido en otro trabajo⁷¹ la posibilidad de recurrir al estado de necesidad justificante cuando concurren

⁽⁶⁸⁾ *La tipicidad*, ver nota 1, p. 80.

⁽⁶⁹⁾ Muñoz Conde, Francisco, en *El error en derecho penal*. Ed. Tirant lo blanch, alternativa. Valencia 1989, ps. 32 y ss.

⁽⁷⁰⁾ *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993, p. 158.

⁽⁷¹⁾ Antijuricidad y causas de justificación, aún inédito.

las condiciones conocidas de este instituto; eliminado el elemento subjetivo de la antijuricidad, es obvio que la información construída en su punto óptimo debe abarcar el conocimiento de la necesidad como requisito, sumada a las denominadas cláusulas objetivas; si el bien que se salva es de mayor valor que el que se sacrifica, el conflicto queda resuelto mediante la aplicación de la regla del parangón de bienes sin que sea menester acudir a un escalón superior (la responsabilidad social, en nuestro esquema). La solución queda circunscripta al área del tipo de injusto institucional.

¿Qué ocurre cuando los bienes en pugna son equiparables o el que se salva es de menor jerarquía que el sacrificado? Esta problemática, conocida como estado de necesidad exculpante (o disculpante), trasladada a la esfera de las personas jurídicas, tiene notas específicas, en las cuales debemos detenernos.

En primer lugar, es importante entender que los bienes jurídicos afectados —en nuestro diseño— exhiben una extensión mayor que los tutelados por el Estado de necesidad disculpante del derecho penal convencional; como es sabido, la doctrina restringe la aplicación de este mecanismo a la vida, el cuerpo y la libertad en tanto admite una flexible y generosa frontera para el estado de necesidad justificante⁷². En los delitos contra el medio ambiente y el orden económico es casi innecesario aclarar que los bienes jurídicos afectados abarcan al menos dos de los antes mencionados. Pensemos sólo en el ejemplo de una empresa que decide arrojar al mar contaminantes de mayor peso y volumen para evitar que el barco se hunda con otros de similar riesgo, o en el caso de una corporación que enajena productos medicinales vencidos para neutralizar la propagación de una epidemia que sólo puede ser combatida con ese medicamento específico. Sin negar cierta artifi-

cialidad en el segundo ejemplo, es visible que, con independencia de los bienes centrales lesionados, la vida de los tripulantes, en el primero y la salud de los ciudadanos, en el segundo, están abarcados por la tutela

En segundo término, la determinación de lo exigible requiere presupuestos previos —algunos coincidentes con el derecho convencional— sin los cuales la valoración es inviable; la persona jurídica deberá soportar el peligro si ha sido causante del riesgo inherente al estado de necesidad, exhibe el papel de garante o hubiera incumplido disposiciones regulativas propias, impuestas por el ordenamiento jurídico. La apreciación del factor obstaculizante de la exigibilidad de otra conducta solo entra en escena si la empresa no se halla obligada a soportar el peligro por las tres razones dadas, suficientemente debatidas en la teoría del delito, por lo cual nos eximimos de tratarlas aquí⁷³.

La operatividad del factor obstaculizante sólo conduce a la reducción de la responsabilidad; no genera nunca la exoneración. Los límites de esta solución dogmática son proyección de los dictados de una política criminal coherente, construída, como se dijo, a partir del protagonismo de las corporaciones, el volumen de riesgo de las acciones y el interés económico; un efecto disculpante, que alcanzara la exención, abriría las compuertas del sistema en franca contradicción con esos postulados.

d'— El exceso en la legítima defensa.

Si una persona vuelva sustancias venenosas en un río —proveedor de aguas potables, — cuya custodia se halla a cargo de una empresa, cabe la posibilidad de que esa acción sea repelida por diferentes medios racionales, si la finalidad reside en contrarrestar la agresión; este ejemplo conjetural demostraría la viabilidad del

⁽⁷²⁾ Jescheck, *op. cit.*, p. 660.

⁽⁷³⁾ In extenso— Jescheck, *op. cit.*, p. 664 y ss. En la edición traducida por José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares, Granada, 1993. p. 438 y ss.

traslado a nuestro esquema del recurso de la legítima defensa como causal de justificación. Sin embargo, para ser congruentes con la estructura del sistema, el caso debe ser desplazado hacia el área del derecho penal convencional, pues la orden de repulsa emanada de la persona jurídica afectaría un bien jurídico extraño a su actuación, es decir, excedería el campo de los delitos económicos y ambientales. La legítima defensa podrá ser invocada, pero en el contexto relacional de personas humanas, entre el agresor y el empleado o funcionario que defiende el bien jurídico.

El ejemplo propuesto no persigue otro objetivo que señalar la excepcionalidad de la aplicación de la defensa necesaria en el campo de las personas jurídicas; modificando la hipótesis, sólo si el ataque proviniera de una decisión institucional y la respuesta fuera resuelta por otra semejante podríamos mantener el diseño; una persona jurídica que agrede y una segunda que se defiende, satisfechos, obviamente, los recaudos del instituto.

Desde un punto de vista teórico, planteada la posibilidad, el tratamiento del exceso se vuelve cuestión obligada, tanto del denominado intensivo (va más allá de la medida de la necesidad) como del llamado extensivo —superación de los límites temporales— pues se debe partir, siempre, de la preexistencia de las condiciones objetivas y de la información construida (el conocimiento institucional)⁷⁴.

En el error intensivo, el yerro de la persona jurídica sobre la medida de la necesidad se puede abordar por dos caminos; si lo hipotizamos como un error similar al de prohibición indirecto⁷⁵ de la

doctrina tradicional, debemos concluir en que subsiste una cuota responsabilidad social, por un déficit de la información construida, pues ésta no alcanzó su punto óptimo. Pero si enfocamos el problema como error sobre un elemento de la justificante el resultado es equiparable porque, en este caso, estaríamos en presencia de un error evitable, sometido a las exigencias mencionadas en un párrafo anterior (a'—). Dicho de otro modo, el error intensivo nunca exonera de responsabilidad, aunque sí puede aminorarla.

Más simple es la consideración del error extensivo. En el ejemplo imaginado, el error sobre el momento en que debió recurrirse a la respuesta refleja un mayor déficit de información, cercana al límite de la improcedencia de la defensa necesaria; la disminución de la responsabilidad social deberá ajustarse, en consecuencia, a esta mensuración.

e'— Suposición errónea de una causa de justificación.

Hemos insistido en que el error de prohibición (directo) se halla marginado de nuestro diseño; pero, como es sabido, la doctrina prevalente en el ámbito penal, incluye el error sobre la suposición errónea de una causa de justificación como otro de los supuestos del error de prohibición, el denominado indirecto. En este terreno dos casos son indiscutidos: “el autor supone erróneamente la existencia de una causa de justificación no aceptada por el ordenamiento (error sobre la existencia), o bien desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación admitida (error sobre los límites)”⁷⁶. El tercero, (error sobre circunstancias que de concurrir darían lugar a una causa de justificación reconocida —error de tipo permisivo—), sigue siendo objeto de polémica, pues son muchos los autores que le asignan una calidad “sui generis” en tanto otros lo asimilan a un error de tipo o de subsunción.

⁽⁷⁴⁾ *Sobre error intensivo y error extensivo*, Jescheck, *op. cit.*, p. 671 y ss.

⁽⁷⁵⁾ Sobre el tratamiento del error sobre la necesidad conforme a las reglas del error de prohibición, ver las inteligentes observaciones de Sancinetti Marcelo, en *Error, dolo y culpabilidad*. Nuevo Pensamiento Penal, Bs. As., 1976, p. 267.

⁽⁷⁶⁾ Jescheck, *op. cit.*, p. 632 y ss.

Si hemos transcripto, casi literalmente, la opinión de Jescheck es porque la clasificación del autor alemán aparece reproducida en casi toda la bibliografía; optamos por acogerla como plataforma de nuestra digresión para no introducirnos en el debate de la doctrina⁷⁷. En el esquema propugnado por nosotros, el primer caso es asimilable al error directo, pues la suposición errónea de una causa de justificación no difiere, en esencia, de la creencia sobre la no vigencia de una norma; uno de los modelos básicos del error de prohibición directo. En el "arsenal del saber jurídico" del ente colectivo, ambas circunstancias se consideran incorporadas, forman parte del conocimiento institucional presunto.

El segundo caso, en cambio, registra trazos distintos. Como ya lo señalamos en el apartado anterior (d'-), el yerro sobre los límites de una justificación aceptada, si bien es sinónimo de yerro sobre una permisón, exhibe al mismo tiempo, una zona común con el tipo de justificación pues el equívoco versa sobre uno de los elementos (vgr. la necesidad en el estado de necesidad y en la defensa necesaria). Sale, por consiguiente, de la órbita del error de prohibición.

La construcción del tercer caso, en el ámbito de las personas jurídicas, debe ser seccionada y remitida a los dos anteriores. Si el llamado error de tipo permisivo ("sui generis") se apoya en el error sobre circunstancias que de concurrir daría lugar a una causa de justificación (Jescheck), en las personas jurídicas, esas circunstancias deben valorarse con relación a la información construida, ya examinada; y, aquí, como dijimos, confluyen ingredientes descriptivos fácticos y normativos.

si el error gira en torno de un elemento fáctico, el conflicto se debe resolver conforme a las reglas del error de tipo; si versa sobre componentes normativos, su tratamiento corresponde a la esfera del error de prohibición.

¿Cuáles son las consecuencias?

En el primer caso y, parcialmente en el tercero, la exigibilidad de otra conducta aparece intacta; la responsabilidad social es plena; en el segundo, y parcialmente en el tercero (error fáctico), la suposición de la causa de justificación incide sobre la exigibilidad; la responsabilidad queda reducida.

Va de suyo que la suposición de una causa de justificación debe provenir del órgano; si la persona jurídica elaboró su creencia sobre la base de la opinión de un empleado, servirá en todo caso, como elemento para la valoración de la conducta de la empresa, o, dicho con otra expresión, para la mensuración de las consecuencias.

f'- El miedo y la coacción.

Dentro del grupo de causas de justificación exculpantes, o de exclusión de la responsabilidad por el hecho⁷⁸ figuran en algunos autores la coacción o amenazas, en tanto otros agregan el miedo.

En los delitos contra el medio ambiente y, en especial los económicos, la hipótesis de un acto de desviación provocado por una causal de esta naturaleza, no es antojadiza; recordemos los casos corrientes suministrados por la literatura o la cinematografía sobre el uso de la presión como arma decisiva en el campo de la competencia; las proclamas sobre la libertad de mercado no alcanzan para ocultar este fenómeno preponderante de la cifra negra.

La coacción y el miedo pueden ingresar por dos vías: a través de la pulsión sobre las personas que integran el órgano o,

(77) Zaffaroni, Eugenio Raúl (*Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Ediar, Bs. As., 1982, ps. 191 y ss) plantea otro esquema más convincente, a nuestro juicio, que por las razones apuntadas omitimos tratar aquí.

(78) Así las propone Bacigalupo. *Lineamientos ...ob. cit.*, p. 125.

directamente, sobre el ente colectivo. En ambos casos, la idoneidad del factor para mover la voluntad social se debe apreciar a partir de la decisión institucional y no del efecto provocado en cada una de las individualidades. Las fórmulas conocidas, como "miedo insuperable" o "idoneidad de las amenazas" usadas frecuentemente por la doctrina, pueden ser útiles para el juicio de valor, pero no son determinantes; en el contexto situacional gravitan con igual o mayor peso, la intervención de la persona jurídica en la creación del conflicto, la obligación de soportar el riesgo y la ausencia de otros recursos para resolver la situación.

Las amenazas o el miedo sólo actúan como factor impidiendo de la exigibilidad de otra conducta si satisfacen plenamente todos los requisitos; es decir, si además de la dimensión necesaria del miedo o las amenazas, no ha existido participación de la persona jurídica en la génesis del conflicto, no se encuentra en la situación de soportar el riesgo y resulta impotente para superar el problema por la carencia de otros mecanismos. Son casi inimaginables, en un marco teórico, los ejemplos que responden a este esquema pero no es improbable, en la práctica social, que una empresa de menor envergadura sea obligada a ingresar en una concertación monopólica por la presión gansteril de grandes corporaciones, obviamente, en un estado viciado de corrupción y con deficiente funcionamiento institucional.

La exoneración de la responsabilidad es la lógica consecuencia de la confluencia de los componentes mencionados; pero la ausencia de alguno de ellos genera automáticamente la reducción o directamente, el rechazo del miedo y la coacción como factor obstaculizante; en este sentido, las reglas de la evitabilidad, examinadas anteriormente, pueden servir como criterio normativo para graduar la cuota de aminoración.

En cambio, no forma parte de este apartado, la fuerza física irresistible

cuando incide sobre la decisión institucional; aunque se trata, como dice Jiménez de Asúa⁷⁹ de casos de escuela, refiriéndose a hipótesis semejantes en la órbita de las acciones humanas, es posible suponer el constreñimiento físico de un director con el fin de volcar una votación en el directorio: pero aquí, ya no se necesita recurrir a una exigibilidad interferida sino resolver el conflicto en el plano del tipo, partiendo del hecho que la decisión viciada es sinónimo de falta de acción institucional.

g'— La desgracia o acontecimiento fortuito. La intervención de un tercero.

En el área de los delitos contra el medio ambiente y en los económicos es frecuente la invocación de una desgracia, o la intervención de un tercero ajeno a la empresa, para justificar acciones institucionales de efectos relevantes; el hundimiento de un barco cargado de residuos tóxicos o atómicos es el hecho más conocido dentro de este cuadro.

Como no escapará al lector, no está presente aquí la discusión sobre la incidencia de un acontecimiento en una acción institucional con voluntad social dolosa, sino en una actividad institucional negligente. En el ejemplo del párrafo anterior, supongamos que el barco ha seguido un itinerario adecuado, prolijamente estudiado por el directorio y que responde a las máximas exigencias de las reglas de cuidado (seguridades técnicas, alejamiento de zonas pobladas, previsión de las condiciones meteorológicas, personas altamente especializadas, etc.). De improviso, se produce en la región un fenómeno atmosférico inusitado —temporal, maremoto— no detectado por los instrumentos técnicos y el capitán del navío, previa comunicación con los directivos y con la conformidad de éstos, opta por apartarse de la ruta e introducirse en una zona no aconsejada para el transporte de elementos riesgosos. Ya en esta región,

(79) *Tratado*, T. III, p. 728 y ss.

se produce el hundimiento como resultado de los deterioros surgidos durante el tramo anterior; el derrame afecta especialmente a las poblaciones costeras próximas (obviamente a la fauna y flora marítima).

Planteado el conflicto, parecería, en principio, que se debe acudir al estado de necesidad pero, como hemos visto, ello no es posible cuando, como en el caso, los daños producidos como consecuencia del hundimiento son superiores o de difícil mensuración. La desgracia obra, entonces, como factor obstaculizante en la exigencia de una conducta adecuado al derecho, reduce el ámbito de determinación. Y lo mismo podría afirmarse si el acontecimiento fortuito obedeciera al hecho de un tercero, verbigracia un acto de guerra totalmente ajeno al protagonismo de la empresa.

Dentro de este cuadro, debe contemplarse una variante obligada. Si la decisión de internarse en la zona de mayor riesgo proviene exclusivamente del capitán del barco —imposibilidad fáctica de una consulta o comunicación— la valoración de la conducta de la empresa escapa al ámbito de la exigibilidad, se ciñe a la esfera del comportamiento individual del capitán (derecho penal convencional) sin perjuicio de la responsabilidad que le cupiera a la empresa en el plano civil.

Sin duda que las hipótesis formuladas no se ajustan linealmente a la realidad. El segundo tramo, en el ejemplo dado, está conectado con el primero, con la observancia de las reglas de cuidado desde que se resolvió la travesía. Dicho de otro modo, el acontecimiento fortuito no debe prescindir del proceso histórico anterior: la ruta escogida, el estudio de las condiciones meteorológicas, la capacitación técnica del personal, la elección del navío adecuado e inclusive el contexto político internacional (para el hecho de guerra); en una fórmula abreviada, el grado de contribución, por parte de la empresa, a la formación del peligro,

desde límite cero hasta el punto de riesgo mayor, atravesando cada una de las etapas del desarrollo cronológico. Por eso, la valoración de la exigibilidad no debe aprehender el último eslabón, sino el ámbito situacional y su génesis; es a partir de aquí que la desgracia y el hecho de un tercero habrían de ser evaluados como factor eximente o aminorante de la responsabilidad social.

V- Conclusiones

Examinados el acto de desviación o apartamiento y los factores que impiden u obstaculizan la exigibilidad, el colofón lógico es la construcción del juicio de responsabilidad social.

La reprobación del hecho de la persona jurídica conduce a la condena o a la disminución de la sanción cuando obviamente no hubiera actuado algún factor impidiendo que genere la exoneración. Ya señalamos que el juicio se estructura sobre la base de una acción institucional, realizada al margen de las exigencias del ordenamiento jurídico, cuando en rigor, hubiera debido ajustarse a sus límites; ausentes la "capacidad de culpabilidad" y, por ende, la posibilidad de motivación, lo que se valora es el apartamiento objetivo del marco normativo, su protagonismo en el hecho concreto a través de la voluntad social dolosa o de la decisión indiferente.

En en nuestro sistema el principio de proporcionalidad —que luego se reflejará en la sanción—⁸⁰ también juega su papel; el parangón entre el acto de desviación y

⁽⁸⁰⁾ Sobre la proporcionalidad en el ámbito de las personas jurídicas, ver Tiedemann, Lecciones, ya cit. p. 132; en el Derecho Penal convencional, entre otros, Bitencourt, Cezar Roberto; *La extraterritorialidad penal en el Mercosur y las garantías fundamentales*. IV Seminario Regionalización del Derecho Penal en el Mercosur. Santa Fé. (Argentina junio de 1996) (En prensa).

el daño causado es vital para la medición de la responsabilidad social; la nota distintiva —ya recordada varias veces— es la dimensión del daño ocasionado por las acciones de las personas jurídicas, que no puede ser ignorada a la hora del juicio de valor.

Ahora bien, las consecuencias de la reprobación se traducen también aquí, en la aplicación de las penas y medidas de seguridad pero analizadas con otro rasero que el utilizado por el derecho

penal convencional; los criterios de prevención general y prevención especial exhiben fundamentación distinta; la actuación de las personas jurídicas gira alrededor del interés económico o ganancia; está signado por la conveniencia. Este dato es plataforma suficiente para convencernos de la necesidad de elaborar un esquema específico que acompañe a la teoría por nosotros propugnada; de esta temática nos ocuparemos en un trabajo posterior.