



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Pregrado

Departamento de Ciencias Penales

LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LOS ENTES COLECTIVOS FRENTE A LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Carla Andrea Sepúlveda Penna

Profesor guía: Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago, Chile

Junio de 2014

[Página intencionalmente dejada en blanco]

Tabla de contenido

Introducción.....	1
1. El problema	9
1.1. El estado de la doctrina	9
1.1.1. Rechazo de la posibilidad de responsabilidad penal de colectivos.....	10
1.1.1.1. Rechazo por negación de capacidad de acción.....	10
1.1.1.2. Rechazo por negación de capacidad de culpabilidad y la necesidad de un giro hacia la discusión sobre capacidad de acción.....	15
1.1.2. Aceptación de la posibilidad de responsabilidad penal de los colectivos.....	20
1.1.2.1. Responsabilidad por un hecho propio.....	21
1.1.2.2. Responsabilidad por hecho ajeno	28
1.1.3. Responsabilidad por el hecho propio y responsabilidad por transferencia.....	33
1.1.3.1. La distinción auto- y hétero-responsabilidad.....	34
1.1.3.2. Eliminación de la discusión sobre culpabilidad y aplicación de medidas	37

1.1.3.3. Responsabilidad por el hecho propio con (y a pesar de) la intervención de un miembro del colectivo	39
2. La capacidad de acción con relevancia jurídico-penal	43
2.1. Síntesis de la discusión acerca del concepto jurídico-penal de acción	43
2.2. La capacidad de acción como capacidad de intencionalidad de primer orden	50
2.2.1. El concepto de intención	51
2.2.1.1. Caracterización de la acción mediante la intención.....	56
2.2.1.2. Explicación de la acción mediante la intención	58
2.2.2. La realización de una intención	60
2.2.3. La noción de agente.....	63
3. ¿Intenciones de entes colectivos?	68
3.1. Tesis agregativas.....	69
3.2. Tesis no agregativas.....	71
3.2.1. Intención colectiva (o conjunta) versus intención del colectivo (o del conjunto)	74
3.2.2. Tesis de intencionalidad extrínseca	81
3.2.2.1. Una tesis normativa (Gilbert).....	81

3.2.2.2. Una tesis normativa posicional (Tuomela)	85
3.2.3. Tesis de intencionalidad intrínseca	94
3.2.3.1. Una tesis basada en las redescripciones de eventos (French)	94
3.2.3.2. Una tesis sobre la desvinculación racional (Pettit)	100
3.3. Evaluación de la posibilidad de construir una intención propia del colectivo	104
3.3.1. El problema de la mente común	105
3.3.2. El problema de la ontología del colectivo	110
3.3.3. Recapitulación	119
4. ¿Acciones (jurídico-penalmente relevantes) de entes colectivos? ...	123
4.1. Evaluación de los colectivos como agentes y personas	124
4.2. El rol de la acción en el lenguaje de la imputación jurídico-penal de los colectivos	137
4.3. Agentes como sujetos (pasivos) de imputación jurídico-penal ..	148
5. La capacidad de acción de un ente colectivo para la evitación intencional de la realización de un tipo delictivo y el juicio de imputación	153
5.1. Infracción de deber del agente colectivo	153
5.2. Criterios de imputación a colectivos	158

5.3. ¿Intervención delictiva?	161
Conclusión.....	174
BIBLIOGRAFÍA.....	179

RESUMEN

El presente trabajo expone el estado de la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina nacional e internacional. Mediante la introducción de herramientas conceptuales de la teoría de la acción y los desarrollos en el ámbito de la agencia de entes colectivos, se busca aportar en la comprensión de la capacidad de acción- elemento de la responsabilidad penal- para indagar en la posibilidad de que éstos sean considerados sujetos pasivos de imputación. De acuerdo a los resultados obtenidos, un conjunto de criterios sustantivos y formales permiten distinguir entre clases de colectivos humanos según su complejidad y estructura normativa. Algunos de ellos serían candidatos a ser considerados verdaderos agentes y, por lo tanto, sujetos de imputación. En este sentido, cabría afirmar de ellos verdadera capacidad de acción en sentido jurídico-penal.

Non mihi, non tibi, sed nobis.

INTRODUCCIÓN

El contexto de la discusión jurídica sobre la responsabilidad penal de los entes colectivos en estos primeros años del siglo XXI es uno que afortunadamente ha dejado atrás el problema de la guerra¹ y ha pasado a ser primeramente uno de crítica el actuar de empresas económicas. La responsabilidad por los efectos de productos defectuosos, por ilícitos de libre competencia, de derechos de los consumidores, ilícitos relacionados con actividad terrorista y su financiamiento, corrupción y una larga lista de temas vinculados al ámbito empresarial han comenzado a abordarse desde una perspectiva sancionatoria y luego específicamente penal.

¹ Así fue a mediados del siglo pasado, famosamente por parte de Jaspers, por ejemplo en su libro *El Problema de la Culpa: sobre la responsabilidad política de Alemania*.

La decisión de abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas –porque ésta es la forma que toma en el ordenamiento chileno desde la entrada en vigor de la ley 20.393 de fecha 2 de diciembre de 2009– desde la perspectiva de la capacidad de acción de los entes colectivos se explica por ser el presente un intento de analizar lo más desprendidamente de los dogmas jurídicos el problema. El conocido aforismo *societas delinquere non potest* y sus intentos de refutación se encuentran relativamente entrampados.² En tanto el debate continúa, aunque estático, existe una desvinculación importante entre la discusión dogmática y la práctica legislativa y judicial de los países. En Chile, por ejemplo, existiendo una ley que declara el carácter *penal* de las normas que contiene, ha habido un primer caso de aplicación práctica en el cual no se discutió el fondo del asunto,³ mientras que en la doctrina sigue siendo predominante la tesis de la negación de la responsabilidad de las personas jurídicas –probablemente en parte porque los manuales tradicionales todavía no recogen la nueva ley. Pero aparece de manifiesto que la primera tarea del dogmático es dar cuenta de la legislación existente, antes de mera teorización *de lege ferenda*.

² De ello se dará cuenta en el primer capítulo.

³ Esto se debe a que la causa terminó en la forma de un procedimiento abreviado (Salmones Colbún S.A. y Sociedad Agrícola y Mecanizados Limitada, RUC 1201092968-5). Al momento de entrega de esta tesis, el Ministerio Público había formalizado la investigación de siete otras personas jurídicas: Áridos Maggi Limitada el 8 de abril de 2013 y Ceresita S.A. en fecha 30 de abril de 2013, tres universidades (SEK, Pedro de Valdivia y del Mar) el 22 de mayo de 2013. Todas ellas enfrentan cargos por cohecho activo.

Este entrapamiento de la discusión lleva a explorar explicaciones que remitan a las construcciones subyacentes a las premisas en que a su vez se basan las tesis con mayor cantidad de adherentes a favor o en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Partiendo de la base de la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, eso sí, el presente trabajo no pretende ser un análisis de esta ley, ni de enmarcarla dentro de las clasificaciones y teorías existentes.⁴

Lo limitado de la discusión nos insta también a contrastar el desarrollo en el ámbito jurídico con otras áreas del conocimiento humano práctico –como la filosofía moral– y especulativo –como la metafísica. Se buscará, entonces hacer visibles los compromisos, las premisas y las consecuencias de las diversas posturas tomadas, para poder evaluar cuáles dan mejor cuenta (o una cuenta más integral) de las instituciones penales y del estado de estas otras áreas del conocimiento.

El recurso a la filosofía analítica de la acción se justifica en que ésta ha construido un arsenal de conceptos y categorías que además de su refinamiento, coinciden cómodamente con las categorías del derecho penal.⁵

⁴ En este sentido puede referirse a los trabajos de Segovia (2010), Hernández (2010) o Mañalich (2011a).

⁵ Otras tradiciones han abordado este problema desde sus enfoques particulares. Especialmente relevante resulta Larry May, con una aproximación existencialista. Con anterioridad también, Durkheim o Simmel.

Así no parece forzado traspasar las nociones de acción, intención, causalidad, descripción (típica), razonamiento práctico, etc. al análisis penal. El uso de conceptos provenientes de una corriente pragmatista, por otro lado, se sostiene en que la comprensión del derecho penal permite, sin olvidar la estructura del mundo, buscar la comprensión que más se adecúe a los fines del sistema, en este caso es una práctica innegablemente relacionada con los fines de la pena.⁶

Esta aproximación pragmatista al problema tendrá una importante consecuencia, que vale explicitar. Probablemente el resultado de esta investigación termine por afirmar o negar, simplemente, la calidad de *ente* de los colectivos y su capacidad de ser de *agentes*. Una postura que se podría denominar metafisista, sostiene que se puede hablar de “cuasi-agentes”, “como-si-intenciones” (*as-ifintentions*) o “agentes en un sentido meramente metafórico”. Nuestra tesis es contraria a estas construcciones. Como se desarrollará en el capítulo segundo, si es posible desprender de las propuestas teóricas a exponer, una que explique la posibilidad de formación y realización de intención por parte de un colectivo, será suficiente, dados los requisitos jurídico-penales existentes, para sostener su idoneidad en tanto sujeto pasivo del juicio de imputación de un delito. Para ello será necesario afirmar agencia, propiamente tal, y para ella se requerirá a su vez intención, pura y simple, de un colectivo.

⁶ Pragmático no debe aquí confundirse con “utilitarista”.

El epígrafe de esta investigación (“*Non mihi, non tibi, sed nobis*”) no solo capta el núcleo de este trabajo por el énfasis en la posibilidad del uso de la primera persona plural, la constatación de que nuestro lenguaje y nuestras prácticas contienen una noción de pluralidad y de la unidad de esa pluralidad como sujeto. Lo distintivo de esta frase es, también, el uso del complemento indirecto. Porque indica la posibilidad de *atribución* a un colectivo. Es porque puede haber un “*a nosotros*” que se hace evidente que la relación no es sólo diádica (el grupo y el objeto de la imputación), sino lo esencial de que haya, además, un sujeto que imputa, que interviene en esta relación.⁷

Si bien este trabajo se alejará en apariencia de la discusión dogmática penal, la verdad es que pretende simplemente ayudar a aclarar la fundamentación y las consecuencias de las posturas que sostienen los autores que actualmente participan de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta indagación en temas de teoría de la acción y de la estructura de la intencionalidad colectiva buscará hacer visible los compromisos, las premisas y las consecuencias de las diversas posturas tomadas. En todo caso, de resultar positivo al análisis de la posibilidad de construir una responsabilidad de los colectivos, ésta tendría que ser una responsabilidad por el hecho propio, lo que se opone tanto a aquella por el

⁷ Más detalles a este respecto serán desarrollados en el capítulo 4.

hecho ajeno⁸ como a que ésta se configure por el mero carácter.⁹ Y no sólo tendría que tratarse de una por el hecho propio, sino también de una culpabilidad propia.¹⁰

Una cuestión que no se abordará sino hasta el cuarto capítulo del trabajo es la relación que existe entre la noción de persona jurídica –en términos formales–, la noción de empresa y la idea de colectivo. Para efectos del desarrollo de la parte más sustantiva del trabajo se utilizará sólo este último concepto, estrategia que busca no prejuzgar la orientación económica del eventual actuar del colectivo, como tampoco la limitación a las estructuras jurídicas de la condición de persona. Respecto de lo primero, se puede asumir que, a menos que se exprese lo contrario, el colectivo puede tener un carácter aparentemente espontáneo (como sería una comunidad de vida) o abiertamente constituido para ciertos fines económicos (como una empresa) o no (como una iglesia, la barra de un equipo deportivo, una orquesta). La mayoría de los autores realizarán distinciones entre éstos en base a su complejidad organizacional, y no en base al fin que pretendan realizar, aunque presuponen una cierta orientación teleológica. Baste para el segundo asunto

⁸ Para teorías que plantean un modelo de responsabilidad por hecho ajeno véase *infra* sección 1.1.2.2.

⁹ Esbozos de responsabilidad de las personas jurídicas por el carácter pueden encontrarse en Mañalich (2011a); Lampe (2003).

¹⁰ Para teorías que plantean un modelo de culpabilidad ajena o por transferencia véase *infra* el capítulo 1.1.3.

considerar que una empresa puede tener diversas personalidades jurídicas interrelacionadas. Por supuesto, también existe una multiplicidad de colectivos que simplemente no cuentan en ningún nivel con un correlato de personalidad jurídica más allá de la calidad de personas naturales de sus miembros (una familia, un equipo de fútbol de amigos, un movimiento político, una orquesta). La evaluación de este asunto se dejará, entonces, para el momento en que se disponga de las herramientas para abordarlo.¹¹

Este trabajo tampoco pretende ser exhaustivo en lo que se refiere a la distribución de responsabilidad entre los miembros de un colectivo, en caso de afirmarse la de éste último. Se hará referencia a las implicancias de cada teoría a nivel de si ellas permiten o no la sanción conjunta de colectivo y uno o más miembros, y en algunos casos se esbozará qué miembros podrían ser individualmente responsables y por qué. Pero el detalle (por ejemplo las eventuales relaciones de participación) no es el tema de la presente investigación.

Todo lo anterior es coincidente con el marco teórico planteado a esta investigación por formar parte de un proyecto titulado La Ontología del Hecho

¹¹ Por lo demás, tampoco se abordará directamente la idea de empresa como una cuestión fenomenológica, salvo que los autores expuestos así lo hagan. Ello porque, en algún sentido, un colectivo está compuesto materialmente sólo por las personas que lo integran, y no por otros objetos que la idea de empresa sí incluye, como por ejemplo sus activos físicos. Tuomela (2013), nota 9, véase *infra* sección 3.3.2.

Punible.¹² Éste pretende dar una respuesta unitaria a diversas preguntas nucleares de la dogmática jurídico-penal, desde una construcción conceptual que se enmarca en una tradición de teoría de las normas, como aquella que se impone como la más adecuada para analizar la práctica del derecho penal: la actuación conforme a normas o no, y la adjudicación. Pero se trata a su vez de una ontología porque pretende esclarecer el compromiso con la existencia de un determinado set de entidades existentes que permitan explicar el quebrantamiento imputable de normas, de un modo ahorrativo. De allí también el recurso a la filosofía analítica.

¹² Proyecto FONDECYT de iniciación, adjudicado por el profesor guía, Dr. Juan Pablo Mañalich, denominado “La ontología del hecho punible”, N° 11110274.

1. EL PROBLEMA

1.1. El estado de la doctrina

En un intento por sistematizar la discusión y las muchas posturas respecto de la posibilidad de configurar una responsabilidad de los entes colectivos puede comenzarse, como es natural, por distinguir entre quienes la rechazan y quienes creen encontrar fundamentos para ella. Entre los primeros, como se verá, se analizan tres núdulos de conflicto: capacidad de acción, de culpabilidad y de sujeción a pena. Entre los segundos, se buscan por un lado fórmulas de determinar a quién corresponde atribuir el hecho penalmente relevante, y también de determinar en quién se configura la culpabilidad, dependiendo de cómo se entienda ésta. Pero ante la constatación de que no es posible encuadrar las diversas tesis según los parámetros que los mismos autores proponen, se sugiere una nueva veta de investigación a desarrollar en este trabajo.

1.1.1. Rechazo de la posibilidad de responsabilidad penal de colectivos

Siendo en realidad tres los conjuntos de motivos que llevan a rechazar desde la dogmática penal la responsabilidad de los entes colectivos, abordaremos dos en este trabajo, por la dificultad que muestra la doctrina en diferenciarlos y distinguir sus consecuencias. Estos son la negativa a reconocer en ellos capacidad de acción, así como capacidad de culpabilidad jurídico-penal. Un tercer motivo, que no se abordará en detalle, es la falta de capacidad de pena, como tampoco las objeciones más generales respecto de la justificación de la misma.

1.1.1.1. Rechazo por negación de capacidad de acción

Quien niega la capacidad de acción de los entes colectivos lo hace principalmente por asumir un concepto directamente antropocéntrico de acción. Ésta es una postura no criticable *per se*, pero ella debe enfrentarse, por un lado, al extendido uso que tiene en contextos no institucionales el hablar de los

colectivos como entes actuantes, y por otro a la existencia de una ley de responsabilidad penal de personas jurídicas.

Un concepto que define acción ya desde un principio como un comportamiento humano, voluntario y como ejercicio de la voluntad en sentido psicológico, sería ejemplo clásico en el mencionado sentido, como es el caso de Gracia Martín.¹³ Lo mismo ocurre con el llamado “concepto personal de acción”, el cual, en palabras de Roxin, se desarrolla de la siguiente manera:

“es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (‘somática’) del hombre, o ‘del ámbito material, vital y animal del ser’, sin estar sometidos al control del ‘yo’, de la *instancia conductora anímico-espiritual del ser humano*.”¹⁴

Para parte importante de la doctrina este problema es uno específicamente penal, puesto que es claro que en las demás ramas del ordenamiento los entes colectivos, en su forma de personas jurídicas, se consideran agentes perfectamente involucrados en las relaciones jurídicas, como sujetos activos y también pasivos. “Así ocurre en los ámbitos del derecho

¹³ Bacigalupo (2001), pp. 146 ss. Gómez Jara (2008), p. 145 s.

¹⁴ Roxin (1997), p. 252. Para una visión diferente de la posibilidad de constitución del “yo” en materia de responsabilidad (penal) véase Dan Cohen (1992).

civil, del comercial, del marítimo, del tributario, del procesal, del económico, y [...] del constitucional”,¹⁵ como respecto de la protección de su imagen en el art. 19 n°12 y la consagración de las asociaciones de personas en el n°15 del mismo.¹⁶ Y ya acercándose a lo criminal, toma relevancia el famoso el *dictum* de von Liszt: “quien puede celebrar contratos, también puede celebrar contratos fraudulentos o usureros”.¹⁷ Incluso así, van Weezel, por ejemplo, en la discusión nacional, afirma que el punto que interesa es sólo por qué podría calificarse una eventual sanción a un contrato fraudulento como una “pena penal”.¹⁸

Feijoo pretende no negar la capacidad de acción de raíz, pero sostiene que no hay, hoy por hoy, teoría de la acción y de los predicados de la misma¹⁹ que, acordes con la concepción de sujeto activo que se tenga, logre dar cuenta coherentemente de la aplicación del derecho penal a entes colectivos.²⁰ El autor

¹⁵ Szczaranski (2008), p. 56.

¹⁶ Szczaranski (2008), pp. 86-87.

¹⁷ Liszt, F. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, §28.

¹⁸ Van Weezel (2010), p. 123.

¹⁹ Para una crítica a esta visión de la acción en general véase el capítulo 2.1. *infra*.

²⁰ Feijoo (2002), p. 237.

remite entonces a una determinada concepción de persona, asunto a ser abordado más adelante en este trabajo.²¹

No sólo por una insuficiencia teórica, sino de plano por una concepción que exige “cometer directamente” como un elemento del “actuar”. Si por ello se entiende la realización material, y sólo los miembros podrían realizar materialmente, necesariamente habría que negar la capacidad de acción de los entes colectivos.²²

El argumento más generalizado consiste en afirmar la imposibilidad de una separación entre el colectivo y sus miembros, y por ello la imposibilidad de actuar diferenciadamente de ellos.²³ Quienes admiten que los colectivos pueden tener al menos una “capacidad de acción derivada”²⁴ podrán contar entre quienes dan espacio a su responsabilidad penal. Quienes no, dirán que el actuar y la “vida” de un colectivo es meramente “especular”, reflejando lo que hacen los miembros, “es el objeto, el receptáculo, es espejo de la obra [...] de otros”.²⁵ Se sostiene que la imposibilidad de realizar movimientos corporales

²¹ Véase *infra*, capítulo 4.1.

²² Para una compilación de autores españoles de esta postura véase Cuello (2013), nota 6.

²³ Así, por ejemplo, Robles (2009), van Weezel (2010), Velasquez (2003).

²⁴ Así por ejemplo Schroth (1993), p. 177.

²⁵ Van Weezel (2010), p. 126. Van Weezel quiere mostrar la innegable relevancia de los individuos que actúan al interior de una empresa, su insustituibilidad y cómo sus acciones le son

haría incontrovertible la incapacidad de acción, incluso cuando pudiese afirmarse voluntariedad.²⁶

Hay quien da el problema de la capacidad de acción por superado por la mera vigencia de una ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas.²⁷ No puede negarse el enorme valor de la legitimación democrática que tiene el legislador, por sobre el valor de autoridad de la doctrina. Y por lo tanto, debe entenderse que hay algo extremadamente relevante en tal consagración positiva. Pero la verdad es que la incorporación legal de la persona jurídica como sujeto de derecho penal no resuelve, y por el contrario abre, los problemas relativos a la imputación, a los que la dogmática debe dedicarse.²⁸ Como se verá en el siguiente capítulo, la imputación de la acción se corresponde con un juicio y tiene por lo tanto carácter eminentemente

atribuidas a ellos y no a la empresa como un todo, del siguiente modo: “Basta revisar someramente la prensa y los demás medios masivos especializados en negocios y actividad financiera para advertir la relevancia que el mercado asigna a la identidad de las personas naturales que pierden o asumen el control de determinadas empresas. Tal vez en otros países sea diferente, pero en Chile la identidad de una compañía aún está determinada por la de las personas naturales que toman en ellas las decisiones más relevantes”, p. 119. Pero la verdad es que esa misma prensa especializada también da noticia de aumentos de capital, de ofertas de acciones, de fusiones, de compras de inmuebles valiosos...quizás esto muestra, si seguimos la lógica de van Weezel, que los directivos son más cercanos a objetos que a personas naturales, al interior de la empresa.

²⁶ Novoa (2013), p. 328.

²⁷ Así Vogel (2012): “Wenn der Gesetzgeber eine Unternehmensstrafbarkeit einführt, begründet er die Möglichkeit rechtswidriger und schuldhafter Unternehmenshandlungen im strafrechtlichen Sinne und gestaltet die Voraussetzungen hierfür aus, ohne an eine bestimmte Dogmatik gebunden zu sein.“, p. 427.

²⁸ Bacigalupo (2001), p. 149.

normativo, siendo más que un ejercicio de subsunción. Ello requiere, por lo tanto, del desarrollo de los presupuestos de este juicio, de la calidad de sujeto y de las condiciones de posibilidad para dar cumplimiento o no a ciertas normas. La determinación de la capacidad de acción, se verá en el capítulo tercero, depende de que puedan constatarse ciertos requisitos básicos en el ente analizado.

1.1.1.2. Rechazo por negación de capacidad de culpabilidad y la necesidad de un giro hacia la discusión sobre capacidad de acción

La principal discusión dogmática se ha centrado, ante todo, en afirmar o negar la capacidad de culpabilidad de los entes colectivos. Esto en parte porque el concepto de acción “ha resultado con poco rendimiento, para determinar qué es relevante penalmente. A lo más, la teoría de la acción ha servido para establecer qué no es acción penalmente relevante, cumpliendo más bien una función negativa, de exclusión del injusto, como lo estableciera Beling”.²⁹ Como se verá en el siguiente capítulo,³⁰ esta constatación es propia sólo de ciertos conceptos de acción en el ámbito penal. Precisamente la apuesta es que un

²⁹ Zúñiga (2004), pp. 295-296.

³⁰ Véase *infra*, capítulo 2.1., pp. 44 ss.

concepto intencionalista de acción puede contribuir a un debate en términos diferentes a los habituales.

Por parte de los detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entonces, se ha considerado que adolecen de una deficiencia en la configuración de una “voluntad”. Esta constatación es reiterada y observable en diversos conceptos de culpabilidad.

Puesto que las teorías naturalistas pretendían encontrar correlato a los elementos del delito que fuese positivo, real, objeto del estudio de las ciencias naturales, se favoreció una concepción psicológica de la culpabilidad. Esta correspondía a la vinculación subjetiva entre una persona y un hecho, y por lo tanto comprendía los conceptos de dolo o culpa y no el análisis, como hoy, de causales de inculpabilidad y exculpación.³¹ Una concepción psicologicista de este tipo, que trae consigo una noción de la mente a la vez dualista pero muy centrada en lo biológico, como la fisiología humana, no permitiría considerar más que al ser humano individual como capaz de culpabilidad.

Un concepto normativo *à la* Frank –que permitía comprender las causales de exculpación e inculpabilidad como desvinculadas de los estados psíquicos del supuesto agente, y basado por el contrario en la “reprochabilidad”– tampoco sería útil a efectos de mostrar capacidad de

³¹ Para una referencia general véase Roxin (1997), pp. 794 s.

culpabilidad de ciertos entes colectivos, dado que más que modificar la tesis naturalista sumaría a ella la exigencia de “normalidad mental”. Ello sumado a que según la mayoría de los autores la “reprochabilidad” que contiene el concepto de culpabilidad sería uno de carácter ético. Y por definición los participantes de la práctica ética serían los individuos y no los colectivos.³²

Al surgir conceptos sociales de culpabilidad, es decir, aquellos que se basan en una noción de reproche social, existe algo más de disputa. Por ejemplo Hirsch sostendría que se habla (coloquialmente) de culpa respecto de Estados en casos de guerra o de empresas que vierten residuos de químicos en aguas de un río. Y la gravedad de estos casos determinaría que sí vaya de la mano con el reproche social, un elemento ético. A pesar de ello, Hirsch sostiene que no habría una culpabilidad colectiva, sino una mera responsabilidad colectiva (*kollektive Haftung*).³³

La respuesta de los defensores de la responsabilidad penal de los colectivos en este nivel, el consistente en construir un concepto general de culpabilidad, pasa por el desarrollo de un concepto funcional. Desde los conceptos propuestos por Jakobs se ha intentado plantear un concepto de

³² También lo consigna así Jakobs (1997), pp. 569 ss.

³³ Referencia a Hirsch en Bacigalupo (2001), p. 173-178. En los términos en que se expondrá el debate a partir del capítulo 3, esta responsabilidad colectiva funciona como responsabilidad conjunta de los miembros de un grupo, y no como responsabilidad de un colectivo en sí.

culpabilidad como falta de fidelidad al derecho. Se podría así desvincular de la idea de reproche (ético), que tan difícil había sido subvertir con anterioridad, aunque no de la noción de libertad, entendida como la posibilidad de autoorganización.³⁴ Pero el mismo Jakobs en un trabajo más reciente ha renegado de su postura, sosteniendo que una persona jurídica, moral o un colectivo no puede desautorizar una norma, por carecer de equipamiento suficiente.³⁵ Para desautorizar una norma se requiere de una determinada competencia lingüística que se plasma en la conciencia, y ella recae en la persona natural que actúa como órgano. Pero la persona colectiva no tendría tal conciencia, dado que su identidad se determina a partir de su constitución, que permite la sucesión entre miembros sin modificarse como un todo. Esta unidad, por un criterio que no es la conciencia impediría que se tratara de una real organización antinormativa por parte del colectivo.

Bacigalupo –que lleva adelante un intento desde la línea funcionalista antes enunciada– ha descartado que cualquier concepto tradicional de culpabilidad pueda ser aplicable a los entes colectivos. Descarta en primer lugar el concepto psicológico por ser evidentemente incompatible. Luego sostiene que el concepto normativo, a pesar de intentar eliminar los elementos

³⁴ Una exposición condensada del pensamiento del “primer Jakobs” a lo largo de sus diversos escritos puede encontrarse en Bacigalupo (2001), pp. 202-221.

³⁵ Por ejemplo en Jakobs (2004), p. 89.

psicológicos, parte de la base de que los individuos determinan sus actos de forma libre, responsable y socialmente adecuada. Sólo bajo estos presupuestos puede el sujeto decidirse a actuar conforme a derecho. Lo mismo critica de la culpabilidad de organización y del concepto social de culpabilidad, que implicaría que el sujeto pudiese “sentir y reaccionar” ante el reproche.³⁶

Pero ¿qué ocurre si eliminamos el requisito del sentir, y consideramos sólo el de reaccionar? El recurso a un concepto normativo de culpabilidad moderno –entendida ésta como la expresión objetivada de un déficit reprochable de fidelidad al derecho, bajo la hipótesis de que el agente habría podido y debido evitar intencionalmente la realización de un tipo penal– sugiere que la pregunta debe plantearse primeramente en el nivel de la capacidad de acción, es decir, precisamente en referencia a la posibilidad de una evitación intencional de la conducta jurídicamente desaprobada. El déficit de fidelidad se juzga en base al comportamiento antinormativo y no en base a estados psicológicos ajenos a la descripción contenida en la norma, ni tampoco en base a percepciones de reproche meramente ético o social. No parece haber en este concepto ningún elemento especialmente individual, o que determine desde ya la incompatibilidad con evaluación respecto de grupos de personas, salvo que no haya acción que pueda atribuirse correctamente a éstos. En los siguientes

³⁶ Bacigalupo (2001), pp. 221-227. Ante lo anterior ella prefiere entender la culpabilidad no como alternativa de acción sino como alternativa de elaboración del conflicto social. A su parecer esto sí permitiría un sujeto colectivo.

capítulos se explorará en primera lugar, entonces, si los colectivos pueden actuar, si todo colectivo puede considerarse un agente, describiendo la relación que existe entre los conceptos de agencia, personalidad y responsabilidad, para desembocar entonces nuevamente en el análisis de la capacidad de culpabilidad.

1.1.2. Aceptación de la posibilidad de responsabilidad penal de los colectivos

De entre quienes aceptan la responsabilidad penal de los entes colectivos, puede realizarse una clasificación en torno a diferentes estructuras de imputación desde las cuales se aproximan al problema. La primera también, pretende identificar precisamente un hecho del colectivo como determinante, requiriendo un vínculo objetivo y uno subjetivo que permita imputar como acción del colectivo un hecho determinado y sus consecuencias. La segunda no lo requiere, y permite que un determinado elemento vincule el hecho de un individuo al colectivo, haciéndolo responsable. Se estudiarán brevemente las consecuencias que conllevan estas dos tesis.

También cabe destacar que las dos primeras formulaciones aplican criterios diferentes a los tradicionalmente utilizados en la imputación penal, cuando el sujeto en cuestión es un individuo. La tercera en cambio, pretende utilizar solamente el aparato conceptual existente con anterioridad, lo que le ha valido las críticas de inviabilidad por parte importante de la doctrina.

1.1.2.1. Responsabilidad por un hecho propio

Aunque de acuerdo a Silva Sánchez este modelo permitiría prescindir de todas las reglas de atribución,³⁷ la mayoría de la doctrina que favorece una concepción de responsabilidad por el hecho propio postula diversos títulos de atribución. Pueden exponerse al menos tres formas distintas en que se considera que puede haber un hecho del colectivo. Por un lado está la “cultura corporativa defectuosa”, otro será la “reacción defectuosa frente al hecho delictivo”, y finalmente el ya tradicional “defecto de organización concreto”.³⁸

El primer criterio busca justificar que existe responsabilidad originaria en un colectivo si en él, independientemente de quienes sean sus miembros

³⁷ Silva Sánchez (2002), p. 166, con referencia a Wells.

³⁸ Díez Ripollés (2012), pp. 7-8.

contingentes, se desarrolla una cultura, una forma de política, y se asientan modos de proceder que aumentarían el riesgo de la lesión de bienes jurídicos. Esta cultura generaría un cambio en las actitudes de los individuos, y que en tanto factor externo no les sería imputable a éstos, en base al llamado “comportamiento organizacional”.³⁹ Esta cultura corporativa puede posibilitar la delincuencia desde la empresa –que es el colectivo en que más habitualmente los autores reconocen una cultura propia– o incluso puede fomentarla, y como existe en principio independencia de los integrantes contingentes, nada podrían modificar sus buenas intenciones si ello no se plasma asimismo en procesos estandarizados y estructuras asentadas de funcionamiento y organización.⁴⁰

Probablemente el modelo más clásico de esta línea es el de Günther Heine,⁴¹ quien sostiene que:

“‘guilt’, as the specific responsibility of the enterprise, should be understood in the sense that the ‘material disposition of the firm’ prevented it from making legal coordination and reorganization decisions

³⁹ Así, por ejemplo, Zúñiga (2004): “Hoy en día se comprende a la organización como un sistema que influye en el comportamiento de los individuos, tratándose de un comportamiento organizacional”, p. 294.

⁴⁰ Van Weezel (2010), p. 118.

⁴¹ De acuerdo a Gómez Jara, esta tesis habría sido introducida por Ehrhardt, quien a pesar de todo echaría por la borda la posibilidad de fundar la auto-responsabilidad al no admitir causas de exculpación y, por ello, eliminar cualquier noción de culpabilidad propia. Gómez Jara (2008), p. 203.

and allowed defective risk management with serious socially detrimental effects to prevail. Faulty decisions over time replace individual guilt.”⁴²

La misma línea ha seguido Gómez Jara. Pero a la vez intentando diferenciarse notablemente de Heine, acusándolo de derivar su modelo en uno de culpabilidad por el carácter. Por el contrario Gómez Jara pretende fundar una culpabilidad por el hecho. Desarrolla un equivalente funcional al actuar individual, que él llama “capacidad de organización”. Con esta noción, y en conjunto con la figura del buen ciudadano corporativo,⁴³ puede determinar que la cultura de la organización es antes bien una serie de premisas de decisión sobre las cuales no se puede a su vez decidir. Y en caso de que estas decisiones pongan en cuestión la vigencia de las normas jurídico-penales, se tratará de una cultura corporativa defectuosa.⁴⁴

La segunda alternativa sostiene que “el hecho” con significación delictiva en el que puede incurrir un ente colectivo se configura a raíz –y no en la

⁴² Heine (1995), p. 338.

⁴³ Gómez Jara (2007), p. 315; Gómez Jara (2008), pp. 293 ss.

⁴⁴ “Obwohl in der management- und organisationstheoretischen Literatur der Begriff der Unternehmenskultur viele Deutungen erhält, bietet die Systemtheorie eine einheitliche Definition, die wichtige theoretische Konsequenzen hat. Unternehmenskultur ist der *Komplex von unentscheidbaren Entscheidungsprämissen*, die in einem Unternehmen eine bestimmte *Geltung* besitzen. Daraus ergibt sich, einerseits, dass diese Entscheidungsprämissen nicht auf eine einzige Person zurückzuführen sind; andererseits, dass *ihre Geltung die Geltung von Rechtsnormen in Frage zu stellen geeignet ist*”. Gómez Jara (2007), p. 306. Énfasis en el original.

circunstancia— de que un individuo integrante del mismo ha incurrido en una conducta típica. Así, se incluye un juicio respecto a la actitud que toma la persona jurídica ante la realización de un hecho típico en su interior. Este es uno de los pilares del modelo propuesto por Nieto, quien observa que no debe hacerse responsable a la persona jurídica en el siguiente caso y por los motivos que expone:

“No existe culpabilidad si la empresa reacciona adecuadamente y, en vez de ocultar los hechos coopera [con] la autoridad competente, pone en marcha una investigación interna con el fin de desvelar las causas que han provocado la actividad delictiva, repara voluntariamente a las víctimas e implementa las medidas de organización necesarias para que los hechos no vuelvan a repetirse.”⁴⁵

Si estas conductas post-delictivas no tienen lugar, se configurarían los presupuestos de la responsabilidad propia de la persona jurídica.

El tercer criterio, el “defecto o falla de la organización”, ha valido el renombre a Tiedemann en esta discusión. En su construcción, el hecho propio del colectivo se asimila más bien a una omisión en tomar las medidas de seguridad necesarias para alejarlo de un funcionamiento delictivo. Recurriendo

⁴⁵ Nieto Martín (2008), p. 10. Nieto requiere la culpabilidad reactiva como un segundo elemento, además del defecto en la organización, que se estudiará inmediatamente a continuación.

a la figura de la *actio libera in causa*, y con el consiguiente desfase temporal entre el hecho antinormativo y el hecho que da lugar al criterio de imputación (el ponerse a sí mismo en situación de no poder actuar conforme a la norma). En conjunto, entonces, se fundaría una especie de posición de garante y una culpabilidad antecedente.

Se sostiene que sería difícil construir una imputación de los elementos subjetivos en la persona jurídica, que acompañase a este criterio. Según Diez Ripollés se plantean dos alternativas entre quienes defienden este modelo bajo este criterio: una que sustituye (es decir, renuncia a configurar en sus propios términos) el dolo o la imprudencia según haya mayor o menor defecto de organización, y otra que se conforma con configurar el injusto en la persona física, y requiere culpabilidad del colectivo.⁴⁶ ¿Puede haber culpabilidad por un hecho que no se configura en el ámbito del sujeto en cuestión? ¿Por qué sería ésta una forma de responsabilidad por el hecho propio? ¿Qué significa culpabilidad en este contexto?

Surge la duda de por qué, si Tiedemann es capaz de conceder que es posible imputar omisiones a los entes colectivos, no podría así imputarse

⁴⁶ Diez Repollés (2012).

acciones propias. Mal que mal, ya para el caso de las omisiones, tendría que tener éste capacidad de acción, como se la definirá en el próximo capítulo.⁴⁷

A los dos últimos criterios –la reacción defectuosa y el defecto en la organización– cabe objetar que no identifican en hechos concretos, en los términos que se desarrollarán en lo que sigue.⁴⁸ Esto, puesto que el “hecho” no consistiría en la no evitación intencional de una conducta que se corresponde con la extraíble de una descripción típica. En el caso del defecto en la organización esto se hace claro por la constatación del defecto mismo no en la ocurrencia de un hecho típico, sino en la anterior generación de las circunstancias propicias para que se desarrolle una acción antinormativa. El problema general lo detecta Silva. Éste sostiene es que no sería posible identificar cuál es el hecho imputado y que, al momento de tratar de precisar y delimitar el hecho imputado, siempre se terminaría identificando un hecho imputable a un individuo. Por lo tanto no serían en el fondo más que una

⁴⁷ Véase *infra*, pp. 48 ss. También parece problemático usar la *actio libera in causa* como el criterio de imputación de culpabilidad por antonomasia, cuando desde el punto de vista individual ella es una forma extraordinaria. Lo mismo, bajo su propio aparato conceptual, observa Gómez Jara, pues critica que es por este motivo que Tiedemann finalmente configuraría una forma de responsabilidad estricta, porque no podría probar una organización suficiente. ¿En qué sentido era libre, entonces, la acción primera? Gómez Jara (2008) p. 184.

⁴⁸ Véase *infra*, p 137 y nota 294. Así también Diez Ripollés (2012), p. 8, sosteniendo que se trataría de una forma de derecho penal de autor.

reformulación del modelo a estudiar a continuación (uno de responsabilidad por el hecho del órgano).⁴⁹

Si se quiere mantener que existen dos hechos separados, puede entenderse que el hecho principal es el de un órgano y por parte del colectivo habría un hecho de favorecimiento, que sería el que le es atribuido. Pero para que el colectivo pueda realizar en un sentido pleno una conducta contraria al derecho es necesario entender que éste es sujeto de derecho penal y que por lo tanto puede responder ante las normas (según estos autores, el conflicto recae en si los colectivos pueden ser destinatarios de las normas jurídico-penales). El mismo Silva expone en tenor crítico que desde una comprensión de las normas como *directivas* de conducta esto sería posible, pero se muestra escéptico de que ésta sea la comprensión de las normas que uno quisiese sostener.⁵⁰ Si se las entiende como *expectativas* de conducta, por otro lado se comprendería a los colectivos como centro de imputación de las normas, pero sin autoconciencia ni libertad, pues esta expectativa no requeriría que éste centro de imputación se auto-determinara para cumplir con tales expectativas.⁵¹⁵²

⁴⁹ Silva Sánchez (2002), pp. 167-168.

⁵⁰ Silva Sánchez (2002), pp. 170-172.

⁵¹ El mismo Silva Sánchez (2002), p. 172.

Para Gómez Jara, el “hecho” se puede entender normativamente, como una configuración de un ámbito de organización.⁵³ Pero Mañalich identifica que dentro del sistema de Gómez Jara habría una circularidad innegable. Al interior de su modelo, la capacidad de autoorganización reflexiva fundamentaría no el *hecho*, sino la *culpabilidad* de un colectivo, por lo que “la persona jurídica sería culpable de un ejercicio de su propia capacidad de ser culpable”.⁵⁴

Dado que la ley 20.393 recoge descripciones típicas ofrecidas en otros textos normativos, pero que tienen una estructura que debe permitir la subsunción de los hechos imputados en ella, se produce un nuevo conflicto con los supuestos “hechos” identificados arriba en los tres criterios alternativos como los que podrían ser propios de un colectivo.⁵⁵

1.1.2.2. Responsabilidad por hecho ajeno

⁵² Abordaremos este problema en el capítulo 4.1.

⁵³ En su monografía Gómez Jara lo pone en los siguientes términos: “El ‘hecho’ –para respetar la culpabilidad por el hecho– consiste en la configuración de un ámbito de organización propio – siempre, claro está, respetando los *límites* de la tentativa y la consumación–, y de ahí que la libertad desde este planteamiento teórico no se entienda como una libertad de voluntad, libertad de decisión en un momento concreto, sino libertad de (auto)organización, ‘libertad de autoadministrarse’”, Gómez Jara (2008), nota 314.

⁵⁴ Mañalich (2011a), p. 300.

⁵⁵ Así Mañalich (2011a).

Otra alternativa es la adopción de un sistema que imputa al colectivo los hechos delictivos cometidos por e imputables enteramente a sus directivos, administradores o empleados, si ello ha sido por cuenta y en beneficio de la sociedad.⁵⁶ En este caso puede sistematizarse la legislación existente en aquellos sistemas que imputan los actos sólo de los directivos y empleados superiores, que generalmente no requieren más que su mera intervención, actuando dentro de su ámbito de competencias, aquellos que permiten que la acción de cualquier empleado (“from the president to the workman”) sea imputada al colectivo pero requiriendo además que la acción se haya realizado en beneficio de la empresa, y un modelo mixto que no considera sólo la distribución formar de competencias, sino que requiere que el individuo que ha actuado tenga algún poder de decisión o “sufficient seniority”.⁵⁷

Estos son modelos son entendidos como “de transferencia de responsabilidad” o “por atribución”. Ello implica que la responsabilidad (objetiva y subjetiva, se dirá) se configure totalmente en algún miembro del colectivo con las características anteriormente señaladas, aunque éste no sea necesariamente identificado. Es por ello que se considera que es un sistema en

⁵⁶ Díez Ripollés (2012), p. 5.

⁵⁷ Tiedemann (1996), pp.121-125. De poder ordenarse el modelo chileno en base a estas categorías, habría que decir que se trata de uno que impone el requisito de actuar en beneficio de la empresa incluso para los casos en que la acción haya sido materializada por los directivos. Véase Hernández (2010).

que el colectivo responde por un hecho ajeno, propio de los representantes o empleados.⁵⁸

La primera objeción que se plantea es la de la infracción de un principio esencial del derecho penal como es la responsabilidad por el hecho propio.⁵⁹ Esta objeción descansa sobre la premisa de que no es posible que un hecho en algún sentido realizado por una persona o individuo sea correctamente atribuible a otro.⁶⁰ Suele afirmarse la relación de este principio con el de culpabilidad, que sería un principio constitucional.⁶¹ Y ante esto Nieto responde:

“tengo serias dudas que desde un prisma estrictamente constitucional este concreto aspecto del principio de culpabilidad, la interdicción de la responsabilidad objetiva, pueda ser trasladado tal cual de las personas físicas a las jurídicas, pues la culpabilidad en este punto, al igual que

⁵⁸ Diez Ripollés (2012), p. 6.

⁵⁹ Diez Ripollés (2012), p. 5; Gómez Jara (2008) sostiene que se trata más bien de un sistema de beneficios, en vez de uno propiamente jurídico-penal, p. 170; Robles (2006): “Este modelo infringe el principio de responsabilidad por un hecho propio, elemento constitutivo del principio de imputación personal, en su vertiente cuantitativa”, p. 5; van Weezel (2010), pp. 117-118.

⁶⁰ El contraste que se utiliza para ejemplificar la atrocidad que significaría contrariar este principio puede tomarse de Mir Puig (2004): “del mismo modo que en el caso del padre que determina el alzamiento de los bienes del recién nacido, sería absolutamente injusto reprochar al bebé la comisión del delito, porque el niño no ha hecho nada de lo que se le pueda culpar, también cuando el administrador de una persona jurídica produce el alzamiento de bienes de ésta sería injusto reprochar a la misma la comisión del delito cuando ésta se debe únicamente a la actuación del administrador”, p. 10.

⁶¹ Así referido a estas materias van Weezel (2010), nota 20. Más en general Rodríguez y de la Fuente (1989).

otros derechos fundamentales como el honor o la intimidad, emanan del valor de la dignidad humana, y en cuanto tal es difícil entender que pueda afectar a la persona jurídica”.⁶²

Así también se puede sostener con Diez Ripollés que este sistema, si bien implica una transferencia de responsabilidad, no sería ésta una responsabilidad estricta y atentatoria contra el principio de culpabilidad, pues en el órgano deberían concurrir tanto los requisitos de imputación objetiva como subjetiva.⁶³

Existen discrepancias sobre el alcance que tendría esta transferencia. En general se entiende que al producirse, dejaría de ser responsable el miembro del colectivo en el que ésta se originaba. Así se salvaría lo que ha sido identificado por algunos autores como una infracción al principio *ne bis in ídem*.⁶⁴ Diez Ripollés sostiene que no existiría tal violación ni en caso de que ambos, miembro y colectivo, tuviesen que responder, pues no habría una doble consideración de un mismo fundamento, sino simplemente que se haría responder al colectivo de un hecho por el que otra persona ya responde.⁶⁵ Otra

⁶² Nieto (2008), p. 7. En el mismo sentido y contra van Weezel, Mañalich (2011a), p. 303.

⁶³ Diez Ripollés (2012), nota 13.

⁶⁴ Nieto (2008), p. 7. Silva Sánchez (2002), p. 162, la llama alternativa más que acumulativa.

⁶⁵ Diez Ripollés (2012), nota 13.

solución, que para algunos es la consecuencia inevitable de querer respetar este principio, será hacer responsable sólo al colectivo, dejando de lado a el o los individuos.⁶⁶

Silva Sánchez sostiene que, si bien este modelo no presenta mayores problemas en los elementos de acción, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, porque todos ellos se configuran en el miembro del colectivo según los parámetros normales de la teoría del delito, el problema se presentaría en identificar el título bajo el cual se justificaría la transferencia de responsabilidad. Si bien los aspectos objetivos podrían ser transferibles –aunque nos surge la duda de por qué aquí el autor no requiere igualmente de un título que sirva al efecto–, no podría hacerse lo mismo con los elementos subjetivos, y sin ellos no podría hablarse de culpabilidad ni pena en un sentido tradicional, para entes colectivos.⁶⁷

Pero Mañalich ha apuntado, siguiendo a Jakobs, que la mayor crítica a un modelo de responsabilidad por hecho ajeno es normativa y no ontológica: se afirma que en derecho penal no es posible entender que normas de comportamiento penalmente reforzadas se dirigen al colectivo porque el deber que éstas establecen es personalísimo. Una transferencia de responsabilidad

⁶⁶ Van Weezel (2011), p. 131. Así también se extiende Jakobs (2004).

⁶⁷ Silva Sánchez (2002), pp.160-165, 169.

del individuo al colectivo, ya que no sería posible atribuirle a éste los hechos como propios, atentaría contra el funcionamiento y la lógica de las normas jurídico-penales.⁶⁸

1.1.3. Responsabilidad por el hecho propio y responsabilidad por transferencia

Como se ha visto, los modelos de responsabilidad por hecho ajeno se entienden en la doctrina como responsabilidad por hechos de los órganos y transferida al colectivo. Por otro lado, los sistemas de responsabilidad por el hecho propio contienen principalmente modelos de defecto en la organización. Pero como se observará, existe aquí una superposición entre ciertos conceptos de acción, culpabilidad y responsabilidad que no es necesaria y que no favorece la claridad en el análisis del problema.

Esto da espacio para que Robles pueda decir que la distinción entre responsabilidad por hecho propio y ajeno en realidad no existe. La verdad, el

⁶⁸ Mañalich (2011a), p. 299. Coincidentemente, aunque con algunas dificultades terminológicas, Mir Puig (2004), p. 8: “No hay un concepto ontológico de delito. Del mismo modo que hemos desarrollado un concepto de delito como obra del hombre, podemos construir otro concepto de delito en el que también tengan cabida actuaciones de colectivos y la imputación a una persona jurídica de la actuación de determinadas personas físicas. Ello es lógicamente posible. Pero plantea importantes problemas político-criminales.”

modelo de responsabilidad por el hecho propio (al menos en su específica versión del defecto de la organización) sería sólo una reformulación de la responsabilidad por transferencia. Y la causa de ello radicaría en que la persona jurídica no podría actuar con independencia de las personas físicas, de manera que el defecto sería imputable únicamente a las personas físicas que lo han provocado o podían haberlo evitado.⁶⁹

1.1.3.1. La distinción auto- y hétero-responsabilidad

Gómez Jara busca derribar el dilema anterior, entre responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno, por la vía de entender que en cualquier caso existe un juicio normativo detrás.

“[Q]ue estas clasificaciones pueden llevar a equívocos pues la diferencia entre ambos modelos parece radicar en la distinción entre la *atribución* de una responsabilidad ajena y la *constatación* de una responsabilidad propia. Sin embargo, si –como aquí– se entiende que *la responsabilidad penal siempre es un acto normativo de atribución o imputación*, se tiene que buscar otra denominación. Lo determinante va a ser si la

⁶⁹ Robles (2009), p. 5. Como hemos visto *supra*, van Weezel (2011) no niega la distinción, pero utiliza este argumento para desarticular la responsabilidad por hecho propio solamente.

responsabilidad que se imputa se considera propia o ajena, y ello tanto para individuos como para empresas”.⁷⁰

Si bien este punto se desarrollará con mayor detalle más adelante,⁷¹ es importante aclarar desde ya un elemento.

En el ámbito del derecho penal y bajo el modelo de imputación de Hruschka, son diversos los pasos a llevar a cabo previo a la constatación de la concurrencia de todos los requisitos de responsabilidad penal. Luego de determinado el objeto de la imputación mediante la identificación de una norma, tienen lugar dos juicios de imputación, la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*.⁷² Se imputa a la capacidad de acción y a la capacidad de culpabilidad de un sujeto un incumplimiento, aquel del deber a que quedan sometidos por la norma de conducta. Habiendo, por lo tanto, siempre un juicio doble de imputación en base a diversos criterios, lo que Gómez Jara pretende hacer con su distinción de auto- y heteroresponsabilidad es decir que la *culpabilidad*, específicamente, se imputa originariamente (y no se transfiere la imputada a otro) al colectivo.

Así, afirma:

⁷⁰Gómez Jara (2008), p. 168. Énfasis en el original.

⁷¹ Véase *infra*, p. 80.

⁷² Huschka (2005), p. 346.

“un modelo de autorresponsabilidad(*Selbstverantwortung*), que, a diferencia de los modelos de heterorresponsabilidad, centran su atención en la conformación de una culpabilidad propia de la empresa y no en la atribución a la empresa de una culpabilidad ajena – sc. la de sus órganos o representantes –”.⁷³

Por lo tanto, independiente de a quien se atribuya la acción, aquí el foco está puesto sobre en quién se configura la *culpabilidad*. Por lo tanto, autores que consideran que el injusto se configura en el colectivo, como por ejemplo Tiedemann con su propuesta del defecto en la organización, quedan calificados como partidarios de un modelo de heterorresponsabilidad en una medida importante, por depender de un “hecho de conexión” de un órgano, es decir “aquellos que toman como fundamento una serie de hechos individuales que, en virtud de ciertos presupuestos, son imputados a la empresa *como propios*”.⁷⁴ El mayor problema de que el peso de la clasificación recaiga sobre la culpabilidad, como se ha visto,⁷⁵ es que precisamente es la capacidad de culpabilidad la que la mayor parte de la doctrina pone en duda para poder sostener la responsabilidad de los entes colectivos.

⁷³ Gómez-Jara (2010), p. 466.

⁷⁴ Gómez-Jara (2008), p. 123. Énfasis en el original.

⁷⁵ Véase *supra*, p. 15.

Por lo demás, como se dijo anteriormente, esta distinción (entre auto- y héterorresponsabilidad) reorganiza a las demás propuestas teóricas de tal modo que ya no se perciben las diferencias que anteriormente parecían ser sustantivas. Así, por ejemplo, Gómez Jara califica la tesis de Bacigalupo Saggese –que en sus propios términos niega que se trate de un modelo de transferencia aunque sí sea el órgano el que realiza la acción, pero siendo ésta acción propia de la persona jurídica por la capacidad de representación y de acción a nombre de ella que tienen ciertos personeros– como una de héterorresponsabilidad.⁷⁶

1.1.3.2. Eliminación de la discusión sobre culpabilidad y aplicación de medidas

Quien sólo discute a nivel del segundo juicio de imputación, es decir, de la culpabilidad, tendrá la opción de afirmar paralelamente la capacidad de acción. Esta precisión se vuelve pertinente porque hay quienes han pretendido justificar la responsabilidad penal sin necesidad de culpabilidad de la persona

⁷⁶ Gómez-Jara (2008), p. 251.

jurídica. Por ello, si bien se trataría de derecho penal, éste funcionaría bajo una lógica radicalmente diferente. Éste ha sido el camino tomado por Schönemann, legitimando la imposición de sanciones sobre la base del estado de necesidad preventivo de bienes jurídicos (*Rechtsgüternotstand*).⁷⁷ Dado que los colectivos (especialmente centrado en las empresas, en este caso) generarían potenciales peligros para los bienes jurídicos, la protección de éstos justificaría la imposición de sanciones. Según Silva “este principio de legitimación requiere que se trate de reacciones apropiadas, necesarias y proporcionadas, elementos que recuerdan significativamente a la lógica de las medidas de seguridad”.⁷⁸

Por otro lado Stratenwerth ha sostenido que la finalidad de prevención general posibilita renunciar completamente a la necesidad de culpabilidad, pero asumiendo que la consecuencia necesaria para las personas jurídicas es que no podrían aplicarse penas, sino meras medidas de seguridad, aunque concebidas igualmente como sanciones penales.⁷⁹

Gómez Jara no concede que estos autores realmente logren renunciar a la capacidad de culpabilidad. Por el contrario, afirma que ambos, dado que

⁷⁷ Véase Gómez-Jara (2008), pp. 203 ss; Bacigalupo (2001), pp. 157, 160 ss. Agrega Schönemann inicialmente el requisito de que no sea posible imputar la acción a un autor individual, cuestión que años después abandona, Bacigalupo (2001), pp. 163 s.

⁷⁸ Silva (2008), p. 143.

⁷⁹ Bacigalupo (2001), pp. 165 ss.

basan sus teorías también en un modelo de sistemas sociales autopoyéticos, se ven forzados a reconocer la libertad de organización del sistema y por lo tanto, una forma de culpabilidad como la que él mismo observa.

1.1.3.3. Responsabilidad por el hecho propio con (y a pesar de) la intervención de un miembro del colectivo

¿Implica la participación de un miembro de un colectivo en la realización de un hecho, que éste le deba ser imputado y además que esta imputación deba ser exclusiva a aquél y no al colectivo del que participa? La respuesta a esta pregunta tomará probablemente toda la extensión de este trabajo. Pero puede de momento intentarse aclarar un punto.

Gracia Martín, quien niega la capacidad de acción de los colectivos, busca distinguir entre el sujeto de la acción y el sujeto de la imputación. Su propuesta, entonces, es que no es la acción la que se imputa a aquellos, sino los efectos jurídicos de la acción de los órganos.⁸⁰ Un primer elemento a tener claro es que la misma acción es atribuida (y no descubierta, comprobada,

⁸⁰ García Martín en Novoa (2013), p. 328.

percibida o estipulada).⁸¹ Como vimos anteriormente, es el concepto de acción adoptado por Gracia Martín el que obstaculiza para él cualquier análisis que considere la imputación de acciones a un colectivo.

Pero podemos encontrar en Chile un autor que se pronuncia por una interpretación divergente a la mayoritaria, sobre la regulación legal. Recordemos el tenor literal del antiguo artículo 39 del Código de Procedimiento Penal y su nueva formulación en el art. 58 del Código Procesal Penal establece que: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”. Sorprendentemente y contra la interpretación general que se ha dado en los manuales tradicionales, sobre que estas normas implicarían una negación de la capacidad de acción, Garrido Montt sostiene: “Implícitamente el precepto acepta que una persona jurídica puede realizar una acción delictiva; lo que dispone es que por ella responden penalmente las personas naturales que intervinieron en tal actividad”.⁸² La norma no se sitúa, entonces, del lado de quienes sostienen que son los hechos

⁸¹ También de esta tesis es Bacigalupo (2001), pp. 152 s.

⁸² Garrido Montt (2003), p. 56. El autor, de todos modos, sostiene que es esta norma la que no es acorde al resto del ordenamiento, y que una interpretación sistemática exige que cada vez que se quiera establecer la responsabilidad en entes colectivos se haga expresamente por el legislador, dado que la generalidad de las formulaciones típicas presuponen que el autor es un sujeto individual.

de las personas físicas los que se imputan a la persona jurídica, sino precisamente que de los hechos de éstas responden aquéllas.⁸³

1.2. El proyecto

En suma, los elementos recopilados hasta aquí permiten deducir en primer lugar que es posible plantear como punto de partida la discusión sobre la capacidad de acción en derecho penal, antes de adentrarse en la capacidad de culpabilidad. Para mantenerse dentro del esquema general de la dogmática penal, y no desarrollando uno *ad hoc* para los entes colectivos, es necesario determinar qué concepto de acción es el más adecuado para la operación de las categorías de la imputación jurídico-penal. Resuelto esto podrá, en base al concepto de acción y capacidad de acción, definirse si hay algún hecho del cual los colectivos puedan ser agentes, si estos hechos pueden ser relevantes para el derecho penal. Si puede decirse que hay hechos propios de los entes colectivos, entonces habrá alguna posibilidad de analizar en mayor detalle las

⁸³ Por supuesto esto no quiere decir que el tenor de la norma sea definitorio para afirmar o negar capacidad de acción, como ya se ha dicho *supra*, p. 2. Menos todavía porque el artículo 3 de la ley 20.393 estipula que “Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1 que fueren cometidos en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables”, por lo que si sólo ello bastara habría una norma que reconoce capacidad de acción, pero niega responsabilidad, y otra que no afirma ni niega la capacidad de acción de los colectivos, pero les atribuye responsabilidad.

implicancias que tiene la agencia para la responsabilidad penal y volver a los conceptos jurídico-penales de imputación como son la causalidad, los criterios de imputación subjetiva y de intervención delictiva. Se trata, por lo tanto, en términos de la doctrina tradicional, de una exploración de la capacidad de acción de las personas jurídicas para establecer un modelo de culpabilidad por el hecho propio de los entes colectivos (pudiendo agregarse también que pretende ser un modelo de autorresponsabilidad, con las prevenciones ya planteadas).

2. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN CON RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL

Desplegar un concepto de capacidad de acción unitario pasa por evaluar las tesis más ponderadas en el ámbito penal, recapitular algunos desarrollos en la teoría de la acción de la filosofía analítica y acercarlos al ámbito jurídico. Para ello se expondrá la relevancia y uso que tiene el concepto de intención, su vinculación con la acción y su realización en ésta, además de su aptitud determinante a la hora de definir si se predica agencia de un ente.

2.1. Síntesis de la discusión acerca del concepto jurídico-penal de acción

El concepto de acción ha sido tradicionalmente colocado al centro de la discusión sobre los elementos del delito, aunque con diferentes consecuencias. Esto no es casual, porque como expresa Kindhäuser:

“la interpretación de una conducta como acción es el camino adecuado *per se* para adscribir responsabilidad por la entrada de una

transformación [de estado]. No obstante, la adscripción de responsabilidad solo tiene sentido en un contexto normativo en el que se trate de alabanza o reproche”.⁸⁴

Así se entiende el porqué de la disputa entre diversas tradiciones, para determinar qué transformaciones del entorno deben quedar sujetas a la conceptualización penal. El debate entre las tesis causalistas y finalistas generó una disputa que pretendía reestructurar la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, su ubicación y contenido. La discusión penal más reciente ha mantenido la capacidad de acción como elemento fundamental para la construcción del delito, mas considerándola un elemento cada vez menos disputado ante las cuestiones que preocupan a los dogmáticos.

Tradicionalmente se consideró a la “acción” como aquel sustantivo que prestaba anclaje a los tres adjetivos “típica, antijurídica y culpable”, que tendrían que concurrir simultáneamente para configurar un hecho punible. “Mas la culpabilidad no es una propiedad que se agregue al injusto de modo puramente aditivo, así como una manzana puede ser roja e independientemente de ello además jugosa, sino que ella tiene como objeto, precisamente, al injusto. Y de la misma manera, la antijuridicidad no es una propiedad contingente respecto de la tipicidad, sino un predicado que presupone ya la tipicidad de un

⁸⁴ Kindhäuser (2008), p. 19.

comportamiento”.⁸⁵ Por lo demás, para que ésta fuera la función de la acción en la estructura del delito, “acción” tendría que ser un concepto capaz de servir a todas las formas de comportamiento penalmente relevante –activo y omisivo, doloso e imprudente, tentativas y delitos consumados. Ni el causalismo ni el finalismo pudieron justificar esto satisfactoriamente.⁸⁶

La definición habitual de la acción causal es la de una conducta, una modificación del mundo exterior, portadora de voluntad, e independiente del contenido de ésta. No considera, por tanto, *hacia dónde* se dirige el movimiento causal, puesto en términos que luego utilizarían los finalistas.⁸⁷ Pero se ha mostrado que esta definición de la acción no tiene utilidad jurídico-penal, dado que decir que una conducta es portadora de voluntad no es suficiente para que se pueda afirmar que mediante ella se está siguiendo una norma de comportamiento. Un comportamiento meramente *adecuado* a una norma no necesariamente corresponde al *seguimiento* de la misma si no encuentra su motivación en la norma misma.⁸⁸ La primera es la pregunta por la realización del contenido proposicional de la norma, pero la posibilidad de seguimiento de

⁸⁵ Kindhäuser (2008), p. 7.

⁸⁶ Gómez Benítez (1988).

⁸⁷ Gómez Benítez (1988), p. 51.

⁸⁸ Así Mañalich (2013), p. 10 con mayores referencias.

ella es la que se relaciona con las capacidades y conocimientos del sujeto.⁸⁹
“Para la imputación de un comportamiento como contradicción de una norma resulta necesario, por ello, que el destinatario de la norma haya estado en posición de formarse la intención, en atención a la norma, de evitar intencionalmente el comportamiento antinormativo”.⁹⁰

De este mismo problema adolece el concepto de acción final, pues si bien en él “[l]a acción no es sólo —como en el concepto causal de acción— un eslabón entre el autor y un resultado que fundamenta la antijuricidad, sino que es incluso ‘expresión de sentido’, [por ello] no debe entenderse aquí la toma de posición (actitud) individual ante la *norma*, pues la finalidad existe con independencia de una regulación normativa del ámbito de objetos configurados finalmente”.⁹¹ Adicionalmente esta teoría aborda sólo los hechos (positivamente) intencionales, lo que excluye no sólo los delitos imprudentes, sino también aquellos con dolo de segundo grado.⁹²

⁸⁹ Mañalich (2010a), p. 178.

⁹⁰ Mañalich (2010a), p. 179.

⁹¹ Jakobs (1997), p. 164. Énfasis en el original.

⁹² Choca con este frustrado intento, el hecho de que la teoría finalista haya pretendido desarrollar el concepto de acción no sólo como un primer elemento de análisis, sino como una verdadera teoría de la acción como teoría del injusto o del delito. Así lo afirma Silva Sánchez (2003) con referencia a Schild, p. 45 nota 6 y p. 53.

Al concepto social de acción, tercera gran corriente entre los dogmáticos, se le critica que no ha tenido una formulación unitaria. Lo que caracteriza la acción penalmente relevante es ser “socialmente importante”. Pero se ha sostenido que este predicado puede también aplicarse a procesos meramente naturales (sin intervención humana) y que dotaría muy pobremente de contenido a la capacidad de acción alternativa conforme a la norma.⁹³

Dada la insuficiencia de los conceptos de acción estudiados, se vuelve retomar el que ha sido esbozado arriba, denominado concepto intencionalista de acción.⁹⁴ Por lo tanto, el concepto de acción a utilizar en el presente trabajo será el de *acción intencional*. Esta noción no es nueva y se remonta a la tradición aristotélica, que ya distinguía la necesidad de reconocer en el comportamiento humano un sentido o manifestación de intención o voluntad para poder sujetarlo a un juicio de valor:

“Puesto que la virtud se refiere a las pasiones y a las acciones, y que sobre los actos voluntarios puede recaer alabanza o censura, mientras que sobre los involuntarios, por el contrario, cabe la indulgencia cuando no la compasión, parece necesario definir lo voluntario y lo involuntario;

⁹³ Así Kindhäuser (2012), pp. 33-34.

⁹⁴ Véase *supra*, pp. 4 y 16.

lo que no dejará de ser también útil a los legisladores para calcular los premios y los castigos.”⁹⁵

La restricción del uso de la palabra “acción” para el significado de “acción intencional” se justifica, entonces, en el hecho de que nos encontramos en un contexto normativo en el cual no tiene sentido considerar otros comportamientos como relevantes.⁹⁶ Una conducta, al ser intencional, obtiene un sentido, y puede decirse entonces que es una acción, pues se une con un objetivo perseguido por el autor. Pero de que el autor haya tenido un motivo no se sigue que éste, en particular, sea relevante en sede de determinación del injusto.⁹⁷ Lo relevante será, más bien, que no haya querido lo que debía querer, evitar la realización de un comportamiento típico.⁹⁸ En palabras de Kindhäuser:

“[D]ado que el autor parte de una situación fáctica que le habría hecho prácticamente necesario ejecutar u omitir una acción para él posible,

⁹⁵ Aristóteles (s.a.) Libro III. Se hace evidente que la traducción del pasaje Aristóteles ha optado por “voluntad” en vez de “intención”, y esto merece una breve referencia. Como sostiene von Wright, ambos conceptos corresponden al aspecto interno de la acción. Así, él mismo prefiere luego limitarse, como haremos nosotros, al uso de la noción de acciones intencionales, por encontrarse el concepto de voluntad muy ligado al ámbito filosófico y alejado del lenguaje cotidiano. Von Wright (1979), p. 120. También Anscombe (1991), p. 151 y Gilbert (2006), pp. 38, 67, 79, haciendo especial referencia a la intención como elemento de la capacidad física de acción.

⁹⁶ Sobre lo esencial del contexto normativo, y las acciones como procesos interpretables y no meramente explicables en términos físico-naturales, véase Silva Sánchez (2003).

⁹⁷ Silva Olivares (2013), pp. 53 ss.

⁹⁸ Kindhäuser (2008), p. 14.

para evitar así la realización de un tipo delictivo, en circunstancias que él, de hecho, no ejecutó u omitió esta acción, queda entonces establecido que él no quiso realizar el objetivo, fijado por la norma, de evitar la realización del tipo, a pesar que él habría podido realizarlo, esto es, que él no quiso hacer lo que debía. Por qué el autor no se formó, con eficacia para la acción, la intención de evitar la realización del tipo, no obstante haber sido capaz de ello, constituye, en cambio, una pregunta de la culpabilidad”.⁹⁹

Ello da lugar a una noción de *capacidad de acción* jurídico-penal que podría definirse como aquella capacidad personal de formarse y realizar la intención de evitar el comportamiento antinormativo. Esta contiene tanto el poder físico como el conocimiento de las circunstancias en las que se lleva a cabo la acción. Como se puede observar, la capacidad de acción contiene un elemento eminentemente contra-fáctico. La intención relevante para la capacidad de acción jurídico-penal no es la intención de realizar un determinado tipo, sino la *no* formación y realización de la intención de *evitarlo*.¹⁰⁰

⁹⁹ Kindhäuser (2008), p. 10. Existe discrepancia en la forma en que se debe abordar el problema de la imprudencia, desde una tesis intencionalista. Como se verá más adelante, la postura aquí suscrita es que la intencionalidad basta pueda predicarse de una de las posibles descripciones de la acción para que ésta pueda ser considerada tal. Véase *infra*, pp. 58 ss.

¹⁰⁰ Éste es el llamado “principio de la negatividad del objeto de la imputación”, véase Mañalich (2013), p. 8-9. La falta de claridad a éste respecto, también entre los filósofos dedicados a la teoría de la acción, llevan constantemente a confundir la intención con lo que en derecho penal cabe bajo categorías de imputación subjetiva. Así, por ejemplo, French (1984) quien cree que

Si se satisfacen estas condiciones, se está en posición de imputar el comportamiento contrario a la norma, dado que existían las condiciones para comportarse conforme a ella, es decir, el sujeto se hallaba personalmente vinculado a la norma. Este juicio corresponde a la imputación de primer nivel, que constituye el injusto personal de la acción.¹⁰¹ No se halla vinculado a la norma quien no es capaz de cumplirla, éste es el principio *ultra posse nemo obligatur*.

2.2. La capacidad de acción como capacidad de intencionalidad de primer orden

El objetivo de este apartado es acercar los términos de la discusión de la dogmática penal a los términos actualmente utilizados en teoría de la acción. Es por ello que –a diferencia del capítulo siguiente– no se dará cuenta aquí tanto de las discordancias entre estos teóricos, sino más bien de acuerdos y presupuestos sobre los cuales se trabaja actualmente en este ámbito.

es necesario incluir en el concepto de intención ciertos principios o cláusulas sobre conocimiento y previsibilidad (PPA y EPA, en sus términos), pp. 129 ss.

¹⁰¹ Mañalich (2010a), pp. 180-181. Como se verá en el último capítulo de este trabajo, además de esta imputación ordinaria el derecho penal reconoce como posibilidad extraordinaria formas de imputación fundadas en la propia responsabilidad por un déficit de responsabilidad, como es el caso de la imprudencia. Allí se desarrollará cómo un concepto intencional de la acción no obsta a aquella estructura de imputación.

Como se ha adelantado, el seguimiento de una norma supone la capacidad de formarse y realizar intenciones relativas a intenciones. Continuando la línea anterior, nos dedicaremos en lo que sigue a la capacidad de formarse y realizar la *intención de primer orden*, la capacidad de acción.

2.2.1. El concepto de intención

El modelo de la acción seguido por la filosofía analítica contemporánea se basa estructuralmente en el concepto de intención.¹⁰² En los términos propuestos por Searle, una intención es uno de diversos estados mentales posibles que se dirigen o refieren a objetos o estados de cosas en el mundo (llamados, en conjunto y de modo poco clarificador “estados intencionales”).¹⁰³

¹⁰² Respecto de este énfasis existe una disputa entre los teóricos llamados “intencionalistas” y “causalistas”. Los primeros claramente ponen el concepto de intención como piedra angular de sus teorías. Los segundos consideran que la intención es un estado intencional más, como también son deseos y creencias, que “causan” la acción. La principal crítica de los primeros a los segundos es que deseos y creencias pueden estar en conflicto entre sí, por lo que no bastan para explicar una acción. La teoría causalista no permitiría explicar las acciones como autónomas, pues no podría explicar cómo un agente puede realizar acciones a pesar de no desearlas, por ejemplo (el clásico ejemplo es el de Frankfurt, en el cual un adicto, consciente de su enfermedad, no puede dejar de consumir droga a pesar de quererlo). Para un resumen de los postulados causalistas y las principales objeciones véase Davis (2010). La noción causalista se asocia a la que *infra* es referida como un modelo clásico, en el que los estados intencionales sirven como premisas del silogismo práctico y por ello la tesis intencionalista aquí adoptada es aquella que considera a la intención como la conclusión del mismo.

¹⁰³ Searle (2010), p. 25. De acuerdo a Velleman, la mejor forma de expresarlo en términos coloquiales sería que una intención “is the state in virtue of which someone is said to have made up his mind”. Velleman (2000) p. 200. Éste autor sigue luego a Bratman al sostener que las intenciones se alejan de la noción de metas y se acercan más a planes o propósitos, de los

Un estado intencional contiene la representación de sus propias condiciones de satisfacción, es decir, de los criterios que permiten evaluar la realización exitosa del estado intencional:

“If I believe that I will vote for Jones, my belief will be true iff I vote for Jones, if I desire to vote for Jones my desire will be fulfilled iff I vote for Jones, and if I intend to vote for Jones my intention will be carried out iff I vote for Jones.”¹⁰⁴

Y la particularidad de la intención ante otros estados intencionales es, al menos, que para pueda decirse que ésta se ha realizado es necesario que las condiciones de satisfacción las haya puesto el mismo sujeto, modificando el entorno con tal de adaptarlo al contenido proposicional.¹⁰⁵ No basta con que las condiciones se puedan constatar en el mundo, sino que ellas deben haberse verificado mediante la actividad del sujeto.¹⁰⁶

cuales uno no puede racionalmente tener dos contradictorios, a diferencia de las primeras. pp. 203 s.

¹⁰⁴ Searle (1983), p. 79.

¹⁰⁵ En lenguaje técnico ésta es la dirección de ajuste correspondiente a la intención: una del mundo a la mente (*world to mind direction-of-fit*). Para más detalle ver: Searle (2010), pp. 27-30.

¹⁰⁶ Existe debate sobre si esta mediación debe ser necesariamente causal o no, para que pueda imputarse una acción a un sujeto. Para la teoría de cuño causalista, antes mencionada y que no es en todo coincidente con la doctrina penal homónima, la relación entre el sujeto y la acción tiene como condición necesaria la vinculación causal. Pero queda por determinar cuáles son los términos de esta relación causal, qué es causa de qué. Para efectos de la atribución de un hecho a un sujeto, parece no tener sentido el análisis causal: “what more have we said when we say the agent caused the action than when we say he was the agent of the action? The concept

Pero ya Anscombe descartaba que las intenciones fuesen meros estados mentales o, en sus términos, movimientos interiores.¹⁰⁷ Esta tesis asimila la noción de “tener una intención” (para el futuro), con las de “hacer algo con la intención de x” (lograr un fin u objetivo) y con la “intención en la acción” (hacer algo intencionalmente).¹⁰⁸

Para que sea el sujeto quien determina las condiciones para la verificación del estado intencional en el mundo, se requiere de las nociones de formación y realización de la intención. Una acción es un evento¹⁰⁹ que puede describirse como la realización de una intención, que explicita las razones que tiene el agente para producir este evento.

of *cause* seems to play no role”. Davidson (2001) pp. 52 ss. Sí tiene relevancia, en cambio, el que un determinado hecho X (no un sujeto) sea causa de un hecho Y. Véase para un mayor desarrollo *infra* capítulo 4.2.

¹⁰⁷ Más desarrollo a este respecto, véase *infra* capítulo 3.3.

¹⁰⁸ Ejemplo de distinción entre los tres tipos de intenciones podría ser el propuesto por Kieran Setiya: una intención para el futuro sería la de terminar este trabajo dentro del próximo mes, la intención en la acción es la de escribir un pie de página en este momento, y una acción intencional es la que se observa en el hecho de que estoy tipeando estas palabras intencionalmente. El trabajo de Davidson permitió unificar las dos últimas clases, pues ambas pueden ser entendidas como formas de describir un mismo comportamiento en virtud de dos diferentes razones primarias. Las propuestas para eliminar la primera clase como una categoría independiente se desprenden del trabajo de Anscombe. Setiya (2011).

¹⁰⁹ Para una reseña de la discusión de este punto véase Lowe (2010) quien destaca la posibilidad de que al menos parte de las acciones no fuesen eventos, y en tal caso, ellas no constituirían ninguna categoría unificada de entidades. Con más referencias Mañalich (2012a), pp. 665 s.

El modelo más clásico sostiene que tanto las intenciones como las creencias y los deseos son juicios legaliformes, es decir, que ordenan realizar una acción debe ser realizada. Así, estos estados intencionales funcionarían como premisas que determinarían, en base al conocido silogismo práctico, la acción.¹¹⁰ El silogismo práctico es una estructura de deliberación racional. Pero se critica a este modelo que sería insuficiente para dar cuenta de posibles deseos o preferencias contradictorias. Donald Davidson plantea, luego, que la intención sería la conclusión de un razonamiento práctico, que puede corresponder a la acción intencional. Este juicio podría ser asociado a la acción, a diferencia de simples juicios de deseo, dado que es el producto de la evaluación de deseos, creencias y demás actitudes proposicionales que eventualmente están en oposición entre sí. La conclusión del razonamiento es

¹¹⁰Se atribuye a Aristóteles –aunque existan muchas diferencias interpretativas, por lo fragmentario de sus referencias al tema– un modelo como el siguiente, extraído del libro III de la *Ética Nicomaquea*:

(1) Sé que no se deben comer dulces (los dulces son poco sanos).

(2) Sé que es agradable comer dulces.

Debido a los apetitos, decido actuar conforme a la segunda premisa. Por lo tanto, el razonamiento es el siguiente:

Premisa mayor: Todos los dulces deben ser probados;

Premisa menor: Este caramelo es un dulce;

Conclusión: Comeré el caramelo.

la intención que el agente efectivamente pretende llevar a cabo, todas las cosas consideradas.¹¹¹

Brandom toma esta noción de Davidson¹¹² y la dota de un contenido normativo:

“A particular intention may or may not settle how one will act, but its content determines how it is appropriate to act, according to the intention –namely by making-true that content.”¹¹³

Brandom sostiene que la explicación normativa es más fundamental que la causal, pues ésta debe asumir una racionalidad sustantiva para poder explicar lo que ocurre en los hechos.¹¹⁴ Esta racionalidad, como se verá, sólo puede ser explicada desde un punto de vista normativo.¹¹⁵

¹¹¹ Davidson (2001), pp. 97 ss., considerando la nota 7.

¹¹² Brandom (1998), sigue considerando a Davidson como un humeano. Esto se explica porque Davidson desarrolla la tesis aquí expuesta sólo referida a lo que Searle llama intención previa (*prior-intentions*, o para Davidson: *intendings*), sin expresar las implicancias normativas de que algo sea deseable, bueno o que deba realizarse, lo que Brandom considera circular, p. 138.

¹¹³ Brandom (1994), p. 13.

¹¹⁴ “What is determined is not how one will act but how one ought to, given the sense or content grasped, or the rule one has endorsed. «‘How am I able to obey a rule?’ –if this is not a question about causes, then it is about the justification for my following the rule in the way I do». That is, it is a question about what actions accord with the rule, are obliged or permitted by it, rather than with what my grasp of it actually makes me do.” Brandom (1994), p. 15. Véase *supra*, nota 4 y también *infra* capítulo 4.2.

¹¹⁵ Véase *infrapp.* 55 s.

El autor sostiene que una inferencia práctica es aquella que tiene un compromiso práctico por conclusión y una serie de creencias (compromisos con la verdad de determinadas proposiciones) como premisas.¹¹⁶ Un compromiso práctico es uno a actuar, cuyo contenido es hacer realidad una pretensión (*claim*). En otras palabras, al llegar a una conclusión respecto a cómo se debe actuar, se establece un compromiso a realizar lo necesario para que ésta llegue a tener lugar. Este contenido se corresponde justamente con las condiciones de realización de la intención, bajo la teoría de Searle.

Observado ahora desde el punto de vista de la acción, se le atribuyen al concepto de intención dos usos esenciales, dado que permite, por un lado, *distinguir o caracterizar* al concepto de acción, y por otro *explicar* la realización de una acción por un agente.¹¹⁷

2.2.1.1. Caracterización de la acción mediante la intención

En el primero de estos sentidos, la intención es el concepto que han utilizado los filósofos de la acción para diferenciar a ésta de los meros

¹¹⁶ Brandom (1998), p. 135.

¹¹⁷ Esta misma distinción entre dos preguntas diferentes la lleva a cabo Sneddon cuando distingue entre la pregunta por el *estatus* (¿Qué hace que un evento cuente como una acción?) y aquella por la *producción* (¿Cómo se producen las acciones?). Ésta se refiere también, aunque parezcan dos preguntas diferentes, a la *explicación* de la acción, dado que éstas parecen ser eventos explicables por razones, haciéndolas inteligibles. Sneddon (2006), pp. 1-11.

acontecimientos o bien de meras conductas. Ejemplo de lo primero es ser despertado por el sonido de un violín o tropezar con la alfombra.¹¹⁸ Las segundas son toda transformación corporal de un ser humano en el espacio y el tiempo.¹¹⁹

Descartado que exista un indicador gramatical que permita diferenciarlos, o que existan ciertos verbos que puedan ser distintivos de intencionalidad (si he pisado tu pie, puede tanto haber sido intencionalmente como no), se ha concluido, en la famosa versión de Davidson, que:

“a person is the agent of an event *if and only if there is a description of what he did* that makes true a sentence that says he did it intentionally”.¹²⁰

El requisito de que exista al menos una descripción en la que la acción sea intencional procede de la constatación de que existen diversas maneras de especificar un acontecimiento. En el tradicional ejemplo de Davidson, un individuo mueve el dedo, presiona el interruptor, enciende la luz, ilumina el cuarto, espanta a un ladrón, genera un corto circuito y comienza un incendio, con una misma transformación espacio-temporal. Pero, si bien todas estas son

¹¹⁸ Los ejemplos son de Davidson (2001), p. 43.

¹¹⁹ Kindhäuser (2012), p. 14.

¹²⁰ Davidson (2001), p. 46. Énfasis agregado.

acciones (o diversas descripciones de una misma acción, según otros autores),¹²¹ no podrá decirse que todas ellas son intencionales (probablemente generar el corto circuito y causar un incendio en su hogar en casi ningún caso sean siquiera deseadas). Pero ello no es relevante, puesto que de acuerdo a la propuesta de Davidson, ser una acción es una propiedad extensional de un evento (lo que quiere decir que es independiente de sus diversas descripciones en tanto meras especificaciones), mientras que ser intencional es una propiedad intensional (precisamente, dependiente de la descripción).¹²² La propiedad de ser acción está definida en términos de la existencia de una descripción intencional, y esta propiedad será verdadera de la acción en cuestión, bajo todas sus posibles descripciones.¹²³

2.2.1.2. Explicación de la acción mediante la intención

¹²¹ Véase Kindhäuser (2012), pp. 19 y 20, del lado de quienes consideran que son varias acciones, y del otro Davidson (2001), p. 43 y ss., 128 y ss., 163 y ss. Para más referencias véase Mañalich (2012a), notas 95 y 96. Muy explicativo, también Lowe (2010), pp. 5 ss.

¹²² Cabe notar que estar de acuerdo aquí con Davidson todavía permite distanciarse a su respecto en el punto anterior. El primer problema es aquel de si diversas descripciones pueden caracterizarse como una misma acción o si descripciones que no coinciden con el sentido intensional no puede decirse se refieran a una misma acción. El segundo pretende poder calificar un comportamiento como acción, independientemente de si en una particular descripción es intencional.

¹²³ Davidson (2001), p. 61; Brandom (1994), p. 255.

Desde una perspectiva normativista, lo que permite el concepto de intención no es sólo *caracterizar como acción* un evento, sino también caracterizarlo como una acción *de un determinado agente*. En el ámbito jurídico suele recurrirse a la figura de la “cuenta”, para explicar el concepto de imputación. Así, el que un sujeto haga algo, se dice, puede ser registrado, cargado o puesto a su cuenta.¹²⁴ Y así también desde el punto de vista filosófico, asumir un compromiso, sostiene Brandom, ya por su misma estructura es hacer algo que vuelve apropiado atribuir (para un tercero) ese compromiso al sujeto.¹²⁵ Si la ejecución de una acción simplemente expresa aquella adopción de un compromiso, esta acción podrá igualmente ser imputada al sujeto por la vía de atribuirle el compromiso que explica su acción. Quien lleva la cuenta (el *scorekeeper*, en sus términos) realiza la misma operación al considerar un juicio *prima facie* como premisa que hace explícito un patrón de razonamiento práctico, y luego obtiene una conclusión que explicita un compromiso en la acción, evaluado desde la tercera persona. Mientras que el compromiso en primera persona explicita el reconocimiento y la adopción de un compromiso práctico, el juicio en tercera persona hace explícita

¹²⁴ Feinberg (1970), pp. 124 y 125. Por lo demás esta terminología se ve muy favorecida por su literal traducción alemana *Zu-rechnung*. Más detalle al respecto en Mañalich (2012a) e *infra* capítulo 4.2.

¹²⁵ Brandom (1984), pp. 162 y 237.

la atribución del mismo.¹²⁶ Como se puede observar, este juicio no es un mero ejercicio de adscripción, sino una evaluación que infiere los compromisos del agente por la vía de observar su comportamiento intencional. Si las condiciones son favorables, un agente será competente si está dispuesto a madurar sus intenciones (previas) en producciones de un comportamiento que da cuenta de su reconocimiento de un compromiso práctico (intenciones en la acción).¹²⁷

2.2.2. La realización de una intención

Recapitulando, tenemos que una intención, en tanto conclusión de un razonamiento práctico, informa el contenido de la acción del agente. Éste, por ser justamente capaz de formarse intenciones, es un sujeto racional y así mismo queda vinculado por los compromisos que asume, dirigiendo su comportamiento hacia la acción.

Si retomamos la exposición de Searle, es necesario en este punto dar cuenta de su distinción entre dos tipos diferentes de intención, las llamadas “intención previa” e “intención en la acción”.

¹²⁶ Brandom (1984), p. 269.

¹²⁷ Brandom (1998), p. 137.

“The characteristic linguistic form of expression of a prior intention is ‘I will do A’ or ‘am going to do A’. The characteristic form of expression of an intention in action is ‘I am doing A’. We say of a prior intention that the agent acts on his intention, or that he carries out his intention, or that he tries to carry it out; but in general we can't say such things of intentions in action, because the intention in action just is the Intentional content of the action; the action and the intention are inseparable... ”.¹²⁸

Dado que Searle plantea un sistema de corte causalista, en él las intenciones previas causan la acción, que se descompone en la intención en la acción y un movimiento corporal. Las intenciones previas son estados mentales y las intenciones en la acción, en tanto componentes de la acción, son eventos, aunque psicológicos.¹²⁹

Desde la noción normativista de Brandom ambos tipos de intención son (reconocimiento de) compromisos prácticos.¹³⁰ Y dar cumplimiento a estos compromisos prácticos es hacer lo que sea apropiado o necesario en reconocimiento de los mismos. Las intenciones previas especifican la acción a la que el agente se compromete en términos generales, y la intención en la acción la especifica en términos demostrativos. Ambas contienen condiciones

¹²⁸ Searle (1983), p. 84.

¹²⁹ Searle (2010), pp. 33-35.

¹³⁰ Brandom (1994), p. 256.

de satisfacción: Las primeras contienen la disposición a responder al compromiso cuando se cumplan las condiciones (en el ejemplo de Brandom: “voy a subir al bus cuando este llegue”), las segundas son la versión “madurada” consistente en reconocer en el instante necesario para la realización (habiendo llegado el bus, “subo al bus”). Las intenciones previas especifican las acciones que uno se compromete a realizar en términos generales, en ellas la acción se especifica mediante una descripción. Las intenciones en la acción, más bien, especifican la acción en términos demostrativos o podríamos decir, ostensivos. “I shall *now* do *this*”, ejemplifica Brandom.¹³¹

Tener voluntad racional es poder responder confiablemente al reconocimiento de estas creencias –que funcionan como razones normativas-, produciendo comportamientos (*performances*) que se correspondan con ellas. La forma que toma este reconocimiento de dichos compromisos son las intenciones, en el sentido de intenciones previas, que serán reconocimientos antecedentes, y de intenciones en la acción, es decir la producción misma de la *performance*. Si las circunstancias son propicias, entonces, las intenciones

¹³¹ Brandom (1994), p. 258. Bratman agregaría que las intenciones no serían meramente deseos predominantes. Tener una determinada intención es estar en progreso de realizarla, lo que significaría que la deliberación a su respecto ya ha terminado. Stanford con referencia a Bratman (1987).

previas que reflejan el contenido del compromiso práctico, madurarán en las correspondientes intenciones en la acción.¹³²

2.2.3. La noción de agente

Deberemos volver a citar un pasaje analizado arriba:

“[A] person is the *agent* of an event if and only if there is a description of what he did that makes true a sentence that says he did it intentionally”.¹³³

Aunque parezca trivial, es importante destacar que el agente de una acción es quien realiza una intención. Un agente es quien puede razonar prácticamente y llevar a la práctica, dadas las condiciones, las conclusiones a las que ha llegado.

El material teórico obtenido de Brandom nos permite, además, hacer otra afirmación. Puede atribuirse a un sujeto la calidad de agente de una acción si, en base a una inferencia materialmente correcta puede decirse que éste actuó en base a un compromiso práctico. Ello se puede hacer explícito en base a la

¹³² Brandom (1998), p. 137.

¹³³ Davidson (2001), p. 46. Énfasis agregado.

manifestación de “actitudes-pro” o normas, que dan lugar a patrones de inferencia.¹³⁴

Todo este desarrollo supone que nos estamos refiriendo a agentes propiamente tales. Esto no significa que un agente lo sea “previamente”, y que el ejercicio consista meramente en identificarlo. Ser “agente propiamente tal” no es una característica que se predica de un ente, sino que pretende explicitar que hay sólo dos alternativas: o se es agente o no se es. No entran en consideración, entonces, entes que no se pretende calificar como tales. Este es el caso de las sustancias químicas que “actúan como agentes” o un auto de juguete “que ejecuta la acción de moverse en círculos”.¹³⁵ Los intentos por establecer una categoría intermedia son más útiles para generar confusión. Por el contrario, hay entes respecto de los cuales no funciona la estrategia de atribuirles intenciones –en términos de Dennett, de adoptar frente a ellos una actitud intencional (*intentional stance*). Tomar una actitud intencional respecto de un ente permite entender o predecir su comportamiento y organización interna de mejor manera,¹³⁶ en el mismo sentido en que, como hemos visto, ha

¹³⁴ Brandom (1998), p. 134.

¹³⁵ Searle se ha extendido criticando teorías que, a su parecer, confundirían intención “real” y “*as-if intention*”. Cfr. Searle (1994), pp. 78 ss. Si una *as-if intention* definitivamente no sería una intención, entonces el argumento expuesto en el texto principal simplemente confronta la negación de plano de intencionalidad a cualquier ente que no tenga representaciones internas.

¹³⁶ Dennett (1989b), pp. 22-33.

sido utilizado en general el término de intención.¹³⁷ Los casos en que esta estrategia no puede ser aplicada, entonces, son aquellos en los que tomar una actitud intencional no favorece una mejor comprensión de su funcionamiento, lo que transforma en superfluas las categorías intermedias. Ello no obsta a que pueda haber una gradualidad en la atribución de intencionalidad a un sistema, pero partiendo de la base binaria entre la posibilidad o no de tomar ante ellos una actitud intencional.¹³⁸ Dennett pone por ejemplo la posibilidad de atribuirle intencionalidad desde un termostato hasta seres humanos. Sostiene que no hay un momento mágico en la transición de uno a otro en que de pronto haya real representación interna (que sería lo que Searle requiere para la intencionalidad a secas). No se trata de encontrar o descubrir representaciones internas en un ente, sino de que interpretamos estados o procesos internos como representaciones, por el rol que cumplen en regular el comportamiento de un sistema.¹³⁹¹⁴⁰

¹³⁷ Véase *supra*, pp. 60-61. En mayor detalle, Anscombe (1991).

¹³⁸ Dennett (1989b), p. 32. Más desarrollo sobre este punto en *infra* p. 92.

¹³⁹ Dennett es también muy cuidadoso de que no se entienda su tesis como una “interpretacionista”, como las que niegan toda existencia real de creencias y deseos. Por el contrario, sostiene que ellos son reales, pero que es necesario adoptar esta postura que tiene algo de interpretativa para poder integrar el conocimiento faltante de manera cercana al comportamiento que efectivamente tendrá el sistema. Dennett (1989b), pp. 14-15 y 69-81

¹⁴⁰ Coincide la opinión de una corriente funcionalista del derecho penal: “La acción no se comprueba, ni siquiera en la persona física, de forma meramente natural. Más bien se trata de una determinación valorativa del sujeto de imputación.”, Bacigalupo (2001), p. 152.

Una aproximación pragmatista lleva a despejar estas dificultades. Si algo puede adecuadamente ser tomado/tenido por un agente, es decir, no sólo se lo *crea* un agente o se *dice* de un ente que lo es, sino que se lo *trata* como tal, existen prácticas o arreglos institucionales que lo caracterizan como tal, debe concluirse (en un sentido metafísico) que existe un agente. Y esta adecuación viene dada por el contexto lingüístico en que el concepto se encarna, el juego de lenguaje en el que se utiliza.¹⁴¹

“Taking a critter to be an agent is evaluating their performances by applying the CSIP [*canonical subjunctive inference procedure*]: considering hypothetically what happened in virtue of their performance, and what else might have happened had they performed differently, and to evaluate those performances vis-à-vis the subjunctive hypothetical alternatives”.¹⁴²

Tratar algo como agente es reconocer la posibilidad de que hubiese actuado de manera diferente, de determinar comportamiento alternativo. Una vez más, de formarse y realizar una intención.

Un agente, entonces, será un sujeto capaz de acción, un sujeto capaz de formarse intenciones, de asumir compromisos prácticos y realizarlos. En lo

¹⁴¹ Lance y White (2007), pp. 2-3. Para mayor profundidad véase el capítulo 4.1., en que volveremos sobre este punto.

¹⁴² Lance y White (2010), p. 12.

esencial para el derecho penal, un agente será aquel sujeto a quien se le pueden imputar determinados compromisos prácticos por haberse podido formar una intención de evitar la realización del comportamiento antinormativo.

3. ¿INTENCIONES DE ENTES COLECTIVOS?

Los intentos de aplicación del aparato conceptual expuesto al ámbito colectivo han dado lugar a diversas respuestas a la pregunta por la posibilidad de las intenciones de los colectivos. Éstas pueden ordenarse según creciente intensidad del vínculo propiamente colectivo, partiendo por las tesis que llamaremos agregativas, pasando por las de intencionalidad colectiva y finalmente las de intencionalidad de los colectivos.

Quien sostiene que una tesis agregativa permite hablar de un colectivo como agente sostendrá también que ésta es realmente eso: una forma de hablar, un recurso lingüístico más ahorrativo. Quien en la intencionalidad conjunta sostiene que hay algo irreducible a las de los individuos, se limitará a constatar la posibilidad del uso de la primera persona plural, si no sostiene la existencia de un sujeto colectivo. Sólo de entre quienes sostienen que existen intenciones propiamente del colectivo podrá obtenerse un resultado que permita proseguir con esta investigación. En este mismo orden se expondrán a continuación las teorías más reputadas de cada uno de estos grupos. Pero cabe hacer una prevención, pues no siempre es fácil determinar qué autores pueden encuadrarse dentro de una concepción u otra. El autor puede ser

explícito en pretender estar dentro de una categoría, pero una interpretación coherente de sus elementos los excluye (es éste el caso de Gilbert, por ejemplo). A la inversa, quien no quiere encasillarse dentro de una categorización propuesta por otros, que no le acomoda, quizás puede igualmente caber dentro de ella (sostendremos que es el caso de Tuomela). Por lo tanto, ambos criterios deben ser analizados, pero por motivos de orden expositivo se le dará prioridad para ubicarlos dentro de la categoría a la que el autor *dice* pertenecer.

3.1. Tesis agregativas

Una primera forma en la que usualmente se han comprendido los entes colectivos y sus intenciones es una en que cada miembro de un grupo sigue contando en cuanto tal y, por lo tanto, la apelación al colectivo es una mera forma abreviada de hablar, que ahorra referirse al listado completo de los integrantes para individualizarlos. Se puede decir que un grupo de estas características tiene una intención, quizás, si todos los miembros la tiene o, si y sólo si la mayoría de los miembros la tiene.¹⁴³

¹⁴³ Se cuentan entre los autores que sostienen esta tesis Anthony Quinton, H.D. Lewis, Torbjörn Tännsjö.

Se ha llamado a estas tesis agregativas o sumativas. Los colectivos serían la suma de las partes, es decir, un complejo mereológico. Una forma de abogar por esta tesis es pretender que la información que proveen las actitudes individuales de los miembros es suficiente para determinar las del grupo.¹⁴⁴ Así, por ejemplo, de un conjunto de individuos en el que cada uno de los miembros opina A, pero ninguno lo ha nunca expresado a los demás y nunca ha sido tema de conversación entre ellos, deberá sostenerse de todos modos que el grupo tiene una opinión formada favorable a A.¹⁴⁵ Por el contrario, quienes afirman que los colectivos pueden formarse intenciones sostienen que ello requiere de cierta información adicional, proveniente del mismo hecho de que exista un colectivo, como son los mecanismos de solución del dilema discursivo, patrones normativos o estructuras de decisión.

Una tesis agregativa no logra dar cuenta de la comprensión que tenemos de la acción conjunta, siquiera. En un clásico ejemplo de Searle, éste propone comparar el caso en que un cierto número de personas que están sentadas en un parque corren a refugiarse en un lugar techado al largarse a llover. Desde una tesis agregativa no habría diferencia alguna entre esta coincidencia en los comportamientos de los individuos y el caso en que se tratara de una compañía

¹⁴⁴ Petersson (2008), p. 253.

¹⁴⁵ Similar, el ejemplo tomado de Gilbert en Tollefsen (2012).

de baile realizando una *performance* conscientemente coordinada.¹⁴⁶ Tampoco sería suficiente para explicar acciones que implican la contribución de más de un individuo, es decir, acciones en que ninguno por sí sólo logra realizar, como por ejemplo una jugada de pases en un partido de fútbol.¹⁴⁷

Por otro lado, una objeción metafísica a quienes pretenden decir que un grupo, entendido como la mera agregación de los individuos, puede ser considerado poseedor de ciertas creencias, deseos, juicios o intenciones, no podría basarse en ningún criterio no arbitrario para definir sus límites y el número de sujetos presentes. Podrían contarse tanto el conjunto total de personas presentes, pero también cada subconjunto en el cual sea unánime alguna actitud y que por lo tanto permitan predicar de un grupo cualquier actitud correspondiente.¹⁴⁸

3.2. Tesis no agregativas

John Searle dio inicio a su teorización respecto de la agencia colectiva no-sumativa con su texto *Collective intentions and actions*, reimpresso en el año

¹⁴⁶ Searle (1983), p. 92.

¹⁴⁷ Searle (1983), pp. 92-93.

¹⁴⁸ Pettit (2003), p. 179.

2002. El autor afirma que existe algo así como comportamiento colectivo intencional, el que no puede ser reducido a comportamientos intencionales de los individuos, pero a su vez sostiene que no existe en ningún caso alguna especie de mente colectiva, compartida o de la que participan los individuos, y finalmente que los movimientos corporales involucrados pertenecen a los miembros del grupo y no a éste como totalidad. Para llegar a estas conclusiones, Searle propone que la intencionalidad puede ser poseída por cada uno de los individuos, pero que ella debe hacer referencia al colectivo.¹⁴⁹ Y para ello sostiene que debe, por analogía a las acciones complejas individuales, establecerse una relación de medio a fin, donde las intenciones individuales deben ser parte de la intención global (*we-intention*). Siendo B el fin y A el medio, se trataría de una intención compleja de lograr-el-B-colectivo-por-medio/por-vía-del-A (individual).¹⁵⁰ En este caso, “each has to assume that the others also have the intention-in-action which has the same goal, the same ‘collective B’ where the singular A can be different because each person can only perform his own action A”.¹⁵¹ Cada individuo asume que los demás comparten la intención colectiva, pero esta asunción puede ser radicalmente equivocada. A tal extremo llega esta independencia de la realidad que circunda

¹⁴⁹ Searle (2002), p. 97.

¹⁵⁰ Searle (2002), p. 102. Searle distingue entre una relación causal (*by-means-of*) y una que pretende tener un determinado efecto, que llama constitutiva (*by-way-of*). Si bien la distinción es útil e interesante, no lo es para el presente trabajo.

¹⁵¹ Searle (2010), p. 52.

al individuo, que Searle sostiene que su teoría se aplica incluso a un cerebro en un contenedor.¹⁵²

La propuesta de Searle, como se puede observar, busca explicar el uso de la primera persona plural como sujeto de una emisión lingüística, desde el punto de vista de un individuo. Ella abarca ejemplos como levantar una mesa entre varias personas, tocar un *duetto* y preparar una salsa entre dos cocineros. La explicación que ofrece para un actuar conjunto no descansa sólo en la intención individual sino que considera innegablemente el elemento colectivo, pero se atribuye a cada uno de los participantes. "No set of 'I-Consciousnesses', even supplemented with [mutual] beliefs, adds up to a 'We- Consciousness'. The crucial element in collective intentionality is a sense of doing (wanting, believing, etc.) something together, and the individual intentionality that each person has is derived from the collective intentionality that they share".¹⁵³ Esta tesis por sí, no puede entonces, en este grado de desarrollo, justificar la atribución de intenciones y su realización a colectivos.

¹⁵² Searle (2002), p. 96.

¹⁵³ Searle (1995), p. 25.

3.2.1. Intención colectiva (o conjunta) versus intención del colectivo (o del conjunto)

La tesis de Searle permite diferenciar las tesis agregativas de las no agregativas, que comprenden la irreductibilidad de la intención colectiva a la individual. Si todos los casos de acción de pluralidad de individuos fueran, como sostienen las tesis agregativas, de mera coincidencia espacio-temporal, los efectos de su acción no serían en ningún caso efectos de la acción colectiva, sino que serían meramente epifenómenos sociales.¹⁵⁴

La propuesta de Searle ha sido calificada como singularista. “A *singularist* account is, by my definition, one that ultimately draws only on the concepts of an individual human person’s beliefs, desires, goals, commitments, and so on”.¹⁵⁵ Pero otros teóricos se han preguntado, si las intenciones no podrían combinarse y formar un nuevo centro de “vida intencional”.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Ejemplos de esto serían, según Pettit y Schweikard (2006): “People each cheer at a football match and combine to raise the roof. People each pursue bargains on an open market and combine to drive prices to the competitive level. People are each careless about littering and combine to make the neighborhood a mess”, p. 19.

¹⁵⁵ Gilbert (2006), pp. 125.126. Gilbert había introducido esta noción ya en su libro *On Social Facts* de 1989.

¹⁵⁶ Pettit y Schweikard (2006), p. 36.

Existe hoy en día relativo acuerdo entre los diversos autores, respecto de la necesidad de diferenciar estas dos cuestiones.

“The [joint intention] analysis guarantees that we each have the same type of intention, being intent on realizing the same content. But it does not give any countenance to the intuitive idea that there ought to be a single instance or token of that type, a single state of intending, that is at the source of the act.

As the analysis fails to point us to a single collective subject that is causally responsible for the action, then, so it fails to direct us to a single state of intending. [...] We do not deny that it is possible for a number of agents to construct a single agent, where that agent is characterized by particular states of intending. But we believe that that possibility materializes only when group agents make an appearance; it is not associated with joint action as such.”¹⁵⁷

¹⁵⁷ Pettit y Schweikard (2006), p. 30. Así lo ve en materia penal también Artaza (2013): “Que la empresa se deba considerar más que la suma de sus integrantes todavía no dice absolutamente nada con respecto a los problemas asociados a la justificación de una responsabilidad subjetiva de la empresa. De hecho, ni siquiera termina por responder al problema de si puede decirse que la empresa actúe, lo que se considera como prioritario a los efectos de la responsabilidad”, p. 189. También Mäkelä (2007): “According to philosophers of a collectivist persuasion, a central, if not *the* central, notion of collective moral responsibility is moral responsibility assigned to a collective as a single entity. In their view ‘collective responsibility’ should be understood in the sense of a *collective’s responsibility*”, p. 456. Énfasis agregado.

En el lenguaje común se aprecia este conflicto en las emisiones por parte de un hablante colectivo (v.gr., cuando el funcionario responsable de la NASA afirma: “Creemos que es suficientemente seguro lanzar el transbordador”), incluso cuando el contenido proposicional no puede ser incondicionalmente atribuido a los participantes fuera del contexto de su acción colectiva (por ejemplo, si existe disidencia al interior del equipo de la NASA sobre el riesgo existente al lanzar el transbordador).¹⁵⁸ Este problema es el que se evaluará en lo restante del presente trabajo, para todo tipo de acciones y no sólo actos de habla.

¹⁵⁸ El ejemplo y la reflexión corresponden a Meijers (2003), p. 97. Podría cuestionarse si una formulación en primera persona plural, como ésta, se aplica correctamente a un ente colectivo, ya que, en rigor, éste debiese hablar de sí mismo en primera persona singular. Pero el uso de las personas gramaticales en contextos usuales de comunicación parece desafiar esta idea. Las posibilidades parecen ser dos: o bien se usa la primera persona plural (“We, the people”) o bien la tercera persona singular (“lo que el pueblo necesita es educación gratuita”). No parece razonable interpretar que, en el primer caso, el o los miembros que emiten la locución no entienden que hay en ésta una atribución a algo más que sus individualidades. Podrá serlo (como en el caso en que se usa el nosotros como una forma abreviada de enumerar a los individuos “nosotros [en vez de Juan, Pedro, María y yo] opinamos A, ellos opinan B”) o no (como en el caso de la NASA, en que el hablante ha asumido la decisión colectiva como propia). La tercera persona, en cambio, debido a su connotación ostensiva, no expresa si el hablante es miembro o no. Ella no hace más que hacer patente que los entes colectivos no pueden realizar “de propia mano” sus intenciones. Se fortalece la idea (en algún sentido anti-colectivista) de que necesariamente obra a través de sus miembros, pero por otro lado, dado que se trata de una adscripción que se realiza tan frecuentemente en el lenguaje cotidiano, se muestra que en la práctica no tenemos dificultad para hablar de los colectivos como agentes. Siguiendo esta línea, pareciera ser que ésta es la forma más propia de expresión lingüística de un colectivo. Pero creemos que ello no excluye que en algunos casos el uso de la primera persona plural, especialmente cuando han obrado mecanismos de toma de decisión colectiva que han excluido abiertamente la expresión de alguna postura individual de los miembros en la decisión colectiva. En tales casos, el uso de la primera persona plural –menos coherente, en principio, con el reconocimiento de agencia del colectivo– refuerza el compromiso que adquieren los miembros con el respeto a los resultados de tales procedimientos.

La tesis de Searle y sus seguidores ha sido catalogada también como internista, es decir, como una que trabaja sobre el presupuesto de que la mente funciona con total independencia de la realidad exterior. Por oposición a ello se identifican tesis externistas, que tienden a poner énfasis al elemento relacional de las intenciones.¹⁵⁹ Así, para Meijers, por ejemplo, las intenciones tienen diversas condiciones de realización, y particularmente las intenciones colectivas serían de un tipo especial, que necesariamente requiere de una ontología que deje espacio para los lazos que se producen entre individuos en la formación de relaciones sociales.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Wilson (2005), desde las ciencias sociales, define esta corriente como una que tiene en común considerar que la cognición y los demás procesos mentales son situados, imbuidos o extendidos. "They present a view of cognition as the property of individuals, but only insofar as those individuals are situated or embedded in certain physical environments and social milieus. Externalism (as I shall call it for ease of reference) began in the philosophy of mind and language as a view of how mental states, particularly intentional mental states (i.e., those with content or meaning) were individuated or taxonomized (e.g., Putnam 1975, Burge 1979), but more recently has been articulated in terms of what Clark and Chalmers (1998) call the extended mind thesis, the idea that the mind literally extends beyond the head into the world (see Chap. 3 in Wilson 1994, 1995; Rowlands 1999, 2003). For cognition to be situated, in this latter sense, is not simply for us to have to invoke the social context in order to specify just what psychological capacities and states the individual has, but for parts of the world to physically constitute those individual capacities. Accepting the extended mind thesis means holding that the mind is not physically bounded by the body but extends into the environment of the organism", pp. 3-4.

¹⁶⁰ Cfr. Meijers (2003). También Meijers (2007), p. 100. Epstein (2009) sostiene que el externismo es hoy la tesis absolutamente mayoritaria entre los filósofos de la mente, pero incluso así, afirma que desde el internismo igualmente podría negarse el individualismo metodológico, pp.7 ss.

Lo que tienen en común las teorías que pretenden dar cuenta de la intencionalidad de entes colectivos, es ser en algún sentido holistas.¹⁶¹ Pero más no puede decirse. Porque la discusión ontológica entre individualistas y colectivistas continuará. Y también, aquella entre quienes comprenden la intencionalidad colectiva como intrínseca y extrínseca.

Como se ha argumentado hacia el final del capítulo anterior,¹⁶² no es apropiado desde una óptica pragmatista, negar la condición de agente por el hecho de que aparentemente sólo se “adscriban” estados intencionales. La adscripción de éstos no es una excepción, una operación de aplicación exclusiva o especial para casos dudosos. Tomar una actitud intencional es

¹⁶¹ Gilbert (2006), p. 199. Tuomela (2013), p. 18, y sobre la relación y coincidencia entre las investigaciones de ambos, nota 33. Pettit (2003), p. 191. French (1989), pp. 2-3. Meijers sostiene que holismo debe entenderse como una noción contrapuesta a atomismo (y no a singularismo), Meijers (2003), p. 183. Es necesario apuntar que si Meijers tiene razón, y toda forma de vida social requiere de la negación del atomismo, ya la posibilidad de hablar en primera persona plural lo requeriría. Pettit (2003) también aborda esta tripartición individualismo-atomismo-singularismo, pp 191 s. Pettit cree firmemente en el no-singularismo – en la existencia de centros de actitud intencional y de acción por sobre y más allá (*over and beyond*) de los agentes singulares–, pero sostiene la eventual compatibilidad de esta postura con el individualismo y con el atomismo (sin decir cuáles, serían, en su terminología, los antónimos adecuados a cada uno). Miller sostendrá que tanto el acercamiento atomista como el relacional, ambos pueden seguir siendo individualistas (él defiende una forma de acción conjunta individualista y relacional, que denomina CET – Collective End Theory). Ello sería coincidente con Pettit, pero no con Meijers, Miller (2007), pp. 79 s. Según Dan Cohen el holismo a su vez tiene tres diferentes formas de expresión: una primera que resalta lo asentado del uso de vocabulario referido a colectivos como realidades y prácticas coherentes con él; una visión epistemológica que se centra en la red de relaciones que se dan en un colectivo organizado (en este caso una *corporation*) y la imposibilidad de que un análisis en términos individuales pueda dar cuenta de ellos; y finalmente una tercera forma de holismo que niega toda posibilidad de reducción a lo individual, insistiendo en que determinadas propiedades no pueden en ningún caso reducirse a los individuos. Dan Cohen (2010), p. 19. Varias de estas tesis tendrán un correlato en lo que sigue de este trabajo.

¹⁶² Véase *supra*, p. 66.

inevitable primeramente respecto de uno mismo y ante otros seres inteligentes.¹⁶³ Todo ser inteligente se comporta de acuerdo a parámetros medianamente constantes. Se habla respecto de personas y animales como si tuviesen creencias, deseos e intenciones, y la autocomprensión como un ser racional requiere reconocer una coherencia de comportamiento tal, que pueden observarse regularidades en éste, que permiten por un lado predecirlo, y por otro explicarlo.

La relación es inversa a la que habitualmente se esgrime. Suele sostenerse que el uso literal del concepto de intención sólo se corresponde con una actitud de la que son capaces seres humanos, y que habría un uso metafórico al adscribir intenciones a otros entes. Por el contrario, para Dennett, la actitud intencional sería apropiada ante todo sistema intencional, siendo los seres humanos un tipo de sistemas de esta clase, quizás los más prodigiosos del planeta, pero con diferencias cuantitativas y no cualitativas, en este ámbito, con todo otro sistema cuyo comportamiento puede ser predicho en base a creencias y deseos.¹⁶⁴

¹⁶³ Dennett (1989b) apunta que eso no obsta a que se puedan tomar otras actitudes (como una actitud física, por ejemplo) ante estos mismos seres. Pero ellas no excluirán la actitud que va necesariamente envuelta cada vez que, por ejemplo, pretendemos entender lo que otros nos dicen, p. 27 s.

¹⁶⁴ Dennett (1989b), pp. 108-112. Según Velasquez (2003) esta constatación sería la propia *reductio ad absurdum* de una teoría funcionalista, nota 40. Queda, por supuesto, a criterio del lector evaluar su plausibilidad tras la lectura de Dennett, quien lo sostiene con todo orgullo.

Pero es necesario admitir que una diferenciación, entre quienes autocomprenden sus propuestas teóricas como una de atribución de intencionalidad frente a quienes consideran que la intencionalidad es inmanente al agente, puede aportar al análisis. Seguiremos, entonces, la propuesta de Tuomela (siguiendo a Hayes) a este respecto:

“Group agents as *intrinsically* intentional, that is, intentional without dependence on group members’ and/or others’ construal of them as intentional. Here we have, first, the view of the group mind as a societal product of evolution. Second, also metaphysical idealism views group agents as intrinsically intentional.

Group agents as *extrinsically* intentional. Basically, here the group members form the group mind collective attitudes (wants, intentions, beliefs), by their collective acceptance (construction) or some related group-internal process or mechanism.”¹⁶⁵

Seguiremos esta estructura, pero prevenimos desde ya que las consecuencias ontológicas que el autor extrae no son necesarias: el autor niega *existencia* a los colectivos por “carece[r] de la *fenomenología* de los agentes reales”.¹⁶⁶ ¿Podrá, desde una ontología no fenomenológica llegarse a otra

¹⁶⁵ Tuomela (2013), p. 14.

¹⁶⁶ Tuomela (2013), nota 15, p. 18. Énfasis agregado.

conclusión? ¿Cuán determinante es la ontología adoptada, para el problema que nos convoca? Este tema será abordado en conjunto con la evaluación de la noción de mente común.

3.2.2. Tesis de intencionalidad extrínseca

3.2.2.1. Una tesis normativa (Gilbert)

A Margaret Gilbert se asocia la primera obra de filosofía analítica que pretende justificar la existencia de un –en sus propios términos– “sujeto plural”. Éste sujeto plural, de carácter *sui generis*, se conforma cuando individuos se unen entre sí por un vínculo o lazo –elemento normativo, que genera la notable diferencia con la tesis de Searle–, en virtud del cual dos o más personas se expresan mutua y recíprocamente su disposición de comprometerse de manera conjunta en una forma particular, siendo estas expresiones de conocimiento común.¹⁶⁷ Existe un sujeto común, al cumplirse la siguiente formulación:

¹⁶⁷ Gilbert (2010), pp. 71 s.

“Individuals $A_1...A_n...$ form a plural subject of X-ing (for some action X or psychological attribute X) if and only if A_1A_n form a joint commitment to X-ing as a body.”¹⁶⁸

La posibilidad de atribuir la acción X al sujeto plural se basa en el hecho de que dos o más personas expresan abiertamente su disposición personal a comprometerse entre sí de un determinado modo. Y por otro lado, existe un compromiso de que eso sea realizado en conjunto, y en este sentido “como un solo cuerpo”, como haría un solo individuo.¹⁶⁹ Esto implica que el colectivo puede, por primera vez, ser tenido como una unidad, un ente, un agente.¹⁷⁰¹⁷¹

¹⁶⁸ Gilbert (1994), p. 244.

¹⁶⁹ Gilbert aclara que esto puede significar que se emule lo que sería un único cuerpo, o también (y probablemente esta interpretación es la que se acerca más a su comprensión) que en lo posible se realice en una sola instancia u ocasión intencional. Gilbert (2009) p. 181. Así también Gilbert (2006), p. 137.

¹⁷⁰ En su más reciente libro Gilbert (2006) afirma que el sujeto del *joint commitment* es “el comprometido”. Dado que en una relación de grupo los diversos miembros están *jointly committed*, ninguno de ellos será por sí sólo el sujeto, y es por ello que puede hablarse del sujeto plural. “Though no one of them independently constitutes the subject of their joint commitment each of the committed persons is committed through it.”, p. 136.

¹⁷¹ En el ámbito penal, Joerden (2004) postula una estructura muy similar a ésta, sosteniendo que allí hay, realmente, tal cosa como un sujeto colectivo, y que la figura correspondiente de la dogmática jurídico-penal será la de la coautoría: „Die kleinste als Kollektiv in Betracht kommende Einheit besteht dabei aus zwei Personen, die sich –um die Fragestellung zunächst auf den strafrechtlichen Kontext zu beschränken– zur Begehung eines Delikts zusammengefunden haben. Wirken zwei Personen bei der Verwirklichung eines Deliktes zusammen, ist bekanntlich die strafrechtsdogmatische Figur der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) einschlägig“, p. 137. Igualmente, según el autor, se justifica la imputación a colectivos en los casos de sobredeterminación causal o bien causalidad alternativa. Como se verá más adelante, consideramos esta posición como insuficiente para poder entender a los colectivos como sujetos de imputación. Luego se estudiarán, breve pero específicamente, problemas en torno a la coautoría *infra* en la sección 5.3.

Así entendida, la acción colectiva tiene alguna semejanza en el constreñimiento normativo que produce el tomar una decisión personal en la forma de una razón excluyente para la acción,¹⁷² puesto que ella deberá ser intencionalmente revocada para dejar de regir. De modo análogo un individuo puede sujetarse a un *joint commitment* (que podríamos traducir como un “compromiso conjunto” o un “co-compromiso”, pero que preferiremos usar en el idioma en que fue acuñado) que lo liga como razón para la acción.

“In saying that one has *sufficient reasons* to act, in some way I mean that, if all else is equal, one ought so to act. [...] I do not mean to imply that either decisions or intentions are ‘reasons’ in a particular sense of ‘reasons’ on which many contemporary philosophers have focused. Such reasons are, we might say, considerations for and against a particular

En un sentido algo más amplio, pero en un nivel de análisis semejante se pronuncia Garrido Montt: “Para que exista una sola *acción con sujeto múltiple* se requiere que los intervinientes tengan una finalidad única y común a cada uno de ellos y que se hayan dividido el trabajo necesario para concretarla: finalidad única y común y división del trabajo son las características de la acción de sujeto múltiple. No ha de confundirse esta modalidad de acción con la situación en que varios sujetos, con objetivos individuales y propios de cada uno, realizan acciones independientes que importan en la materialidad colaboración a la ejecución de un hecho determinado, lo que puede dar origen a la llamada autoría accesoria y también a la participación (instigación y complicidad).” Tomo II, p. 40. Énfasis en el original.

Una conceptualización a tener en consideración es la de Lampe (2003), quien define sistemas de injusto como “relaciones entre individuos organizadas hacia fines injustos” y desarrolla en este sentido los que él llama *sistemas de injusto simples*, donde incluye especialmente a la coautoría, y afirma: “la coautoría es algo más que una adición de conductas de autores individuales: es un *injusto de sistema* funcionalmente organizado. Dicho sistema crea una ‘nueva cualidad’ del actuar –el actuar ‘solidario’– el cual ‘sobrepasa el actuar individual aislado’”, pp. 103-111.

¹⁷² Raz (1999), pp. 65 ss.

action that would appropriately be weighted *prior to making a decision whether or not to perform it*".¹⁷³

Mediante un *joint commitment*, además, las partes se deben mutuamente el actuar en conformidad con él, y los demás involucrados pueden legítimamente (tienen *standing* para) exigir que el compromiso sea cumplido. Se generan expectativas de conducta que no pueden ser desbaratadas unilateralmente por ninguno de los miembros, que no dependen de sus estados mentales (de que dejen de tener una creencia, una intención o un deseo, por ejemplo), y en este sentido al independizarse de ellos, pueden ser atribuidos al colectivo.

En todo caso hay que destacar que aunque Gilbert llame a su comprensión una de un sujeto plural, ella afirma también que ello no tiene mayores implicancias ontológicas. Sólo queda, en este sentido, el que un grupo de personas están comprometidas en un sentido determinado, y que sólo se distingue porque para ella las intenciones comunes (*shared*) no se construyen sobre la base de intenciones singularistas.¹⁷⁴ En este sentido, la expresión de

¹⁷³ Gilbert (2009), pp. 179-180.

¹⁷⁴ Gilbert (2009), p. 182. Más que no tener implicancias ontológicas, hay que decirlo, no explicita cuál es la ontología que sirve de base para su teoría. Intentaremos explicitar esto *infra*, pp. 111 ss.

compromiso sí es una acción de los individuos, independiente de que no sea un compromiso para con sí mismos, sino para con los demás miembros.¹⁷⁵

A Gilbert suele criticársele lo limitado de su propuesta, dado que un vínculo normativo tan denso sólo podría tener lugar en colectivos de muy poco tamaño y bajo nivel de complejidad.¹⁷⁶ A este problema apuntó ya tempranamente Raimo Tuomela y lo resolvió por la vía de identificar en los colectivos sistemas de autoridad, mecanismos de toma de decisión grupal y de autorización para la acción.

3.2.2.2. Una tesis normativa posicional (Tuomela)

Tuomela realiza un detallado análisis de formas de intencionalidad y acción que van desde la meramente conjunta hasta una que se puede predicar de colectivos. Para poder hablar en estos últimos términos, él define que un grupo debe basarse en un pensamiento en primera persona plural (que él llama *we-thinking*), pero además en un modo especial, en el cual los miembros se basan en las metas comunes del grupo en un sentido colectivamente aceptado

¹⁷⁵ Gilbert (2010), p. 71.

¹⁷⁶ Tollefsen (2012) con referencia a Tuomela. Gilbert se ha hecho cargo de esta crítica trabajando en los últimos años mayoritariamente temas de filosofía política. Especialmente véase Gilbert (2006), pp. 165-181.

para éste (lo que él denomina *we-mode*). El autor los distingue de colectividades en las que los miembros funcionan sólo individualmente en cuanto tales (*I-mode groups*), y en el que pueden actuar por motivos privados o meramente coincidentes entre sí, pero sin reconocer que se actúa *en calidad* de miembro.¹⁷⁷

Para ser relevantes para este análisis, un grupo debe estar conformado por individuos motivados por una finalidad común, en beneficio del grupo y estando comprometidos a funcionar en conjunto. “[W]hat is collectively constructed for the group serves as the group members’ reason for participation [...]. They act as one agent, being glued together by the Collectivity Condition and collective commitment”.¹⁷⁸ El autor sostiene que análogamente a lo que ocurre con el individuo, siempre se requiere una razón para la acción, sea individual o grupal (como es para el autor el *ethos* del grupo),¹⁷⁹ tal como éste debe mover las partes de su cuerpo, un grupo debe coordinar su acción, y en ambos casos deben estar comprometidos con la acción intencional.¹⁸⁰

En un grupo que no posee estas características, sólo puede hablarse de los miembros en un sentido agregativo (aunque posiblemente exista una

¹⁷⁷ Principalmente véase el capítulo 4 de Tuomela (2005)

¹⁷⁸ Tuomela (2005), p. 47. Esto es, en la terminología del autor, un *we-mode group*.

¹⁷⁹ Tuomela (2005), p. 22.

¹⁸⁰ Tuomela (2013), p. 20.

interdependencia en la responsabilidad por las acciones producidas por los miembros co-causalmente), y por lo tanto sólo se puede hablar de los miembros individualmente.¹⁸¹

Un grupo en que los miembros actúan en tanto tales, puede ser más o menos complejo dependiendo de la existencia de un mecanismo de toma de decisión o sistema de autoridad. En un grupo no estructurado, se podrá decir que éste actúa si todos sus miembros simplemente participan. En los grupos estructurados, en cambio, la división de tareas posibilitará que algunos participen en la formación de actitudes proposicionales y en la realización de éstas (para el caso de la intención, la acción).¹⁸² Un grupo estructurado muestra una normatividad interna que conecta metas, creencias y acciones. Y esta normatividad interna, en el caso típico, por ejemplo, de las empresas, requiere de determinados individuos que detentan posiciones institucionales, que determinen fines y acepten opiniones en nombre del colectivo.

Tuomela sostiene que un grupo puede tener una determinada actitud si y sólo si los miembros operativos, actuando en tanto miembros del grupo y en sus correspondientes posiciones institucionales, la aceptan intencional y

¹⁸¹ Tuomela (2005), p. 252.

¹⁸² Tuomela (2005), p. 141. También, Tuomela (1993), p. 17.

colectivamente como una del grupo. A su vez, los no-operativos tienden a, o bien deben, aceptar, que el grupo tiene aquella actitud.¹⁸³

Por supuesto, toda la construcción descansa en la noción de *aceptación* de la actitud como una del grupo. ¿Cómo se desprende de que acepten la actitud (intención), que la consideren como una que los vincula? Se desprende, en el desarrollo propuesto por el autor, del hecho de que si los miembros no-operativos reconocen como *verdadera*¹⁸⁴ la decisión tomada por los miembros operativos, esto significa que la consideran como una *premisa admisible* en sus razonamientos teóricos o prácticos. Siendo esto así, se podría decir que ellos están *comprometidos* con la decisión, es decir, que voluntariamente se atan a

¹⁸³ Formalizado y con todo nivel de detalle, Tuomela (2005) expone que:

“(GATT) Group *g* has ATT with content *p* as a group if and only if there are specific operative members of *g* such that

(1) these agents, when acting as group members in the we-mode sense (and accordingly performing their positional tasks and due to their exercising the relevant decision-making system of *g*), intentionally collectively accept as a group that ATT with content *p* or accept that *p* as the content of ATT (e.g., “We believe that *p*” or “We accept *p* as our belief”) for *g* with the right ATT specific direction of fit of semantic satisfaction and with collective commitment to content *p* in the right way (namely, they jointly accept ATT(*p*) for *g* in the we mode and with the right df);

(2) there is mutual belief among the operative members to the effect that (1);

(3) because of (1), the (full-fledged and adequately informed) nonoperative members qua members of *g* tend to tacitly accept with collective commitment— or at least ought so to accept—that their group *g* has ATT(*p*);

(4) there is mutual belief in *g* to the effect that (3).”, p. 141.

¹⁸⁴ Tuomela parte de la base de un concepto tarskiano de verdad para hacer el paso de “aceptar un contenido *p*” a “aceptar que *p* es verdad”, lo que a su vez significaría que o bien *p* corresponde la verdad o que se puede afirmar correctamente.

ella, teniendo la intención de que se realice correctamente.¹⁸⁵ Esto significa, para el caso de acciones e intenciones, estar comprometido con una modificación del mundo exterior, tal que éste se ajuste al contenido proposicional (intencional).¹⁸⁶

“Rules for a group can be created only by the help of some ‘authority system’ [...]. Underlying the existence of such authority, and the involved possibility of representation, is the capability of group members –to speak in Rousseau’s terms- to give up their will (with respect to some issues) and thus their ‘original’ authority and to transfer it to the group, via a group-authority system, which ‘pools the wills’ into a group will”.¹⁸⁷

El paso de la formación de intenciones (y otras actitudes proposicionales) a la realización de éstas, se da de un modo perfectamente simétrico. Los miembros operativos son quienes conjunta e intencionalmente llevan a cabo la acción, mientras que los miembros no-operativos tácitamente aceptan o deben aceptar la realización de la acción por los primeros.¹⁸⁸ Por supuesto, Tuomela

¹⁸⁵ Tuomela (2005), p. 125.

¹⁸⁶ Esta es la expresión coloquial de la “*world-to-mind direction of fit*” searleana, sentido de adecuación de las intenciones en tanto estados mentales, véase *supra*, nota 105.

¹⁸⁷ Tuomela (1993), p. 18.

¹⁸⁸ La descripción formalizada de esta exposición es la siguiente:

señala que para cada actitud o acción particular pueden ser diversos los individuos (y nos atrevemos a agregar, también, “sub-colectivos”) que caen bajo la categoría de operativos y no-operativos, respectivamente, según cuál sea la distribución de competencias interna del colectivo.

Tuomela es un extrinsicalista porque considera que:

“The upshot is that a group cannot *really* think, want, etc., and is not *really* normatively responsible and capable of making normative agreements, although it is highly useful for people to *view* them as having these capabilities. Thus, we extrinsically attribute wants, beliefs, etc., as well as responsibility to certain kinds of groups.”¹⁸⁹

“(IGA) A group *g* brought about an action or state *X* intentionally (or, alternatively, saw to it that *X* was the case) as a group in the social and normative circumstances *C* if and only if in *C* there were specific operative agents *A*₁, . . . , *A*_{*m*} of *g* such that

(1) *A*₁, . . . , *A*_{*m*}, when acting qua group members in the we-mode sense (and accordingly performing their positional tasks due to their exercising the relevant decision making system of *g*), intentionally together brought about *X* (i.e., there was an action *Y* such that the operative agents intentionally together brought about *Y* in the sense of (AT*) and this performance of *Y* generated *X*, and was correctly believed and purported by the operative members to generate *X*), or, respectively, these operative agents saw to it that *X*;

(2) because of (1), the (full-fledged and adequately informed) nonoperative members of *g*, as members of *g*, tacitly accepted the operative agents’ intentional bringing about (or seeing to it that) *Y*—or at least ought to have accepted it;

(3) there was a mutual belief in *g* to the effect that there was at least a chance that (1) and to the effect that (2)”. Tuomela (2005), p. 132.

¹⁸⁹ Tuomela (2013), p. 16.

¿Pero qué significa tener “realmente” actitudes proposicionales? ¿Cómo se distingue de que las personas “vean a los colectivos como capaces” de tenerlas? Como se ha expuesto hasta aquí, una propuesta como la de Dennett permite sostener que lo relevante es, esencialmente, la actitud que toman estas otras personas. Sin ellas, afirma, se hace imposible interactuar con el mundo que nos rodea, pues sería necesario para cada inferencia un conocimiento detallado de las características y el funcionamiento físico –tomando una *physical stance*– o poder apelar a la intención de un creador previo –una *design stance*.¹⁹⁰ Los estados mentales sólo pueden ser discernibles desde el punto de vista de quien adopta una determinada estrategia predictiva, y si bien aquéllos son reales, su existencia sólo se confirma mediante la evaluación del éxito de la estrategia.¹⁹¹ El ejercicio habitual, por lo tanto, es el de adscripción, y ello no implica en absoluto negar la “realidad” de las actitudes proposicionales. Tan

¹⁹⁰ Dennett (1989b) constata que nuestros intentos de predecir la conducta humana de acuerdo a los mecanismos que utilizamos para describir fenómenos naturales se ve frecuentemente frustrada. Es por ello que podemos utilizar las nociones de la “psicología del sentido común” (*folk psychology*), que recurre a conceptos “mentalistas”: se decide tratar a un objeto como si fuese un agente racional, se imaginan las creencias que debería tener, dado su lugar en el mundo y sus fines, y se concluye qué es lo que debería hacer y por lo tanto lo que uno predice que el agente hará. Esto permite integrar el conocimiento faltante respecto del funcionamiento interno. El autor afirma que funciona con animales, plantas y artefactos. Así, en el lenguaje común, suele decirse que “el relámpago siempre quiere encontrar el mejor camino hasta la tierra”, como explicación de funcionamiento de los pararrayos, pp. 1-35.

¹⁹¹ Dennett (1989b), p. 15.

habitual es, que así es como nos relacionamos incluso entre seres humanos respecto de los que no dudamos de su capacidad intencional.¹⁹²

¿Impide el extrinsicalismo de Tuomela hablar propiamente de intenciones atribuibles a agentes colectivos? Tuomela ha dado un paso más desde una noción como la de Searle que sostiene que los individuos pueden tener en común una intención de contenido colectivo, pero junto con Gilbert lo que postula es que las actitudes proposicionales de los individuos se conjugan, todavía no dotando de independencia al colectivo, tal que éste pudiese en algún sentido entenderse como autónomo. Lo que sí se puede afirmar es que Tuomela cree estar siendo capaz de fundar un nivel de densidad relacional que hace que se pueda hablar del grupo en cuanto unidad, consistente en una estructura organizacional y una actitud (*we-mode-attitude*) de los miembros.¹⁹³

Pero además de su autocomprensión, es posible identificar un elemento en la estructura de su teoría que permite o bien desestimar la propuesta de Tuomela para los efectos de esta investigación o bien considerarla una base necesaria pero insuficiente para ella. Ésta es la organización de las tesis de intencionalidad colectiva que nos proponen Schweikard y Schmid.¹⁹⁴ A decir de

¹⁹² Ya se había adelantado esta conclusión en *supra*, p. 80, y se volverá sobre ella *infra*, p. 133.

¹⁹³ Este es el tenor del capítulo 6 de Tuomela (2005).

¹⁹⁴ Schweikard y Schmid (2013).

estos autores, las diversas propuestas sobre qué es lo propiamente colectivo en la intencionalidad colectiva son tres: aquellas que buscan *lo colectivo* en el contenido de la intención, en el *modo* que adopta la misma, o en el *sujeto* a quien se la adscribe. Las primeras propuestas serían las que enfatizan que el contenido intencional sea común o compartido por los individuos (ir a un mismo lugar, proponerse un mismo resultado).¹⁹⁵ Las segundas pretenden encontrar lo colectivo en, por un lado, el uso de la primera persona plural, y por otro de una determinada forma de interrelación entre los individuos. La propuesta de Tuomela calzaría dentro de este segundo conjunto de teorías, y distinguiría *modos* de la intención que gradualmente avanzan hacia lo colectivo, yendo desde aquellos en que los miembros se relacionan en tanto personas privadas, hasta aquellos en que lo hacen en tanto miembros de un grupo. Las actitudes proposicionales –especialmente las intenciones– colectivas serían un modo especial; *we-intentions* serían una forma de *intentions*. A pesar de reconocer que “se puede” atribuir intenciones a un colectivo, la verdad es que Tuomela afirma que los individuos razonan de una determinada forma, en un determinado *modo*, que si bien irreducible a la primera persona singular, es también necesariamente sólo una expresión de una forma de intenciones radicadas en los individuos.

¹⁹⁵ Pareciera que es aquí donde mejor calzan las tesis que entienden como un mismo tópico la coautoría y la agencia de entes colectivos.

Pero Schweikard y Schmid plantean una tercera alternativa: las tesis que determinan lo colectivo con el foco puesto en el *sujeto* de la actitud proposicional. Tan cierto es que Tuomela está principalmente centrado en el *modo* de la intención individual, que en su comentario a Pettit, el más reconocido autor de esta corriente, le critica principalmente su falta de consideración del modo de la primera persona plural (*we-mode*) y las “conjuntividad” (*jointness*) de las intenciones de los miembros.¹⁹⁶ Como se verá a continuación, las tesis centradas en el sujeto sí abren camino hacia la fundamentación de la agencia, mediante la formación y realización de intenciones de un ente colectivo.

3.2.3. Tesis de intencionalidad intrínseca

3.2.3.1. Una tesis basada en las redescpciones de eventos (French)

La aplicación más directa del desarrollo de la teoría de la acción que hemos analizado en el capítulo anterior para casos de agentes colectivos desde una perspectiva intrínseca la ha llevado a cabo Peter French. Sin considerar

¹⁹⁶ Tuomela (1994).

necesario partir por abordar la agencia de los miembros del colectivo, French pasa a dedicarse directamente al colectivo. Lo hace manteniendo la premisa de que un agente es aquel que actúa intencionalmente.¹⁹⁷ Reitera que no todo comportamiento es acción, sino que sólo el realizado intencionalmente, o más de modo más preciso, del que en alguna de sus posibles descripciones o especificaciones se puede decir que es intencional.¹⁹⁸

El salto a la intención del colectivo lo expresa por la vía de sostener que existen diversos niveles de descripción, como desde Davidson nos es ya familiar sostener. Para cada descripción intencional verdadera, existe una persona metafísica, un actor, que realiza la intención. Y por lo tanto, si alguna de esas descripciones puede referirse a la intención de un colectivo, podrá éste ser un agente.¹⁹⁹ Para French los diversos niveles de descripción radican en las múltiples *razones* que se pueden ofrecer para explicar una acción. Y por lo

¹⁹⁷ French (1979), p. 7.

¹⁹⁸ En un texto posterior, French afirma que tener una intención es meramente planear algo, desligándose de la postura que considera que las intenciones son una conjunción de deseos y creencias. Notablemente afirma que en el núcleo de la intención está este “plan” y el compromiso con el mismo. Como hemos visto anteriormente, ello tiene implicancias respecto de la doctrina que se siga respecto a la intención, pero más allá de los detalles, lo hace coincidente con una doctrina externalista, citado en Hasnas (2012).

¹⁹⁹ French (1984), p. 40. Se aplica aquí lo discutido en el capítulo anterior. “With respect to some events, there are layers of nonintersubstitutable true descriptions. Some layers merely describe the event as a movement or a piece of behavior. Other layers describe the same event as the effect of prior causes that are reasons or desires and beliefs. Significantly, a single event may be described as the effect of different sets of reasons, even of different kinds of reasons, so there may be more than one layer of true descriptions of an event at which it is appropriate to identify it as an intentional action. *At every layer at which it is proper to describe an event as an intentional action, there is a metaphysical person, an actor.*” Énfasis agregado.

tanto, el objetivo de quien busca justificar la agencia de los colectivos será poder decir que el colectivo y no sus miembros, tenía una determinada razón.²⁰⁰

French sostiene que una empresa es un ejemplo de colectividad que de acuerdo al autor sí tiene un especial interés, una razón, que explica sus acciones: “Corporations have reasons because they have interests in doing things that are likely to result in realization of their established corporate goals, regardless of the transient self-interest of directors or managers”.²⁰¹ En ese nivel de descripción –el nivel colectivo– los sujetos son diferentes a los del acostumbrado nivel individual:

“The world made at the layer of description relevant to corporate decision-making is populated by intentional actors that are not all of the same biological species. Indeed, a significant subset of the class of metaphysical persons has no biological entities as members”.²⁰²

Si existen agentes colectivos se abre espacio para comprender la existencia de ciertas formas de hablar que no serían posibles de lo contrario:

²⁰⁰ French (1984), p. 41.

²⁰¹ French (1984), pp. 45.

²⁰² French (1984), p. 46: “By concentrating on the layers of descriptions of events and by acknowledging only that the possibility of describing something as an agent depends upon whether or not it can be properly described as having done something (the description of some aspect of an event) for a reason, we avoid the temptation to look for extensional criteria”.

“There is a class of predicates that just cannot be true of individuals, that can only be true of collectives. Examples of such predicates abound [...] and include ‘disbanded’ (most uses of), ‘lost the football game’, ‘elected a president’, and ‘passed an amendment’...Methodological individualism would be at loss in this context”.²⁰³

No todo grupo de individuos tiene las características necesarias para decir que se trata de un agente. French clasifica los grupos en “agregados” (*aggregates*) y “conglomerados” (*conglomerates*).²⁰⁴ El primero es una mera colección de individuos, y un cambio en los miembros determinará un cambio en la identidad del grupo.²⁰⁵ Al menos existen dos grandes clases de este tipo, definidas en virtud de las consideraciones que las hacen ser colectivos. Unos se caracterizan por la mera contigüidad espacial y temporal de los miembros, tiempo y espacio que comparten normalmente por simple persecución de los intereses de cada uno y que no suelen tener grandes lazos de solidaridad. Ejemplos para el autor son una turba o los individuos en una parada de bus. Los otros corresponderían a un conjunto por una característica común, en virtud de la cual se los quiere identificar como tales. Así, por ejemplo, los estudiantes

²⁰³ French (1998), p. 37.

²⁰⁴ Se ha optado por una traducción literal. Artaza (2013) propone llamar “conjuntos” a los primeros, e igualmente “conglomerados” a los segundos, pp. 5 y 13. French precisa que toma estos términos prestados de la geología, y que no se utilizan en el sentido técnico de la lógica.

²⁰⁵ French (1984), p. 5.

de derecho. Ambas serían, en todo caso, términos resúmenes, que permitirían referirse a varios individuos sin tener que nombrarlos uno a uno, pero sin establecer mayor relación entre ellos que esta facilidad. En el vocabulario que venimos usando serían, entonces, agregados de individuos.

Los conglomerados, por otro lado, son una forma de organización de individuos que es compatible con una membresía variable, sin perder su identidad. Sostiene French que en este tipo de grupos se da la particularidad de que los colectivos pueden correctamente ser llamados sujetos, y que de ello no se sigue directamente ninguna consecuencia (positiva ni negativa) para la responsabilidad de alguno o varios de los miembros, ni siquiera de los encargados superiores, sino que ello es una cuestión que debe ser analizada en sus propios términos.²⁰⁶

A diferencia de los demás autores, French afirma que algunas acciones del colectivo implicarán a su vez la acción imputable a individuos (como “La Cruz Roja proveyó medicinas al lugar del desastre” implica “Algunos miembros de la Cruz Roja hicieron ciertas cosas en el sitio del desastre”). Otras, en cambio, no. Ellas podrán corresponder sólo al conglomerado (como “Texaco

²⁰⁶ French (1984), p. 16.

vendió sus activos en Isla Padre” no implica que “Algunos miembros de Texaco hayan vendido pertenencias [o su propiedad] en Isla Padre”).²⁰⁷

French resalta tres características que diferencian a este tipo de colectividades –los llamados conglomerados–, y que serán las que lo dotarán de la estructura necesaria para poder hablar de ellas en tanto agente: la existencia de una *organización interna* o bien *procesos de decisión* que permiten concertar acciones que pueden considerarse elegidas, queridas por el grupo; *estándares de conducta* diferentes a los del entorno y frecuentemente más estrictos que éstos; y miembros que cumplen *roles diferenciados*, tal que un cambio de persona que cumple un rol no necesariamente implique un cambio en la identidad del conglomerado. La membresía en este caso no estaría determinada por un criterio material, sino por la tenencia de un determinado status (French lo llama “credenciales de membresía”, y no puede dejar de notarse la similitud con las distintas posiciones institucionales a las que recurre Tuomela).²⁰⁸

Concordante con estas tres características es que French encuentre en las corporaciones, en tanto conglomerados, una estructura de decisión suficientemente densa, a su parecer, como para autorizar que se las llame

²⁰⁷ French (1984), p. 14.

²⁰⁸ French (1984), pp. 13-14 y p. 17.

agentes. La estructura de decisión *incorpora* los actos de las personas biológicas.²⁰⁹ Ella funciona como el mecanismo que permite redescubrir las intenciones en un nivel que no es reducible al individual, esto por ser la intencionalidad una propiedad intensional y no extensional.²¹⁰ Esto no implica, como se vio más arriba, una conclusión disyuntiva ni conjuntiva respecto de la imputación de acciones a intenciones al conglomerado y a los individuos.

Estas estructuras de decisión deben contener un organigrama o una estructura de responsabilidades y reglas de reconocimiento de las decisiones colectivas. Las primeras representan la gramática de la toma de decisión colectiva, mientras que las segundas garantizan la identificación de decisiones como internas a la práctica decisoria colectiva.²¹¹

3.2.3.2. Una tesis sobre la desvinculación racional (Pettit)

²⁰⁹ French (1984), p. 42. Por supuesto aquí se da un bello juego de palabras entre esta "incorporation" y las empresas como "corporations". Es, según French, es justamente este proceso el que caracteriza que digamos que un colectivo es una empresa. Más adelante en su libro French también análoga la estructura de decisión de una empresa, en tanto mecanismo de redescubrimiento de las intenciones individuales a las colectivas, con la noción rousseauneana de la voluntad general, pp. 107-108.

²¹⁰ French (1984), p. 109.

²¹¹ French (1984), pp. 41-43 y 48-53, y el resto del capítulo cuarto.

Si la tesis de French parece demasiado amplia, puede recurrirse a intensificar los requisitos en torno a los colectivos, para que pueda decirse de ellos que son agentes. Esta mayor dificultad puede darse profundizando en la estructura necesaria para ello. French si bien explicita la necesidad de estructuras de decisión, no sostiene que ellas deben tener ninguna característica especial para la adscripción de una intención a un sujeto. Pettit, por otro lado, se centra esencialmente en este nudo, para sostener que un agente colectivo, de entre multiplicidad de individuos es aquel que tiene un perfil intencional diferente del de sus miembros.

Pettit enumera tres condiciones necesarias para que un grupo de individuos que tiene metas comunes pueda considerarse como un agente. En primer lugar deben poder determinarlas y determinar también un procedimiento para identificar otras metas y fines futuros. En segundo sostiene que los individuos conjuntamente deben establecer un juicio para guiar la acción con miras a la consecución de esos objetivos y un procedimiento para desarrollar en lo futuro aquellos juicios. Finalmente deben actuar conjuntamente para identificar quién o quienes deben actuar en búsqueda de las metas. En este punto el autor sostiene que el conjunto estará en posición como grupo de imitar o simular el desempeño (*performance*) de un agente individual.²¹² Pero éste

²¹² Pettit y Schweikard (2006), pp. 33-34.

sería todavía un grupo no totalmente independiente de sus miembros, y por lo tanto no sería un agente.

Si el grupo desarrolla un patrón de decisión que haga que éste puede arribar a decisiones propias del grupo, aun cuando ellas no sean sustentadas por ninguno de los individuos, nos hallaremos ante un grupo que ha desarrollado una mente propia.²¹³ A ello Pettit lo llama la *colectivización de la razón*, y tiene por resultado una posible discontinuidad entre las creencias e intenciones de los miembros y las del colectivo. Esta forma de racionalidad permitirá que un sistema cuente como un sujeto intencional si conserva actitudes intencionales en el tiempo y forma, deforma, y actúa respecto de esas actitudes de manera racionalmente permisible.²¹⁴ A esto llama el autor, tener *unidad racional*. Y específicamente para que una colectividad pueda considerarse un sujeto intencional, debe basarse en una colectivización de la razón, es decir, en un mecanismo de formación de juicios e intenciones.

Pettit sostiene que existe una mente colectiva diferenciada, así como intenciones del colectivo, distintas de las de los miembros. Pero aunque afirma que el colectivo actúa, no niega que los miembros son los que realizan las acciones:

²¹³ Pettit y Schweikard (2006), p. 34, con referencia a Pettit (2003). También Pettit (2001), pp. 114 s.

²¹⁴ Pettit (2003), p. 180.

“individual intentions will follow on the formation of the group intention, of course, since the group can only act through the actions of its members. But they are not the stuff out of which the group intentions are construed; on the contrary, they are effects that the group intention plays a role in bringing about”.²¹⁵

Esto establece una relación diferente a las usualmente abordadas (de todo y parte, se las considere reducibles o no) entre las intenciones individuales y las del colectivo. Quizás esto puede explicar que Pettit considere que los miembros estén *forzados, en tanto miembros* de la colectividad, a pensar respecto de ella en primera persona plural. Lo que ella juzga o quiere es lo que, por consecuencia, nosotros juzgamos o queremos, no son cuestiones que meramente se registren de modo impersonal.²¹⁶

Pettit parece proponer, aunque con muchas restricciones o mejor dicho, para colectivos con características bastante estrictas, la posibilidad de grupos con intenciones intrínsecas. A esta tesis se le ha cuestionado que, si de todos

²¹⁵ También Pettit (2001), p. 115.

²¹⁶ Pettit (2001), p. 118. En esta misma tradición se ha desarrollado especialmente en la psicología colectiva la idea de mente extendida. En ella se suman dos observaciones importantes, pero muy diversas. Una es que los individuos se involucran en ciertos tipos de condición sólo en tanto parte de ciertos grupos sociales. Ésta es una tesis referida en realidad a la cognición individual, pero en contextos sociales. Una segunda es, coincidentemente con lo analizado en este trabajo hasta el momento, que los grupos en sí pueden considerarse como poseedores de mentes en algún sentido similar al de los individuos. Ellos podrán carecer de ciertas (o varias) características de las mentes individuales, pero compartirán otras. En particular, por ejemplo, se desarrolla la noción de memoria colectiva. Cfr. Wilson (2005). Pettit, en todo caso, no estaría de acuerdo con la tesis de Wilson, cfr. Pettit (2003), p. 182.

modos los miembros en algún momento deben darse a sí mismos un procedimiento de decisión tal que éste pueda colectivizar la razón, sería en realidad ese el momento en que se demuestra que las intenciones del colectivo efectivamente son reconducibles a las de sus miembros. Éstos meramente delegarían su poder de control.

Quizás la mejor forma de resolver este problema sea asumiendo una tesis más radical y a la vez probablemente más ajustada a la realidad del funcionamiento y existencia de muchos grupos que cumplen con los requisitos hasta ahora compilados, provenientes de las diversas tesis expuestas. Estos son, la existencia de estructuras de decisión que hacen posible la desvinculación entre las intenciones de individuos integrantes de un grupo y las de éste, y que hacen posible una descripción intencional de un evento en el nivel del colectivo, que es independiente de otras posibles descripciones a nivel de los individuos. Ésta tesis más radical es la que se intenta en la próxima sección.

3.3. Evaluación de la posibilidad de construir una intención propiamente del colectivo

Las propuestas descritas hasta ahora se pueden clasificar en dos grandes categorías. Por un lado están quienes afirman la posibilidad de que los colectivos sean agentes intrínsecamente intencionales, donde podrían caer las tesis de French y Pettit, que hemos analizado. Por otro, las que afirman que puede tratarseles como agentes extrínsecamente intencionales, como Gilbert y Tuomela. Las primeras están cerca de sostener la existencia de una mente colectiva, es decir, de una mente independiente de los miembros, que permite la imputación directa al grupo. Las segundas sostienen que lo esencialmente grupal es la aceptación colectiva o el mecanismo de decisión interna de un grupo, que en última instancia recaen en los miembros del grupo. Ésta sería una imputación mediada.

3.3.1. El problema de la mente común

Son pocos los autores dispuestos a conceder la existencia de una mente común, asociada a un ente real y supraindividual.²¹⁷ Para superar este problema desde la teoría de la acción, puede comenzarse por dar una respuesta a la pregunta por el lugar que ocupan las intenciones y los estados

²¹⁷Puede decirse que Durkhheim y sus discípulos habrían inaugurado esta línea de pensamiento dentro de la teoría sociológica. Así Schweikard y Schmid (2013).

mentales en o entre los sujetos (si pueden localizarse en un sujeto colectivo también o no), para luego plantearse la pregunta por la entidad metafísica de lo colectivo.

Una respuesta que ubica los estados mentales en colectivos “realmente existentes” es aquella tradición organicista, que considera que las capacidades psicológicas como la percepción, la toma de decisión y planificación colectivas, serían adaptaciones evolutivas.²¹⁸ Desde la filosofía política, esta tradición sostiene que la comunidad no sería creada sino que surgiría naturalmente (o al menos que es previa a la organización política y, según algunos, a los miembros individuales),²¹⁹ y que existiría alineación entre el bien de ésta y el de sus miembros. De allí la común noción de órgano como miembro activo del colectivo.²²⁰ Pero es necesario distinguir las corrientes biologicistas de las que podríamos llamar institucionalistas. Así, por ejemplo, French insiste constantemente en que las empresas, en tanto personas, no son entidades

²¹⁸ Wilson (2005).

²¹⁹ Kutz citado en Gilbert (2002), p. 116. Spencer, Bodin y von Gierke se cuentan entre los autores más clásicos que adhieren a esta tesis. Tuomela (2013), p 14.

²²⁰ French (1984), pp. 96-111. Y por supuesto también la respuesta de quienes no quieren asimilarse a las corrientes organicistas, como hemos estudiado en Tuomela y su referencia a agentes operativos, en vez de órganos. Se puede notar que en alemán existe una diferencia entre la palabra miembro referida a una extremidad o componente, como en una frase, (*Glied*) frente a un integrante (*Mitglied*). La comprensión de los miembros de un colectivo tal y como si fueran los miembros o extremidades de un cuerpo humano no soluciona el problema de la imputación. Esto se hará más claro al estudiar más en profundidad la imputación de acciones *infra* p. 140.

naturales, sino que son artefactos;²²¹Pettit, igualmente, las califica de personas institucionales:

“[I]nstitutional persons are not centers of perception or memory or sentience, or even of degrees of belief and desire. Institutional persons form their collective minds only on a restricted range of matters, to do with whatever purpose they are organized to advance. And institutional persons are artificial creatures whose responses may be governed by reason, not in the spontaneous manner that is characteristic of individual human beings, but only in a painstaking fashion... Integrated collectivities are persons in virtue of being conversable and responsible centers of judgment, intention, and action. But they are persons of a bloodless, bounded, and crudely robotic variety”.²²²

Por lo tanto estos autores cuando afirman la existencia de una mente colectiva tienen radicalmente claro lo diferente que ésta sería de las mentes de los individuos. Y aquí las dos corrientes que parecían antagónicas se conjugan, pues Tuomela sostiene también que un colectivo puede ser descrito en términos de agencia intencional, incluso existiendo características que las “personas grupales” no tienen en un sentido total: “...groups do not blush when

²²¹ French (1984), p. 101.

²²² Pettit (2003), pp. 188.

ashamed”.²²³ Pero la verdad es que si un ser humano pudiese quedar excluido de la categoría de las personas “reales, no metafóricas” por este mínimo tipo de diferencias, sería necesario cuestionarse la pertenencia del criterio de distinción.²²⁴ En todo caso Tuomela reconoce que estos grupos por un lado tienen características funcionales similares a las de los agentes humanos, y por otro lado es “útil predictivamente” considerarlos como artefactos colectivos.²²⁵

Pero ambos problemas pueden también analizarse por separado. Puede cuestionarse, como se ha adelantado en el capítulo anterior, el estatus de estado mental de las intenciones. Ello podría generar un cambio radical en cuanto a la comprensión de su aplicabilidad a entes colectivos. Al menos hay motivos para dudar, como plantea Velleman:

“There are of course mental intentions, but perhaps there can also be oral or written intentions –just as there are not only mental but also oral or written assertions. Of course, talk of oral or written intentions sounds odd,

²²³ Tuomela (2013), p. 14.

²²⁴ Más sobre esto en el próximo capítulo, *infra*, sección 4.1.

²²⁵ Tuomela (2013), p. 16. Coincide en esta utilidad predictiva, yendo todavía más allá, con el concepto de actitud intencional, Daniel Dennett.

but talk of oral or written decisions sounds less odd, and talk of oral or written commitments is not odd at all".²²⁶

Una vez más podemos recurrir al aparato conceptual de Brandom. Si formar una intención es asumir un compromiso práctico (*undertaking a practical commitment*), perfectamente esto podría tener lugar por escrito, como propone Velleman, o, como sugiere en mismo Brandom, *en la acción*.

Todavía más. Dennett, si bien trabaja con el concepto de estados mentales, es radical en afirmar que su calidad de mentales no los hace ubicarse en ningún espacio físico determinado. La suposición de que los estados intencionales estarían escritos en el cerebro es criticable al menos por la dificultad metafísica que representaría el almacenamiento de contenido mental y las potencialmente infinitas conexiones internas de éste, además de las posibilidades de error y autoengaño respecto de las propias creencias. De nada serviría un "lector de la mente" que pudiese traducir lo escrito en el cerebro a lenguaje natural. Más bien el sentido de las intenciones y representaciones

²²⁶ Velleman (2000), p. 208. Para Searle, la intencionalidad expresada por escrito sería meramente derivada (por contraposición a intrínseca y también a la ya mencionada *as-if intention*), el resultado de los usos o actitudes de alguien respecto de una cosa (Searle (1994), p. 80). Para una discusión sobre el concepto y la necesidad de abandonar estas categorías véase Dennett (1989b), pp. 288 ss.

debe determinarse por su rol funcional en el compartimiento del sistema completo.²²⁷

3.3.2. El problema de la ontología del colectivo

Podemos volver a centrar ahora la discusión en la adecuada atribución de una acción a un agente, que como hemos visto, se tratará de una inferencia materialmente correcta en tanto pueda recrearse en base a patrones inferenciales normativos.²²⁸ Esta estrategia no se pronuncia sobre la existencia o no de mentes comunes, sino meramente declara la cuestión como irrelevante para la discusión en curso. Y es así como pueden entenderse también los autores que hemos catalogado dentro del primer grupo.

Intentando eludir el problema de la mente común los autores en estudio – French y Tuomela, en particular– han desarrollado también otros caminos de análisis de este punto, como es la estrategia de abordar el asunto desde un enfoque metafísico. La existencia de un colectivo como ente propio se ha intentado justificar por French desde el punto de vista de las descripciones. Si

²²⁷ Para más detalle véase Dennett (1975).

²²⁸ Brandom (1994), p. 134.

existe una descripción verdadera del evento, en que se puede decir que el agente es el colectivo, entonces se tratará ya de un agente metafísico.²²⁹ Tuomela intenta una construcción que afirma que los colectivos son entidades singulares y lo explicita en los siguientes términos:

“Consider thus a structured group, g , with positions P_i , $i = 1, \dots, m$. A structured group consists of (1) an open domain, D , of position-holders, (2) positions P_1, \dots, P_m , and (3) a task-right system, TR , defining and governing these positions. TR typically consists of general group norms (ought-to-be, ought-to-do, may-be, and may-do norms) and norms specific to the positions P_i . Thus we can say that $g = \langle D, P_1, \dots, P_m, TR \rangle$.”²³⁰

Tuomela quiere demostrar con esto que al menos los grupos estructurados no pueden reducirse ontológicamente a sus miembros, puesto que existen posiciones (que son entidades genéricas, dado que un número potencialmente infinito de individuos puede ocuparlas, y por lo tanto incluye más que a todos los individuos que actual o futuramente las ocupen) y un sistema de distribución de competencias que siempre excederán la enumeración agregativa de los miembros.

²²⁹ French (1984), p. 40.

²³⁰ Tuomela (2005), p. 146.

Estar “constituido por” no es lo mismo que “ser idéntico a”.²³¹ Esta noción de que hay algo más que las partes en la estructura de entes complejos, puede sostenerse distinguiendo dos formas de constitución, a las que se ha llamado “composicional” y “ampliativa”.²³² La primera –y que observa fácil concordancia con las tesis sumativas de la intencionalidad colectiva– consiste en que las entidades constituidas no serían nada más que sus constituyentes materiales. Así, por ejemplo, el líquido en un vaso está formado exclusivamente por las moléculas de agua, o moléculas por partículas. No sólo son sus únicos componentes, sino que están dispuestos (*arranged*) de tal forma que entrañan (*necessitate*) la existencia del compuesto. De la existencia de una pluralidad de individuos coincidentes en un mismo espacio y tiempo se deduce directamente la existencia de un grupo.

Pero hay otros casos en los que aquello no basta.²³³ La noción de constitución ampliativa permite entender que en ciertos casos los componentes

²³¹ Dan Cohen (2010), p. 27 con nota 19. Se revela aquí una diferencia entre el presente trabajo y la propuesta de Gómez Jara (2008), referido a la responsabilidad penal de las empresas. Este autor se pronuncia, respecto de la ontología de las empresas, negando que éstas estén compuestas por individuos, y afirmando que las organizaciones están compuestas por comunicaciones, p. 132. Como se observará, el tratamiento aquí dado permite incluir a las comunicaciones como elementos componentes de un colectivo, pero se construye sobre el sustrato material de la existencia de individuos.

²³² Toda constitución de una entidad debe cumplir con los requisitos de coincidencia –que los componentes coincidan con lo constituido durante un cierto período de tiempo- y de “distintividad” –que sea posible la existencia de los constituyentes sin necesidad de que éstos coincidan con la existencia de lo constituido. Wilson (2007), p. 5

²³³ En materia penal lo resalta, por ejemplo Schroth (1993), p. 182.

deben hallarse bajo determinadas condiciones extrínsecas a éstos, para dar lugar al ente constituido. Como se puede observar en el ejemplo de una estatua, que es más que una pieza de mármol, o un ser humano, que no es la mera suma de multiplicidad de moléculas orgánicas; la constitución material no siempre es meramente composicional. Los entes ampliativamente constituidos son relacionales, es decir, que existen condiciones extrínsecas a los componentes materiales, que forman parte de la naturaleza de éste y determinan su existencia en tanto entidad constituida. Estas propiedades relacionales son dependientes del compuesto del que se trate, variables para cada tipo de compuesto. Para Wilson, ellas pueden ser de carácter funcional natural, funcional adscrito, intencional o convencional. Y precisamente la propiedad relacional que define a las personas, en tanto compuestos ampliativos, es la intencionalidad, un componente que va más allá de la materialidad de las partes.²³⁴

Así se resuelve también el dilema mereológico planteado por Velasquez en respuesta a French. Bajo una mereología clásica,²³⁵ es efectivo que lo que se predica respecto de los individuos nunca es coincidente con lo que se predica del colectivo. En el ejemplo de Velasquez: se puede decir de un gran

²³⁴ Wilson (2007), p. 14.

²³⁵ Mereología con mayúscula, según Wilson.

cerro de arena que es grande, y de los granos de arena que no son grandes.²³⁶ Ello no tiene ninguna novedad, por lo que sería falaz sostener que ésta sería una característica exclusiva de los conglomerados (o entes de constitución ampliativa). Pero la tesis de French no se basa meramente en este uso de los predicados (si bien ellos muestran, según French, que el individualismo metodológico no puede hacerse cargo de todas nuestras formas de hablar), sino también en la sustituibilidad (fungibilidad) de los miembros y mantención de la identidad. Dado que la unidad de un ente ampliativo requiere de condiciones que son independientes de los componentes, ellos por sí solos no entrañan (*necessitate*) la existencia del colectivo.²³⁷ Velasquez tiene también un contraargumento para ello y busca desbaratar el aparato conceptual de French por la vía de mostrar, también, que no sólo los conglomerados humanos (dotados de mecanismos de decisión y las demás características estudiadas) tienen una membresía variable sin cambiar de identidad, sino que lo mismo pasa cuando un niño que amolda un montón de arena al modo de la Gran Pirámide de Cheops, remueve luego algunos granos de arena y los reemplaza por otros. Precisamente, es este el ejemplo más claro y recurrente de

²³⁶ Ésta es la llamada “falacia de división”, converso de la “falacia de composición”.

²³⁷ Tuomela también afirmará que la “sustituibilidad” (*replaceability and alienation*) de los miembros en conjunto con la solidaridad de grupo sólo pueden sostenerse en conjunto en base a una noción esencialmente posicional o basada en roles. Tuomela (2013), p. 18.

constitución ampliativa, que él parece no reconocer. Es en los conglomerados donde existe un elemento extrínseco que define pertenencia, unidad y límites.

Las objeciones de Velasquez, entonces, sin ser erróneas en sí, yerran el punto.²³⁸ Lo que ellas pretenden es negar la posibilidad de que pueda atribuirse independientemente intencionalidad a los colectivos de la atribución a sus miembros. Pero lo que logran es, antes bien, fortalecer la tesis de la constitución composicional: para ciertos entes, puede predicarse características diferentes del todo que de la parte, y también la modificación de ciertos componentes no determina un cambio de identidad en el todo.

La tesis de Wilson abre la posibilidad de cuestionar si esta constatación, válida para objetos materiales, es aplicable también a entidades abstractas, que igualmente tienen componentes materiales (como son en este caso los miembros de un colectivo) e inmateriales (como son las reglas de determinación de pertenencia y las reglas de reconocimiento, que son extrínsecos al colectivo y de carácter relacional).²³⁹

²³⁸ Una posible explicación para este problema en el enfoque de la crítica de Velasquez sería su asunción, sin mayor justificación de su adecuación, de una metafísica aristotélica y tomista. Velasquez (2003), nota 21.

²³⁹ Wilson (2007) posterga esta discusión. De hecho, hace explícito que su teoría no permite entender que un ente constituido agregativamente pueda a su vez ser constituyente de otro del mismo tipo. Ello, afirma, por no ser en sí "incontrovertiblemente materiales", lo que no lograría satisfacer el requisito de Coincidencia, p. 15. Es por ello que incluye una limitación, según la cual el compuesto puede ser individuado relacionalmente, pero los componentes deben serlo intrínsecamente, buscando eliminar la objeción de que reconocer entidad a los entes ampliativos sería no poner ningún límite a la cantidad de entes en el mundo. Cabe hacer notar

Por lo tanto, la respuesta a la interrogante que quedó en suspenso al final de la sección anterior –aquella que ponía en cuestión, en base a una reconducción a una decisión originaria de los miembros del grupo en tanto individuos, la atribución de intenciones independientes de la colectividad– puede, para el caso de contextos institucionalizados, responderse por la vía de decir que la decisión primaria no vendría dada por los miembros, sino por una reglamentación de funcionamiento externa: comenzando por las sociedades comerciales y personas jurídicas de derecho público que cuentan con márgenes de actuación directamente determinados por la ley, y siguiendo por instituciones de larga data, como podrían ser las iglesias, en las cuales la costumbre (jurídica) y la tradición (histórica o material, por llamarla de algún modo), están impregnadas de normatividad predeterminada para todo miembro actual. Las condiciones extrínsecas pueden o no ser jurídicas, pero definitivamente cuentan con un componente normativo. Probablemente esto es lo mismo que recoge French, al sumar a la estructura interna de decisión, una regla de reconocimiento (en el clásico sentido de H.L.A. Hart) propia de cada conglomerado,²⁴⁰ y que no es mayormente abordada por la literatura crítica.

también que Wilson quiere llegar a las mismas conclusiones que Baker, evitando una aproximación esencialista. Como nota Dan Cohen (2010), este ejercicio no está exento de crítica en el ámbito de la constitución material, y menos todavía en la aplicación que aquí se le da, nota 19.

²⁴⁰ Para el desarrollo de French al respecto véase French (1984), pp. 43 y 52 s.

Pero así como Tuomela da una explicación plausible de que los colectivos podrían ser entidades singulares, también lo refuta luego diciendo que ésta sería una mera reformulación de un enfoque al que basta una forma de existencia “vicaria” y no necesariamente “real”; un colectivo sería una red concebida sólo *nominalmente* y no compuesta más que de personas.²⁴¹ Ésta es una postura que da enorme primacía a lo fenoménico, aunque Tuomela sólo haga reconocimiento explícito de ello en una nota al pie.²⁴²

El problema que se presenta con esta concepción es que reproduce las dificultades de una tesis agregativa. No habría criterio para decidir los límites del grupo, por lo que tampoco podría decirse si determinados individuos actúan en tanto miembros o desvinculadamente. A diferencia de lo que propone Tuomela, parece más plausible considerarlos clases funcionales en vez de nominales, aunque igualmente ello implique no dotar a los colectivos de entidad real, y de hecho se haga así explícito su carácter de construcción social. Esto permitiría juzgar, de acuerdo a esa específica función, la pertenencia de un individuo, y la interpretación de una intención como del colectivo.²⁴³

²⁴¹ Tuomela (2005), p. 146. En un sentido similar, se pronuncia Effingham (2010) afirmando que cualquier intento de entender a los colectivos como entes reales debe entenderlos como “sets”.

²⁴² Tuomela (2013), nota 15, p. 18.

²⁴³ Podemos valernos de la distinción entre clases nominales, naturales y funcionales de Michael S. Moore (2000): “A natural kind is a thing that exists in nature as a kind without human contrivance. Natural kinds have a nature that makes them kinds, even if no human makes use of that nature or even discovers or labels it. A nominal kind, by contrast does not exist as a kind in

Pero acto seguido, Tuomela sostiene que el criterio de “existencia real” no es sólo material, sino que causal; si existir es poder participar causalmente del mundo, ambas visiones serían equivalentes, pues tendrían las mismas consecuencias.

“Groups can be viewed in either way, depending on the existing collective, especially linguistic, practices.”²⁴⁴

Y esta afirmación reconduce a considerar el *contexto* en el cual se pretende atribuir una determinada intención a un colectivo. Por lo tanto, si el resultado que se obtenga de la indagación metafísica no es concluyente, sino que serán las prácticas lingüísticas las determinantes, tendremos que atender a los específicos requisitos que se desarrollan al interior de la práctica jurídico-penal en materia de imputación para poder zanjar el asunto. Ello será el tema del próximo capítulo.

nature although its particular specimens may exist. Indeed, a nominal kind is *nominal* in the sense that as a kind its only nature is given by the common label attached to its various specimens. [...] Unlike nominal kinds, items making up a functional kind have a nature that they share that is richer than the ‘nature’ of merely sharing a common name in some language. Unlike natural kinds the nature that such items share is a function and not a structure”, p. 311. No es fácil hacer calzar las categorías utilizadas por French en el capítulo Kinds and Persons en este esquema. Por un lado niega rotundamente que la personalidad sea una clase natural. Por otro lado, parece afirmar que, del hecho de que las personas sean artefactos, ello significaría que se trata de clases nominales. Pero es la noción de artefacto la más directamente relacionada con las clases funcionales. Finalmente French decanta la discusión, como se recogió en el texto principal, en que sería una *empirical generalizations-governed kind*, por oposición a *custom-governed kinds* o *natural law-governed kinds*.

²⁴⁴ Tuomela (2005), p. 147.

3.3.3. Recapitulación

Superados el problema de la mente común y de la entidad metafísica de los colectivos (o al menos dejándola en suspenso, atendiendo a lo que nos pueda decir la especificidad de la práctica penal al respecto), pueden resumirse o condensarse los planteamientos de los cuatro autores en estudio. Gilbert es quien propone una primera versión de una teoría holista, que considera la necesidad de superar el singularismo y el internismo de la tesis de Searle. Con ella se hace comprensible que los individuos se vinculen entre sí, no quedando a su mera disposición individual el porvenir de la empresa o intención colectivamente asumida. Sumada esta noción con la de Pettit, que afirma la posibilidad de la desvinculación entre las intenciones de los miembros y del colectivo por vía de la colectivización de la razón, podrá afirmarse que es factible imputar la ocurrencia de eventos a colectivos.

Para que pueda decirse que estos eventos son acciones en sentido técnico, debe poder decirse que se han realizado (al menos en una descripción verdadera) intencionalmente. French dirá que es necesario adecuar el nivel en que se está observando, para ver el mundo de las descripciones colectivas.²⁴⁵

²⁴⁵ Véase *supra*, sección 3.2.3.1., p. 96.

Para poder decir que existió una intención debe existir un procedimiento de deliberación, que permita esta redescrición en base a estructuras de decisión como las de French, y que haga factible, según Pettit, la discontinuidad entre las intenciones individuales y las colectivas. Una tercera alternativa (o un complemento) es la existencia de reglas que determinen el nombramiento de agentes operativos, como establece Tuomela, que por su posición institucional tengan la atribución de tomar decisiones y, para la acción, de formar intenciones.²⁴⁶ La relevancia de las estructuras de decisión la pone de manifiesto Dan Cohen:

“The idea of decision making implies the capacity to perform such functions as gathering, registering, recording, decoding, and disseminating information. These information-related functions are generally imputed to the organization, rather than to specific individuals, because the total information that leads to a certain decision, action, or product is not normally possessed by any single individual, nor is it just the combined knowledge possessed by a number of identifiable individuals.”²⁴⁷

²⁴⁶ Véase *supra*, sección 3.2.2.2., pp. 87 s.

²⁴⁷ Dan Cohen (2010), p. 25.

Una aplicación de la teoría general de la acción a este ámbito implicaría que uno pueda reconocer en estas decisiones (desde el punto de vista de las tesis humeanas) un juicio legaliforme que le ordenase realizar una determinada acción o (en una versión kantiana) un patrón de inferencia que permita atribuir al colectivo un compromiso práctico con la acción realizada. Desde esta perspectiva, no parece difícil sostener que un colectivo estructurado (como una empresa o una organización gubernamental o no gubernamental) sostiene públicamente compromisos doxásticos²⁴⁸ con determinadas premisas de razonamiento práctico (expresadas, según French en los estatutos y reglas internas,²⁴⁹ según Pettit en su propósito y necesidad de unidad racional,²⁵⁰ según Tuomela en el *ethos*).²⁵¹ De ésta intención participaría el colectivo en general, por la aceptación de los mecanismos de toma decisión.

Finalmente respecto de la realización de las intenciones formadas, la verdad es que no hay desacuerdo en decir que ésta se realiza por los miembros, en su calidad de tales, ellos pueden ser atribuidos al colectivo en su totalidad, especialmente una vez que se desecha una tesis organicista y se

²⁴⁸ Es decir, comprometidos con la verdad de ellas, y por lo tanto, con posibilidades de transformarlas en guías orientadoras del comportamiento. Éste es el sentido en que plantea Brandom el compromiso práctico del agente en Brandom (1994).

²⁴⁹ Véase *supra* el final de la sección 3.2.3.1., p. 98.

²⁵⁰ Véase *supra* el principio de la sección 3.2.3.2., pp. 102 s.

²⁵¹ Véase *supra* la primera parte de la sección 3.2.2.2., pp. 87 s.

entiende al colectivo como una persona institucional, un artefacto o un ente que en algún sentido –sea metafórico o literal, pues en ambos casos tendría sentido decirlo, al menos por ser funcionalmente adecuado–, tiene una mente. De acuerdo a lo expuesto, los miembros de un colectivo pueden realizar aquello que puede decirse es una intención del colectivo, que ha evaluado razones y decidido actuar conforme a ellas, actualizando y madurando una intención previa en una intención en la acción.²⁵²

²⁵² No es en el caso de los colectivos menos importante que para los individuos que la posibilidad de realización de la intención es condición de que ésta pueda ser tal (y no mero *wishful thinking*). No se puede tener una intención respecto de algo que está en todo caso más allá del control y las capacidades de realización. Ello es criticable de las tesis de intencionalidad conjunta o colectiva, pues en una medida importante, uno no puede (sino mediante coacción) hacer que otro realice la intención que no tiene. ¿Qué herramientas tiene un colectivo, en tanto agente, para realizar sus intenciones propias? Por ejemplo, las que hemos mencionado con Pettit más arriba, o las que por su constitución y fines esté en condiciones de realizar (en el caso de las personas jurídicas, por ejemplo, las que están dentro de su giro). No requiere forzar a nadie, sino que puede atribuírselas. Esto sí depende de o está en manos del colectivo (*is up to*) su realización, por su inviabilidad de lo contrario.

4. ¿ACCIONES (JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTES) DE ENTES COLECTIVOS?

Este capítulo aborda, en primer lugar, la pregunta por la necesidad de que los colectivos sean considerados “persona” para ser posibles sujetos de la reacción penal. Se expondrán diversas tesis, desde las más escépticas hasta las que no verían mayor problema en que se los considere sujetos de responsabilidad en base a una determinada concepción de persona. Luego se repasarán elementos del funcionamiento de la imputación penal, y el rol de la acción intencional en éste, para poder dar paso al análisis final sobre la posibilidad de que un colectivo, agente intencional y, eventualmente, persona, pueda decirse es capaz de acción. ¿Puede un colectivo formarse y realizar la intención de evitar un comportamiento prohibido, o de realizar un comportamiento mandado por el derecho, tal que en caso contrario pueda quedar sometido a las consecuencias que conoce el ordenamiento penal?

4.1. Evaluación de los colectivos como agentes y personas

Hasta este punto nos hemos conformado con la noción de Tuomela y Pettit, de que los colectivos tendrían una personalidad instrumental. No son claras las implicancias que esta postura tendría para el ámbito jurídico-penal, pues la falta de personalidad moral conllevaría la imposibilidad de fundar el reconocimiento mutuo sobre el que se asienta el derecho penal. Una concepción netamente instrumentalista no sería capaz de fundar la noción de dignidad, de la que está investida la persona.

Una herramienta conceptual útil para estos efectos puede ser la distinción realizada por Dan-Cohen. Éste justifica el trato de las *corporations* como personas, pues éstas estarían en condiciones de demostrar eficacia causal y ciertas capacidades cognitivas como son la racionalidad instrumental y el responder ante normas y amenazas. Esta personalidad sería descriptiva; se puede constatar por la concurrencia de las características que la determinan. De acuerdo al autor, esta constatación basta sin más para poder hacerlas sujeto de sanciones penales.²⁵³ Esto porque, coincidentemente con otros autores estudiados, reconoce su capacidad de actuar conforme a normas. Pero

²⁵³ Dan Cohen (2010), p. 27.

a la vez afirma que la falta de dignidad de esta forma de personalidad, que sería meramente práctica, no justificaría la protección de las garantías penales, materiales y formales.²⁵⁴ Sostiene que es posible realizar esta distinción porque la generalizada visión de que la sanción penal sería unitaria es falsa, y que sobre premisas consecuencialistas habría buenos motivos para aplicar sanciones a colectivos. Ello no atentaría contra el sentido del derecho penal, pues las garantías están concebidas para proteger la dignidad humana, de la cual las *corporations* no gozan.²⁵⁵ Ésta sería una noción de dignidad de corte kantiano, que limitaría la posibilidad de predicar dignidad solamente respecto de seres humanos, y que no tiene la forma de un listado de características necesarias y suficientes para su adscripción. Es por ello que la mera identificación de ciertos distintivos en un ente colectivo, como son los requisitos arriba expuestos para la personalidad práctica, no serían suficientes.²⁵⁶ Dan Cohen pretende que todo lo anterior facilite y justifique la responsabilidad penal

²⁵⁴ Dan Cohen (2010), p. 21.

²⁵⁵ Dan Cohen (2010), p. 30. Si bien el autor nota que Waldron estaría contra esta afirmación así formulada, sostiene que la noción de dignidad utilizada por ambos es diferente y que ello explicaría la diferencia. Según Dan Cohen Waldron utiliza la palabra dignidad para referirse a un determinado status social, mientras que él se referirá a la noción kantiana de fin en sí mismo. Dan Cohen (2010), nota 24, con referencia a Waldron (2008). Así también Mañalich (2011b) y van Weezel (2010).

²⁵⁶ Dan Cohen (2010), pp. 30-31. No es tan clara que esta sea la mejor interpretación de la teoría Kant en este ámbito. Aichele, por ejemplo, no considera que la dignidad en Kant sea un requisito de la personalidad. De acuerdo a su reconstrucción de los conceptos kantianos, la *Persönlichkeit* sería la libertad e independencia de los mecanismos de la naturaleza, que sería condición de *Personalität*, expresada en la posibilidad de ser sujeto (pasivo) de juicios de imputación. La libertad del sujeto vendría dada por su posibilidad de ser *causa libera*, y no por otros atributos más que su libertad y voluntad, y el libre arbitrio. Aichele (2008), pp. 14 ss.

de las *corporations*, aunque bajo una prevención. Si hay algo intrínseco a la responsabilidad penal que, por constricciones deontológicas, requiere personalidad moral, la responsabilidad penal de los colectivos estaría desde un principio cerrada.²⁵⁷ Esto imposibilitaría una imposición de sanción penal desde una doctrina puramente retribucionista.

Dannecker, por otro lado, reconociendo que la dignidad es una característica innegable e inviolable de la persona humana, sostiene que no hay impedimento alguno en ello para sancionar penalmente a los colectivos. Ello porque el reconocimiento de la dignidad humana lleva consigo un imperativo de no violentar el principio de culpabilidad individual, pero que ello no se opone a que puede haber culpabilidad también de los colectivos (en su exposición, específicamente, las personas jurídicas). Sostiene que cuando se plantea un reproche de culpabilidad contra un colectivo, dado que éste no se dirige contra ningún individuo, es imposible lesionar su dignidad.²⁵⁸

French –al contrario de lo que Dan Cohen le atribuye²⁵⁹ realiza un intento de sostener que no hay nada en la idea de persona (moral) que implique el concepto de dignidad humana. Éste último no sería esencial en ella. Así,

²⁵⁷ Dan Cohen (2010), p. 34.

²⁵⁸ Dannecker (2009), p. 48.

²⁵⁹ Dan Cohen (2010) en su nota 25 lo cataloga como un autor que considera que las *corporations*, por ser personas morales, tienen dignidad.

sostiene que el concepto kantiano de dignidad se refiere, en una correcta comprensión, a la propiedad de ser valioso (*being worth as a person*).²⁶⁰ La propiedad de ser valioso es una propiedad superviniente, y en realidad nada exhibe la propiedad de “valiosidad”. Algo es valioso porque exhibe *otras* propiedades, como por ejemplo la de ser racional, o quizás incluso la de ser bello. Por lo tanto, no es aquí donde yace el contenido esencial de la personalidad, y por ello debe abandonárselo. French afirma que los conglomerados son personas. Sostiene que en base a una generalización empírica de lo que son las características psicológicas de una persona puede catalogarse también a los colectivos como tales, y que las características requeridas para la personalidad moral pueden “desempacarse” del mismo set de las que se requieren para la agencia, puesto que la personalidad moral no es una variedad especial de personalidad, sino que es coincidente con la agencia.²⁶¹ Pero la verdad es que French en ningún momento desarrolla cuáles serían esas características, ni cuáles son los presupuestos de la psicología del sentido común, como él los llama, que podrían dar a entender esta igualación entre agencia y personalidad, la cara moral de ésta inclusive.

Otro camino será admitir que para un concepto pragmático de persona, el reconocimiento y la reciprocidad explicitan una práctica que ya considera a

²⁶⁰ French (1979), p. 30.

²⁶¹ French (1984), pp. 90-93.

los colectivos en los mismos términos que las personas individuales a efectos de imputárseles determinadas acciones, y que por lo tanto su “instrumentalidad” o “funcionalidad” en nada sustantivo mellarían el trato como entes responsables ante la comunidad. Una propuesta a la que se recurre habitualmente para poder afirmar que un ente posee personalidad, y por lo tanto puede adoptar actitudes proposicionales y es capaz de intencionalidad es, una vez más, la de Daniel Dennett. Sin encontrar ninguna teoría que esté en condiciones de establecer condiciones necesarias y suficientes para la personalidad, el autor enumera seis tesis que identifican condiciones que, él sostendrá, son necesarias de la cualidad de persona.²⁶²

Las primeras tres condiciones necesarias serían la racionalidad, intencionalidad (o atribución de estados mentales) y una determinada actitud que se adopta hacia el ente en cuestión –la actitud intencional, en los términos

²⁶² Dennett plantea lo que puede denominarse un “concepto adscriptivo de persona”, por oposición a uno “prescriptivo”. Para una sucinta explicación véase Mañalich (2011b), nota 103. Feijoo sostiene que el “concepto jurídico” de persona necesariamente sería el que aquí llamamos prescriptivo (quien es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones). Pero podría decirse que el concepto jurídico es precisamente el que da el ordenamiento positivo (en el caso de Chile en los artículos 55 –que nada dice respecto de derechos y obligaciones– y 545 del Código Civil –que da inicio a un título que sólo se refiere a personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro). Feijoo además de los problemas de legitimación de la pena, que no serán abordados en este trabajo, sostiene que la falta de personalidad se traduciría en la incapacidad de aprender y la falta de aptitud comunicativa los haría incapaces de seguir una estrategia de prevención general positiva. Feijoo (2002) pp. 237-238. Si esta investigación resulta fructífera, debiese poder sostenerse que sí hay capacidad de aprendizaje. Si incluso así ello es insuficiente para la prevención general positiva, todavía estará vigente la otra pregunta, sobre si ésta es la fundamentación correcta de la pena.

que ya hemos desarrollado—,²⁶³ que en conjunto determinarían que un sistema²⁶⁴ sea intencional. Ello quiere decir que su “comportamiento puede ser (al menos en ocasiones) explicado y predicho recurriendo a atribuciones de *creencias y deseos* (y otros rasgos caracterizados por la intencionalidad [...])”²⁶⁵, lo cual coincide, precisamente, con otros autores analizados hasta este punto.²⁶⁶ Pero Dennett afirma que la definición de sistema intencional es muy blanda y que abarcaría demasiado como para que fuese criterio de personalidad.²⁶⁷ Por lo mismo, ser un sistema intencional es condición necesaria, pero todavía insuficiente, que se debe complementar con una cuarta condición, que es la de reciprocidad, la capacidad de adoptar posturas intencionales hacia otros objetos, es decir, uno que convierta a este sistema intencional en uno de orden superior, por ser capaz de desarrollar actitudes respecto de actitudes. Incluso es la reciprocidad condición necesaria para la comunicación verbal, que Dennett considera, para finalizar, a su vez condición necesaria y suficiente para un último elemento, que será la autoconsciencia. Este último requisito es esencial, pues “[s]i no me encuentro en una posición

²⁶³ Véase *supra* pp. 66 y 92.

²⁶⁴ En una aproximación general podría definirse sistema como un conjunto de elementos íntimamente relacionados entre sí, con una orientación teleológica.

²⁶⁵ Dennett (1989a), p. 12. Énfasis en el original.

²⁶⁶ Recuérdese la sección 2.2. *supra*.

²⁶⁷ Ejemplos del autor son computadores, plantas.

privilegiada para responder a las preguntas acerca de los motivos de mis actos, entonces no hay una razón especial por la que deba preguntárseme *a mí*".²⁶⁸

Pero, concluye Dennett, ninguna de estas condiciones, y ni siquiera todas ellas sumadas de este modo son suficientes para la personalidad. Como apunta Jakobs "a todas luces, persona no siempre equivale a persona".²⁶⁹ Siempre habrá espacio para la duda. En definitiva, valiéndose de la teoría de Rawls, Dennett muestra que el concepto de persona es uno estrictamente normativo e idealizado. Por lo tanto, sólo se puede aspirar a alcanzar ese ideal, "y no hay forma de establecer una 'calificación aprobatoria' que no sea arbitraria".²⁷⁰

Dennett se esfuerza en demostrar que aun cuando no haya características suficientes para ello, es posible afirmar la personalidad de ciertos entes. Por cierto, se atreve a afirmar que no hay duda alguna de que él mismo y el lector son personas. ¿Sobre qué fundamento filosófico, entonces, podría eventualmente fundarse la real personalidad de los colectivos, de un modo suficientemente denso? Lance y White nos ofrecen, a este respecto, una propuesta. En vez de preguntarse, como hace el enfoque metafísico, qué es lo

²⁶⁸ Dennett (1989a), p. 32. Énfasis en el original.

²⁶⁹ Jakobs (2004), p. 68.

²⁷⁰ Dennett (1989a), p. 35.

que una persona, agente o sujeto es, se pregunta qué es *tener* a algo *por* persona, agente o sujeto. Y éste “tener por” se plasma no en las meras creencias de los sujetos, sino en sus acciones, prácticas y formas institucionales. Y a su vez ello no quiere decir que no existan criterios de realidad, sino que puede traducirse del lenguaje pragmatista al lenguaje metafísico en clave de adecuación, es decir, que el uso del concepto de persona, sujeto o agente es una práctica, que puede entenderse en términos de lo que ella tiene por finalidad.²⁷¹ En este sentido, podrá usarse el concepto adecuadamente o no, por referencia a la práctica misma.

El concepto metafísico de persona es dependiente del concepto pragmático, dado que la limitación que tiene el primero a elementos meramente cognitivos, lo hace perder una dimensión fundamental del concepto. No todo componente de la calidad de persona se puede conocer, pues existe una faz relacionada más bien con las actitudes proposicionales que ante ella se adoptan. Éstas requieren de más elementos, como acciones, prácticas y arreglos institucionales.²⁷²

Una vez definidos los márgenes y fines de una determinada práctica social donde el concepto viene a encarnarse, puede pasarse a la pregunta

²⁷¹ Lance y White (2007), pp. 3-4.

²⁷² Lance y White (2007), p. 2.

metafísica sobre la adecuación a aquellos fines. ¿En qué sentido es pragmáticamente relevante poder determinar si un ente es un agente, un sujeto o una persona? Los autores proponen que, dado que los sujetos son poseedores de creencias, y que los agentes son razonadores prácticos,²⁷³ estos dos conceptos necesariamente coinciden. Siguiendo a Davidson, afirman que no es posible sostener que alguien tiene determinadas creencias sin a su vez interpretar que realiza acciones en base a ellas.²⁷⁴ A su vez estos dos conceptos estarían relacionados con el de persona. El vocabulario de la agencia (el compromiso, que se deduce como consecuencia del razonamiento práctico)²⁷⁵ hace explícito el carácter normativo de la misma. Si por persona se entiende una entidad susceptible de estimación normativa, se hace visible la relación entre estos tres conceptos.

De ser esta propuesta correcta, nos hallaríamos en condiciones de afirmar que el sentido pragmático no requiere eludir contenido esencialmente moral del concepto de persona, para poder afirmar que los colectivos también lo son. Admitir que los colectivos son agentes entregaría ya contenido normativo suficiente para poder conceder también su calidad de personas en la práctica de la imputación.

²⁷³ Véase *supra* sección 2.2.1.

²⁷⁴ Lance y White (2007), p. 6.

²⁷⁵ Véase *supra* sección 2.2.1.2.

Cabe traer a colación ahora el problema de la “personalidad jurídica”. Las características desprendidas de la constitución de entes ampliativos, sumado a los requisitos estructurales para que un colectivo pueda ser considerado agente han determinado ya una configuración sustantiva (por contraposición a formal) de los entes que entran en consideración para el análisis de la personalidad en general. Estos elementos no sólo sirven para tomar más entes en consideración que sólo los individuos de la especie humana, sino también como criterios de exclusión de otros, como plantas, computadores y conjuntos de seres humanos no organizados. El derecho no tiene por qué ir contra estos criterios sustantivos, pero requiere además de algún criterio formal para hacerlos distinguibles.

En el caso de la ley 20.393 es aquí donde aparece el concepto de personalidad jurídica. Nótese que además sólo se trata de aquella de derecho privado, por un lado, y además las empresas del Estado, por otro. Otros ordenamientos han optado por una definición, como el caso español que considera a toda persona jurídica, pero haciendo exclusión de diversos tipos de ésta²⁷⁶ y a su vez dando lugar a un criterio que atiende a características

²⁷⁶ El art. 31 bis del Código Penal Español establece “5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas Jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades

sustantivas).²⁷⁷ A toda persona jurídica excepto el Estado se refiere la legislación francesa.²⁷⁸ El *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OwiG)* alemán determina que será aplicable a personas jurídicas y a asociaciones de personas, que incluyen ciertas hipótesis de asociaciones “legalmente capaces”, como también algunas “legalmente incapaces”.²⁷⁹ Y el Código Penal Holandés considera tanto las empresas sin personalidad jurídica como también las sociedades.²⁸⁰ Sería, entonces, una decisión legislativa, y por lo tanto, tan vigente hoy como modificable.

Esta determinación legal de los límites formales en los que el derecho penal puede configurar la responsabilidad de un ente colectivo busca tener correlato con los requisitos sustantivos hasta aquí desarrollados. Lo que en conjunto deben buscar establecer es un mínimo de capacidad racional para la deliberación y formación de creencias, de manera permanente y no de ejercicio

públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.”

²⁷⁷ Así lo establece el inciso segundo del mismo artículo, desde la reforma introducida por la LO 5/2010: “En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

²⁷⁸ Art. 121-2 del *Code Penal*. Agrega además que “[s]in embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público”.

²⁷⁹ Art. 30 OwiG. Caben dentro de esta última categoría, por ejemplo, la comunidad hereditaria (§1958 y §2032 BGB) y los fondos de inversión (§ 30 InvG).

²⁸⁰ Art. 51 del *Wetboek van Strafrecht*.

meramente esporádico, permite la responsabilidad.²⁸¹ Esta responsabilidad es más amplia que la responsabilidad por determinados hechos concretos, de la que se pueden extraer las consecuencias jurídico-penales que acostumbramos. Pero la responsabilidad jurídico-penal, como también un concepto de responsabilidad con menos limitantes formales, no es sólo la consecuencia de la existencia de un ente con capacidad de acción, sino que es a la vez constitutivo de este ente en tanto persona.

Esta idea proviene también de la propuesta de Dan Cohen. En su texto *Responsibility and the boundaries of the self*, Dan Cohen desarrolla una noción constitutiva de responsabilidad, donde la asunción y atribución de responsabilidad por un objeto o un sujeto determinan al ente en cuestión. Es constitutiva porque el “uno mismo” (*self*) es contingente, dinámico y se auto constituye, identificándose con elementos e integrándolos a sí, o bien distanciándose de ellos. Pero no está totalmente al arbitrio del agente determinar qué elementos toma y deja, pues entran en consideración tanto criterios de coherencia y de integración biográfica como elementos sociales de atribución.²⁸² Así, la asunción de responsabilidad y la atribución de la misma en las prácticas sociales determinan la noción misma de persona. Esta

²⁸¹ Duff (2007), p. 449.

²⁸² Dan Cohen (1992), pp. 969 s.

responsabilidad no tiene por qué ser sólo por hechos (libremente elegidos), pues también la voluntad y el carácter son elementos que permiten configurarla.

La apreciación que da origen a la investigación de Dan Cohen es la siguiente:

“Theoretical discussions of responsibility have traditionally taken the subject of responsibility as given and have explored the conditions under which the relationship of responsibility occurs [...]. Implicit in this approach is a conception of the human subject –the self– as possessing some important, immutable attributes to which the law responds [...] Whereas the free will paradigm treats responsibility as a matter of that we choose to do, the constitutive paradigm treats responsibility as a matter of that and who we are. That latter view enables us to reinterpret disputes about the ascription of responsibility as reflecting the plasticity of the self and involving a negotiation over the self’s relevant boundaries”.²⁸³

Es así como el autor llega incluso a considerar la agencia conjunta como un caso en que el derecho, a pesar de su aparente ética individualista, cae en su propia trampa al dar espacio a instituciones como la coautoría.²⁸⁴ La existencia de responsabilidad legal de una forma de agencia conjunta (o,

²⁸³Dan Cohen (1992),pp. 960-961.

²⁸⁴Dan Cohen (1992),pp. 998.

extendiéndolo a los efectos de nuestra investigación, propiamente colectiva) redefine según Dan Cohen los límites de lo que es un “uno mismo”, un sujeto de responsabilidad. Si bien él no lo aplica a nuestro objeto de estudio, pareciera ser que esta comprensión de lo que es la responsabilidad en general y la atribución legal de responsabilidad, por otro, permite entender que el concepto de persona, con la capacidad racional requerida pero a la vez la flexibilización de los límites ontológicos a los individuos de la especie humana, servirían para entender que puede existir tal cosa como la responsabilidad propia de las personas jurídicas, y no una mera forma de expresión que en realidad es una abreviatura para referirse a la distribución de responsabilidades que le caben a diversos individuos agregados.

4.2. El rol de la acción en el lenguaje de la imputación jurídico-penal de los colectivos

Como se adelantó en el capítulo 2, el concepto de acción tiene un rol central en la imputación penal, pues es el que permite la atribución de responsabilidad respecto de comportamientos intencionales. Si hasta este punto ha parecido que se asume una noción pragmatista sin referencia suficiente a la praxis particular de la que se pretende dar cuenta, aterrizamos

aquí la discusión en materia penal. En este ámbito, es mucho lo que se juega al definir la acción, pues “[e]n la determinación del concepto de acción no se trata solamente de imputar a un sujeto su acción, sino que con el establecimiento del concepto de acción se determina asimismo qué es un sujeto y qué es su acción”.²⁸⁵

En este ámbito, como en la teoría de la acción en general, es usual que se entienda que la relación de imputación es diádica, es decir, una que relaciona a un determinado objeto con un determinado sujeto de imputación, por la vía de asumir que estos se hallan en una relación causal, proveyendo ésta del sustrato óntico de la imputación. Ésta sería una aproximación ontológica al concepto de imputación.²⁸⁶

Pero existe una segunda posibilidad, precisamente involucrarse en una aproximación pragmatista, que llevará “a poner el énfasis en que el establecimiento de una relación de imputación sólo puede tener lugar a través de un *juicio* por el cual X es puesto en la cuenta de Y”.²⁸⁷ La explicitación de

²⁸⁵ Jakobs (1991), 6/20. Es necesario distanciarse, eso sí, de la teoría Jakobs en otros aspectos. Si bien este trabajo se funda sobre una teoría de la imputación de las acciones y los estados intencionales, no por ello “todo es imputable”. Jakobs (2004) llega a sostener que el cuerpo de una persona lo es sólo por atribución, p. 71. ¿Qué juicio normativo hay allí, para poder decir que hay una imputación? La diferencia entre una noción espiritualizada de la normatividad y una visión pragmatista de la misma genera la posibilidad de distanciarse de este extremo.

²⁸⁶ Mañalich (2012a), p. 14.

²⁸⁷ Mañalich (2012a), p. 14, con referencia a Meixner y Joerden. Énfasis en el original.

que se trataría de un juicio muestra que la relación en este caso sería triádica, conteniendo como elementos el objeto y el sujeto pasivo de la imputación, como en el caso anterior, pero también un sujeto activo, es decir, quien imputa. Este tercer elemento de la relación estaría justificado en su calidad de tal (*entitled*) en tanto aplique las reglas que permiten evaluar un comportamiento en tercera persona, según se estudió en el capítulo 2 por referencia a Brandom.²⁸⁸

Y en el ámbito penal es indudable que la propuesta requiere de una relación triádica de imputación. Tratándose de una práctica institucionalizada en la que se cuenta con un adjudicador que atribuye una determinada acción a un sujeto, esta estructura es la que mejor se adapta a su estructura y función.

Parte importante de la teorización de los entes colectivos distingue entre responsabilidad causal (natural) y responsabilidad moral de los mismos, antes que referirse a materias propiamente penales. La primera será aquella que mira al pasado, identificando la causa primera, o la más sobresaliente o significativa de un acto o evento, proveniente de un “agente natural o no-intencional”.²⁸⁹ Del avance de la investigación a este punto puede desprenderse que existe una contradicción en esta afirmación. Pues, o bien se considera a un ente como

²⁸⁸ Véase *supra*, p. 61.

²⁸⁹ Velasquez (2003), p. 532.

agente (por definición intencional) de un hecho, o bien se considera a este hecho como un suceso más en el mundo.²⁹⁰

La determinación de una relación causal, como podría exigir una tesis metafísica, no tiene mayor relevancia para la discusión respecto de la agencia.²⁹¹ Precisamente, la reconducción de la cadena causal llevará hasta un primer evento (no mediado), pero no ayudará a determinar a este evento como un hecho (*deed, Tat*) propio de algún agente.²⁹² En el clásico ejemplo de Wittgenstein, podrá arribarse al alzamiento de un brazo, pero ¿qué nos dice la causalidad, respecto de que haya sido él quien ha levantado su brazo?²⁹³ La pregunta por la atribución de intencionalidad y, entonces, de agencia, es independiente de la de causalidad. Lo que la causalidad hace posible es redescubrir los eventos, haciéndose visibles determinadas propiedades –

²⁹⁰Véase Mañalich (2012a), p. 15.

²⁹¹ Recuérdese la cita de Davidson ya referida *supra* en el capítulo 2.2.1., nota 120.

²⁹² Ya desde el capítulo 2.1. se ha preferido expresamente reservar el uso de acción para acción intencional. En este caso lo mismo aplica para entender el concepto de “hecho”.

²⁹³ Wittgenstein (2008), §621.

intensionales o extensiones— de éstos.²⁹⁴ Volvemos, entonces, a la justificación del criterio intencional adoptado por Davidson.²⁹⁵

No se trata aquí de descifrar el significado del concepto de responsabilidad en general, sino de dar cuenta de la noción relevante para la praxis jurídico-penal. Así, siendo ésta una en que se adscribe, acepta y niega un tipo de responsabilidad específica, se debe estudiar el modo en que se tiene a alguien por responsable dentro de ella, por qué y ante quién. Se trata de un concepto relacional y fundado en prácticas (*practice-grounded*) “in that to be responsible is to be (liable to be) *held* responsible by somebody within some practice”.²⁹⁶ Duff sostiene que respecto del primer punto lo esencial de la práctica de atribución de responsabilidad penal es que el sujeto responsable se determina de acuerdo a su capacidad de responder apropiadamente a razones, es decir, quien es capaz de reconocer, deliberar sobre y guiarse por razones.²⁹⁷

²⁹⁴ Así, Davidson (2001): “Causality allows us to redescribe actions in ways in which we cannot redescribe other events; this fact is a mark of actions, but yields no analysis of agency”, p. 60.

²⁹⁵ Véase *supra* capítulo 2.2.1. Muy concisa y claramente, Mañalich, (2012a), p. 668. Por lo demás, para efectos jurídico penales, desde una teoría de las normas que las entiende como razones para la omisión o la ejecución de acciones que son instanciaciones de un tipo de acción, el concepto de causa tiene utilidad para la subsunción sólo cuando el tipo de acción está al menos especificado. Por lo tanto, el concepto de acción tendrá prioridad frente al de causalidad. En Mañalich (en edición), pp. 6-7.

²⁹⁶ Duff (2005), p. 442.

²⁹⁷ Duff (2005), pp. 444-445. También en este sentido se pronuncia Gómez Jara(2008): “parece poder afirmarse es que existen argumentos de peso para considerar que las corporaciones cumplen con los *requisitos mínimos* —exhiben un comportamiento intencional— en virtud de los cuales puede alzarse contra ellas el reproche ético que tanta importancia tiene para la concepción dominante de la culpabilidad”, p. 108.

Negando el usual criterio de control sobre la acción, Duff sostiene que uno puede ser hecho responsable por todas las acciones que pueden y deben ser explicadas, es decir aquellas para las que se tenían razones para realizar u omitir, fallándose en ello. Y estas razones son las que provee el derecho –ya sea “reconociendo” conductas que son *mala in se* o “estableciendo” *mala prohibita*.²⁹⁸ Finalmente, el tercer elemento de la relación es ante quién se es responsable, lo que en una sociedad democrática moderna será la comunidad política.

Por lo mismo, la constatación pre-jurídica de la existencia de una acción no basta, pues precisamente las razones para la acción relevantes para un juicio de imputación penal son las que provee el mismo derecho. La presente justificación de una aproximación pragmática y adecuada al “lenguaje de la imputación” jurídico-penal se basa, por cierto, en una determinada teoría de las normas.

Silva Sánchez contrapone dos comprensiones de las normas jurídico-penales de las que se derivarían dos formas diversas de acciones penalmente

²⁹⁸Duff (2005), pp. 456-457. Aquí se observa la importancia de la existencia de una ley como la 20.393 de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues más allá de esta discusión establece delitos en que el derecho indiscutiblemente se dirige a un sujeto colectivo, ofreciéndose como razón para la evitación intencional de las conductas en ella establecida. Si el resultado de esta investigación es favorable respecto de la capacidad de acción de los colectivos, no habrá en principio mayor dificultad que aumentar el catálogo de conductas prohibidas.

relevantes. En primer lugar, desde una concepción del derecho penal como sistema de directivas de conducta, los destinatarios han de ser personas naturales, dotadas de autoconciencia y libertad. Por otro lado una concepción de éste como un sistema de expectativas de conducta institucionalizadas podría incorporar a sujetos “socialmente construidos”:

“En efecto, por ejemplo, los hechos de las personas jurídicas son capaces de recibir valoración y capaces también de constituir defraudación de expectativas. Ahora bien, en tanto en cuanto el sistema del Derecho penal pretende influir sobre el comportamiento de los ciudadanos mediante directivas de conducta debe sumarse que, para él, no hay acción —no hay hechos capaces de sentido— sin una libertad mínima —tanto externa como interna—”.²⁹⁹

Para encontrar una comprensión del sistema jurídico penal que dé cabida a la responsabilidad de entes colectivos puede (1) sostenerse que los colectivos están dotados de la autoconciencia y libertad suficientes como para responder a un sistema de directivas de conductas —que eventualmente puede hacerse en base a los elementos expuestos en lo que va de este capítulo—,³⁰⁰ (2) asumirse

²⁹⁹Silva Sánchez (2003), p. 65.

³⁰⁰ Quienes sostienen esto son por ejemplo Silva Sánchez y Gracia Martín. “Las personas jurídicas serían destinatarias de unas normas, sí; pero de normas de *valoración* y no de normas de *determinación*”. Gómez Jara (2008), p. 146.

que un sistema de expectativas de conducta institucionalizadas es una correcta comprensión derecho penal, sus normas y la aplicación de penas, o bien (3) sostenerse que existe una mejor teoría explicativa del sistema de normas del derecho penal, que sí permite comprender el concepto intencionalista de acción como el más adecuado.

Una teoría que comprenda que la función de las normas es servir de razón para la omisión o ejecución de acciones de cierta clase, no es ni una de directivas de conducta, ni una de expectativas institucionalizadas.

La idea de “directivas de conducta” se ha entendido como íntimamente relacionada con la comprensión de las normas como imperativos. Así, una teoría imperativista se asocia, con mayor o menor primacía, a dos elementos fundamentales: por un lado la sanción, como consecuencia fundamental asociada a la ejecución u omisión de una acción, y por otro lado la idea de órdenes como formas exigencia de comportamiento.³⁰¹ Si bien estos dos elementos pueden estar en diferentes niveles (porque de que las normas sean órdenes puede seguirse que ordenen imponer sanciones, lo que haría que uno sea un imperativo primario y otro secundario), es una característica común que la forma de influir en el comportamiento de una orden o imperativo es una de racionalidad instrumental, como el mismo Silva Sánchez reconoce.

³⁰¹ En el peso relativo de cada una de estos elementos se juega el carácter más o menos estrictamente imperativista, siendo lo esencial el segundo de ellos. Véase Mañalich (2012b).

Se suma a esta criticada concepción de las normas en general, y de las normas penales en particular, la objeción a la vinculada respuesta de esta teoría al llamado “problema del destinatario”, según el cual sólo sería destinatario de la norma quien es capaz de darle seguimiento en concreto.³⁰² El tema, no fue resuelto por Binding, el célebre postulante de la teoría de las normas.³⁰³ Pero puede afirmarse que la condición de destinatario de la norma es un asunto diferente de la constatación de existencia de un deber particular para un determinado sujeto. La vinculación particular a la norma (el deber) se configura, como se ha visto en el capítulo 2, satisfaciéndose las condiciones personales de seguimiento de la misma. Pero ello no viene dado por el contenido de la norma misma. Por eso existen para destinatarios de las normas, causales de exculpación e inculpabilidad, entre otras, que determinan la eventual exclusión de la imputación.³⁰⁴ Una norma como razón para la acción no se devalúa, como sí un imperativo, por incorporar a un destinatario que no se encuentra en condiciones personales de hallarse vinculado por ella. Sólo se protege a quien sí toma esta razón como motivación para su acción. Una teoría

³⁰² Así, por ejemplo Kaufmann: “Si los imperativos se dirigen a la totalidad de sujetos del orden jurídico, estarían también dirigidas a los incapaces de acción y a los inimputables, así como a los bebés, a quienes están durmiendo, a los locos y a los ebrios. Tal cosa sería sencillamente imposible”. Kaufmann (1977), p. 161.

³⁰³ Sobre la ambigüedad en los trabajos de Binding, véase Mañalich (2013), nota 38.

³⁰⁴ Así Kindhäuser (2008), p. 9. “de considerarse la totalidad de los criterios de la imputación al autor individual, incluida su capacidad de motivación, en la determinación del deber, se obtendría la construcción del delito propia de una teoría imperativista radical, para la cual sólo un sujeto capaz de culpabilidad podría realizar un injusto.”

de las normas como razones para la acción pone al concepto de acción intencional (o pura y simplemente de “acción”) en el centro, pues ella es la que permite identificar primero la antinormatividad del hecho (y no directamente la antijuridicidad).³⁰⁵

De la segunda se aleja, pues:

“en contra de un extendido lugar común, la expectativa cuya frustración es jurídico-penalmente relevante no está —ni puede estar— constituida por una norma. Se trata, más bien, de la expectativa puesta en el *seguimiento* de una norma, la cual se ve defraudada siempre que el destinatario de la norma no presta seguimiento a ésta, a pesar de haber sido capaz de darle seguimiento, o bien —en el caso de una imputación extraordinaria— de haber sido capaz de asegurar su capacidad de prestarle seguimiento”.³⁰⁶

Y despejadas estas dos tradicionales comprensiones de las normas del orden jurídico-penal, podrá considerarse una vez más una como la expuesta en este trabajo, que compatibiliza la consideración por las capacidades del sujeto con una tesis propiamente normativa y no fáctica de la vigencia de las normas jurídicas. Por lo mismo, no se pretende que las normas sean razones para la

³⁰⁵ Véase nuevamente el capítulo 2.1.

³⁰⁶ Mañalich (2013), p. 2. Énfasis en el original.

acción sólo porque el comportamiento alternativo está amenazado con una sanción. El fundamento de la obligación es la corrección del comportamiento. El fin de la norma de comportamiento es la evitación de un conflicto relacionado con intereses jurídicamente protegidos.³⁰⁷ La sanción debe más bien servir como método de aseguramiento de la vigencia de la norma a efectos de la motivación.³⁰⁸

El mérito de la propuesta de Schroth³⁰⁹ es, como bien apunta Gómez Jara, renunciar a construir un derecho penal de los colectivos en torno solamente a normas de sanción, y postular la posibilidad de centrarse en las normas de comportamiento. Según aquél, éstas son las que, carentes de valor coercitivo, pretenden dirigir la conducta de los miembros de la comunidad. Esto elimina de plano las teorías que pretenden tanto hacer de la responsabilidad de los colectivos basada en las medidas de seguridad como sanción penal, además de las eventuales sanciones administrativas.³¹⁰

La relación entre la norma primaria de comportamiento y la acción es la siguiente:

³⁰⁷ Kindhäuser (1989), p. 150.

³⁰⁸ Kindhäuser (1989), p. 41.

³⁰⁹ Las dificultades que presenta la tesis de Schroth (1993) no se encuentran aquí, sino en la distinción que realiza entre destinatarios de las normas y autores idóneos. En lo que se refiere a la primera categoría, se observa un trato como el criticado *supra*.

³¹⁰ Schroth (1993), pp. 15-16.

“Que una acción cuente como instancia (*token*) de un tipo (*type*) de acción, depende de que ella satisfaga la descripción que especifica las propiedades cuya conjunción es constitutiva del correspondiente tipo de acción. Esto significa que la estructura nuclear de una norma de prohibición o de mandato queda definida por la correlación de un tipo de acción con un correspondiente operador deóntico”.³¹¹

La capacidad de acción, en este sentido, es la primera de las dos condiciones de imputación “por defecto”, es decir, de aquellas que no son sensibles a los contextos en que puede tener lugar el quebrantamiento de una norma sino que precisamente pretenden identificar tal quebrantamiento en base a un juicio de dos niveles. El primer nivel es correlativo a la verificación de esta capacidad de acción y el segundo se refiere a la constitución de la culpabilidad, y que en conjunto dan lugar a la constatación de un déficit de reconocimiento de la norma respectiva como razón eficaz para la (omisión o ejecución de una) acción.³¹²

4.3. Agentes como sujetos (pasivos) de imputación jurídico-penal

³¹¹ Mañalich (en edición), pp. 2-3.

³¹² Mañalich (2013), p. 9.

Si hemos encontrado en los colectivos determinadas características necesarias, pero siempre insuficientes para que puedan ser tratados, desde un enfoque pragmatista, como personas, y también hemos constatado la necesidad de personalidad jurídica desde el punto de vista del derecho para poder dialogar con ellos, como una forma que delimita y afianza una determinada sustancia (cuyas características fueron desarrolladas en el capítulo 3), podemos plantear un paso tentativo para completar un análisis integral desde el punto de vista penal.

¿Basta este primer nivel, el de la capacidad de acción, para afirmar imputabilidad jurídico penal? Hemos respondido ya que no. ¿Pero en qué sentido, más allá de la no concurrencia de las causales de exculpación e inculpabilidad legalmente fijadas, se requiere de capacidad de culpabilidad? ¿En qué consiste la culpabilidad, en un sentido en que sirva para poder incluir o no a ciertos entes como sujetos pasivos de imputación penal?

“[C]ulpabilidad es una falla personal que lesiona el sentido de la justicia de un modo que produce indignación”.³¹³

Si la falla es personal, y por lo tanto culpable, es precisamente lo que debe determinarse en base al juicio de culpabilidad. Y es el resto de la definición lo que da luces sobre los requerimientos sustantivos de la

³¹³ Kindhäuser en Kindhäuser y Mañalich (2001), pp. 14-15.

culpabilidad. Indignación es una actitud reactiva personal,³¹⁴ es una actitud que se adopta ante un ente que se reconoce, nada más y nada menos, que como persona, en los términos analizados anteriormente, que parten por la posibilidad de adoptar una actitud intencional hacia ella, complementado al menos por la capacidad de formarse intenciones de segundo orden, de usar lenguaje y de ser autoconsciente, para que esa actitud pueda ser reconocida y este sujeto pasivo pueda reaccionar ante ella.

Para que pueda haber indignación (o actitud reactiva en general) debe haber expectativa que pueda (in)cumplirse. Y esta expectativa implica que haya una relación de confianza. En el caso del derecho penal la expectativa es alta, pues se trata del seguimiento de una norma de conducta obligatoria. Y cuando el autor dilapida esa confianza, por la vía de quebrantar la norma, ello le es reclamado, simbólicamente, mediante la pena.³¹⁵ Lo que se produce y debe ser procesado es una “defraudación emocional”.³¹⁶ Y ella se genera porque se entiende al autor como participante de una práctica orientada al entendimiento, y se puede ser participante en la medida en que no se tiene una actitud pasiva

³¹⁴ Por oposición a objetiva, véase Strawson (1995).

³¹⁵ Kindhäuser en Kindhäuser y Mañalich (2001), p. 22.

³¹⁶ Véase Kindhäuser en Kindhäuser y Mañalich (2001), p. 111 con ulteriores referencias, entre ellas a Strawson.

o descriptiva, sino que se asumen y hacen valer pretensiones, y se acepta hacerse responsable de su realización.³¹⁷

Como se ha dicho, la capacidad de acción y de culpabilidad, en tanto condiciones de punibilidad, presuponen que la norma de comportamiento pueda ser incorporada por el agente como razón para su acción. Pero para que llegue a ser sancionable por el derecho el comportamiento contrario a ella debe entenderse que éste goza de una legitimidad, que se ha entendido viene dado por la autonomía pública del mismo agente y su posibilidad de participar de la práctica deliberativa.³¹⁸

Es la contracara de lo que venimos exponiendo la que presenta mayores dificultades para considerar a las personas jurídicas como destinatarios de normas penales legítimas: su (falta de) participación en la deliberación en el procedimiento de adopción de la norma. No son las personas jurídicas, de todos modos, las únicas que se ven en una situación compleja. Éste es un argumento relevante a la hora de oponerse a la responsabilidad penal de menores de edad, por ejemplo. Y en otros casos, como el de los extranjeros, puede seguirse estrictamente esa misma línea o entender que la vinculación con la norma

³¹⁷ Kindhäuser en Kindhäuser y Mañalich (2001), p. 87.

³¹⁸ Mañalich en Kindhäuser y Mañalich (2001), pp. 118 ss.

puede tomar otras formas que el derecho a sufragio.³¹⁹ Y ello justifica también que se reconozcan ciertas diferencias, como la mayor viabilidad del reconocimiento de error de prohibición.

¿Implica esta limitación, en el caso de la persona jurídica, llamar a oponerse a su responsabilidad penal, a aceptar modificaciones a ciertas instituciones o no tiene entidad suficiente? Las implicancias de teoría de la pena no son objeto de este trabajo. Antes bien, podemos dar paso a la última sección teniendo en mente que esta diversidad está todavía abierta. La primera para actuar en el foro público en cuanto ciudadanos, pero en cuanto “personas de derecho”, la lealtad que vincula a los sujetos por el reconocimiento mutuo hace obligatoria la conducta conforme a la norma. La segunda está en manos de la doctrina y la jurisprudencia. La tercera, dando por supuesta la legitimidad por la existencia de regulación legal vigente, es la que debemos adoptar para continuar aquí.

³¹⁹ Mañalich en Kindhäuser y Mañalich (2011), p. 127.

5. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE UN ENTE COLECTIVO PARA LA EVITACIÓN INTENCIONAL DE LA REALIZACIÓN DE UN TIPO DELICTIVO Y EL JUICIO DE IMPUTACIÓN

El presente capítulo implica un aparente salto argumentativo. De justificar la capacidad de acción de los entes colectivos, y de exponer la necesidad y relevancia de ésta para la culpabilidad, se pasará directamente a considerar, en términos de la teoría del delito, a los entes colectivos como agentes capaces en el ámbito penal. El desarrollo previo debería mostrar que el salto no es del todo injustificado: nuestras prácticas de atribución de personalidad contienen esa misma incógnita, que busca salvar un vacío que va entre las condiciones necesarias y las suficientes.

5.1. Infracción de deber del agente colectivo

El primer paso en la determinación del deber del agente viene dado por la identificación de la norma primaria de comportamiento, infiriéndola pragmáticamente desde una norma secundaria de sanción.³²⁰

En base a ello puede determinarse cuál era la intención que un colectivo debía estar en condiciones de formarse, para no transgredir la norma. La intención que debe realizar el agente (colectivo) es la de omitir (o ejecutar, para el caso de las normas de requerimiento) el comportamiento descrito en la norma penal:

“por vía de imputación, la no-omisión de la acción prohibida o la no-ejecución de la acción ordenada, según corresponda, se constituye como un comportamiento que exhibe un determinado valor declarativo, a saber: que el autor *no* ha reconocido la norma como una razón eficaz para la acción. Y es precisamente el carácter negativo de la correspondiente

³²⁰A nivel comparado, las propuestas de cómo esto puede tomar forma para los colectivos son muy diversas. Holanda, por ejemplo, ha incorporado una norma en la parte general de su código penal, haciéndose en principio relevantes para la persona jurídica todos los tipos de la parte especial. En países anglosajones, por otro lado, se comenzó por incorporar al ámbito de normas de conducta relevantes para los colectivos los delitos de omisión y “delitos imprudentes”, para luego ampliarse a *public welfare offences* y luego a toda clase de delitos. Y en otros países europeos pero alejados de la tradición alemana en esta materia, se han desarrollado catálogos, a veces bastante extensos, que contemplan tipos penales en los que pueden incurrir sujetos colectivos, como el de Francia, Portugal, Luxemburgo y Dinamarca. En tanto modelo se puede citar también el anteproyecto del código suizo, que ubicaba una regla de imputación entre las normas de la parte general, sin detallar límites a su aplicabilidad, véase Tiedemann (1996). Dannecker (2009) sostiene que una norma de este tipo posibilitaría que los delitos que no puedan ser cometidos por personas jurídicas sean simplemente determinados por vía interpretativa, pero no ofrece ningún criterio para este fin, p. 50.

declaración manifestada en el comportamiento delictivo lo que Hegel identifica como la negatividad del hecho punible”.³²¹

Es necesario volver a hacer hincapié en que en el ordenamiento chileno las normas de comportamiento tienen cabida sin lugar a dudas desde la dictación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en diversos sistemas no se ha encontrado mayor problema en ampliar las normas de prohibición y mandato (requerimiento) que, se entiende, pueden servir como razones para la acción de entes colectivos, ya sea estructurados en la forma de un catálogo específico o bien por vía interpretativa de cuáles son aquéllas.³²²

Los límites del deber al que está sujeto el agente son aquellos de su capacidad de acción. Es por ello que, volviendo al análisis realizado en el primer capítulo, algunos autores que en general afirman la capacidad de acción penal de entes colectivos, a su vez la limitan a ciertos tipos de actividades. Quienes centran sus modelos más bien en la prevención, observan que los delitos en que se puede ver involucrado un colectivo son aquellos relacionados con los riesgos típicos del servicio (*betriebstypischen Risiken*).³²³ Desde la

³²¹ Mañalich (2013), p. 8-9

³²² *Supra*, nota 320.

³²³ Así Heine (2007), p. 8. „[Die *betriebstypischen Risiken*] bestimmen sich für jede Art von Unternehmen eigens, und zwar danach, ob die betreffenden Betriebsgefahren über eine allgemeine Aufsicht hinaus ein besonderes betriebliches Risikomanagement erfordern“.

doctrina holandesa se ha sugerido que el tipo de autoría del que son capaces los colectivos es de autoría funcional. Así, aunque su código sea explícito en que, contra el dogma generalizado, *societas delinquere potest*, ellas siguen sin ser capaces de realizar de propia mano sino que su autoría se refiere a que estaba en posición de *poder decidir que ciertas acciones tuvieran o no lugar* y que ellas eran *aceptadas o solían regularmente ser aceptadas* por el agente colectivo.³²⁴

“En otros términos, sería impensable atribuir a la persona jurídica la calidad de *autora* (aunque sí la de partícipe) en delitos que consistan, en su núcleo esencial, en una actividad física (como el homicidio, la violación, las lesiones corporales o manejar un vehículo en estado de ebriedad); s[í], en cambio, sería concebible la autoría por la persona jurídica de delitos que carezcan de ese núcleo de actividad física (como un fraude tributario o una falsificación documentaria), que son fácilmente imaginables en la forma de una *autoría funcional*”.³²⁵

Aunque al mismo tiempo, un delito que comúnmente se entiende requerir de una actividad física como son las lesiones, corresponde a la figura que ya

³²⁴ Politoff (2001), p. 1253. Vale mencionar que esta autoría funcional se diferencia del dominio funcional del hecho, que en terminología de Roxin es la que fundamenta la imputación de los coautores, por su limitado dominio material del hecho típico.

³²⁵ Politoff (2001), pp. 1278-1279.

cuenta con una historia judicial en diversos ordenamientos, por la vía de imputarle los resultados dañinos provocados por productos defectuosos, por ejemplo.³²⁶

Constatado el comportamiento anti-normativo se encontraría configurada una infracción de deber a nivel de la constitución del injusto. Existiendo capacidad de acción y determinado el deber personal a que está sujeto el agente, puede proseguirse con los demás elementos del juicio de imputación. Pues al incurrirse en la conducta prohibida por el derecho, o al omitirse llevar acabo aquella mandada, se evidencia que la norma no ha sido recogida como razón para la acción del comportamiento, habiéndose realizado una intención que, en tanto conclusión del silogismo práctico, no es conforme a la premisa para la acción que debía significar la norma.³²⁷

Para los delitos de resultado, la conducta típica es aquella que no evita la producción del resultado prohibido por la norma. Si se trata de delitos de mera

³²⁶ Tradicionales son los casos *Lederspray*, *Aceite de Colza* y *Contergan*, por los que fueron procesados en su momento los directivos de las respectivas empresas. Todos ellos son anteriores a las reformas que incluyen la legislación sobre responsabilidad de entes colectivos en los respectivos ordenamientos.

³²⁷ Para una construcción del silogismo en delitos de resultado véase Kindhäuser (1989), pp. 54-55. Nótese que en ambos casos la premisa mayor se desprende de la norma de comportamiento, que funciona como razón para la acción, y no es la intención misma. Se deben aplicar aquí las precisiones del capítulo 2.2.1.

actividad, no necesariamente se produce una mayor dificultad. Bajo la estructura de múltiples descripciones de una acción y de la relación de éstas con sus consecuencias, que es lo que jurídicamente se conoce como “resultado”, es la extensión de la descripción de la acción (como cuando decimos que presionar el interruptor tuvo por resultado espantar al ladrón, es decir que A espantó al ladrón).³²⁸ Pero la mera actividad (presionar el interruptor) ya ha sido reconocida como acción para poder hacer el ejercicio extensivo. En este caso basta con que el agente tenga la norma de conducta como razón para no incurrir en la prohibición o para llevar a cabo el mandato (o requerimiento).

5.2. Criterios de imputación a colectivos

Según el estudio de diversos autores realizado en los capítulos anteriores, la intención que se ha formado el colectivo y que puede ser entendida como independiente de las de sus miembros se realiza igualmente a través de éstos, o por el específico grupo de miembros que cuentan con la

³²⁸Feinberg llama a esto el “efecto acordeón”, introduciendo el concepto en la segunda categoría de entre tres formas de adscripción: una “meramente causal”, una que llama de “agencia causal” y una de “simple agencia”. Lo ubica dentro de la segunda, pues la tercera se refiere a las acciones simples a las que nos referimos a continuación en los cuáles no hay relevancia causal, pp. 133 ss.

posición institucional que autoriza y hace reconocible para los demás que se está actuando en tanto miembro del colectivo.³²⁹

La estructura del derecho penal contiene normas primarias de comportamiento y normas secundarias de sanción. Pero también cuenta con criterios de imputación.³³⁰ Las reglas adscriptivas, que se desarrollan en la parte general, son aplicables a todo comportamiento, mientras que la antinormatividad de éste se determina mediante las reglas prescriptivas de la parte especial.³³¹

Sobre la imputación subjetiva puede apuntarse que, el dolo y la culpa no forman parte de “lo imputado” sino que corresponden a elementos del juicio de imputación en la forma de criterios para ésta. Sin necesidad de recurrir a un concepto especialmente normativo, aunque por supuesto dejando de lado uno de disposición anímica o motivacional, pueden relacionarse el dolo y la culpa con los demás elementos de la imputación de la siguiente manera:

³²⁹ Véase *supra* sección 3.3.

³³⁰ Los criterios de imputación no pueden deducirse teleológicamente de las condiciones establecidas en la norma de comportamiento para una actuación conforme a derecho, porque ellos no son parte del contenido prescriptivo, que está contenido en ella, sino del contenido adscriptivo, que mucho antes pertenece a las condiciones de posibilidad de seguimiento de la norma, y cuál es el deber en ella implicado, si primario o secundario. Véase Kindhäuser (1989), p. 80.

³³¹ Mañalich (2010a), pp. 186-187.

“La tipicidad objetiva de un comportamiento, incluidas sus consecuencias relevantes, constituye aquello que ha de conocerse, a lo cual se encuentran referidos el dolo y la imprudencia en tanto *formas de conocimiento* (incluidos los componentes voluntativos requeridos, según sea el caso). O dicho de otro modo: el tipo objetivo designa el objeto, el dolo y la imprudencia, en cambio, las bases de la imputación de responsabilidad jurídicopenal”.³³²

Y de acuerdo al concepto intencionalista de acción hasta aquí desarrollado, podría reconocerse la concurrencia de conocimiento fáctico suficiente para la imputación de conductas dolosas e imprudentes (por vía de imputación extraordinaria). Este conocimiento, como hemos descrito, puede eventualmente configurarse a nivel del colectivo por sus estructuras de decisión independientemente de los individuos. Por un lado, la información es manejada sólo parcialmente por los miembros, pero a la vez es sólo en virtud de la estructura del agente que esta información se transforma en el contenido de una decisión.³³³

³³² Kindhäuser (2008), p. 7. Énfasis agregado.

³³³ Así, como se ha citado *supra*, Dan Cohen (2010), p. 25.

5.3. ¿Intervención delictiva?

“Intervención’ constituye [...] una categoría de imputación, de manera tal que las diferentes formas de intervención delictiva pueden ser entendidas como modalidades de imputación personal de la realización de un tipo delictivo”.³³⁴

Gómez Jara postula que desde una teoría funcionalista es posible hablar de una relación de participación por haber una expresión conjunta de sentido entre un individuo y el colectivo, en base a determinar de quién es la expresión de sentido que el quebrantamiento de la norma representa. Si la expresión de sentido es meramente individual, no cabrá más que hacer responsable a la persona física. Pero si en la ejecución se da lugar a una expresión de falta de fidelidad al derecho también del colectivo, dado que éste ha configurado el marco previo de la ejecución, podrá haber responsabilidad de ambos.³³⁵

“[L]a ejecución de la persona física sería *también* la ejecución de la persona jurídica. Es decir, no existe la imputación de una ejecución ajena, sino que la mera ejecución– desde el punto de vista naturalista – por parte del último, constituye *asimismo*– desde el punto de vista

³³⁴ Mañalich (2010b), p. 387.

³³⁵ Gómez Jara (2008), pp. 129 s.

normativo –una ejecución del partícipe. Así, el interviniente antes de la ejecución –empresa– *configura* el marco y el ejecutor –persona física– lo rellena”.³³⁶

Se produce aquí un evidente choque entre los autores que sustentan una tesis en que la participación es eminentemente accesoria y que la antinormatividad e infracción de deber corresponde al autor, frente a las que afirman que la distinción entre ambas categorías es meramente cuantitativa.³³⁷ Esta tesis de Gómez Jara sólo sería coherente con una propuesta del segundo tipo, pues implica afirmar que el injusto es tan propio del autor como del partícipe. Por el contrario, quien configura el marco de ejecución y comparte una expresión de sentido es, para las tesis que distinguen cualitativamente, un coautor. Ello implica que el hecho le puede ser atribuido como propio, habiendo motivos que justifican que no sea así para un cómplice, instigador o encubridor.

³³⁶ Gómez Jara (2008), p. 130. Énfasis en el original.

³³⁷ Quienes sostienen que la diferencia es cualitativa afirman: “La distinción dogmática entre autoría y participación se sigue de una diferenciación de dos formas de infracción de deber, las cuales fundamentan el respectivo ‘injusto de la acción’: ‘autoría’ es el resultado de la imputación de una realización típica como hecho propio en virtud de la infracción de un deber primario; ‘participación’, en cambio, el resultado de la imputación de una realización típica como hecho ajeno en virtud de la infracción de un deber secundario, esto es, de un deber no posibilitar o favorecer la infracción de deber primario por parte del autor.” Mañalich (2010b), p. 387. Van Weezel (2009) retrotrae estas nociones hasta Pufendorf, p. 437. Desde el otro bando se argumenta que: “Aunque todos los intervinientes se encuentran cualitativamente en el mismo plano (se les imputa el único hecho como propio), la intervención de varias personas hace que el hecho resulte configurado por todas ellas, y que por lo tanto sea posible distinguir cuantitativamente entre diversos grados de configuración: hay quienes configuraron más la conducta típica y quienes la configuraron menos”, p. 442. Bajo esta misma lógica operan los autores partidarios del dominio del hecho.

Mañalich recientemente ha fundado esta distinción en la categoría de acciones principales y auxiliares, que para el caso de la imputación penal se ve fundamentalmente determinada por la descripción típica.³³⁸ En la medida en que un sujeto de imputación diferente al tradicional se tiene en vista, es posible que ello produzca modificaciones en la comprensión del tipo penal y el alcance de sus elementos. En tal caso, la referencia de la ley 20.393, en el caso chileno, ello podría acarrear una diferente comprensión sobre la intervención delictiva de entes colectivos.

Otros criterios de imputación personal para los entes colectivos son los que dan origen a responsabilidad por un hecho propio, es decir, modalidades de autoría. Aunque como sostiene entre nosotros van Weezel “ni el autor mediato ni, por regla general, el coautor, ‘realizan’ el hecho típico en el sentido formal del tipo legal”.³³⁹ Ello no obsta a que igualmente se les considere autores. Quizás esto hace más cercana la idea de que entes colectivos puedan, al igual que individuos, tomar la posición de autores, dado que al menos ya se ha dejado de lado una noción estrictamente naturalista.³⁴⁰

³³⁸ Mañalich (en edición), pp. 37 ss., con referencias a Brennenstuhl, Kindhäuser y Vogel.

³³⁹ Van Weezel (2009), p. 432.

³⁴⁰ Puede volverse a citar aquí el trabajo de Politoff referido con anterioridad, y los desarrollos de la doctrina holandesa sobre el concepto de dominio funcional.

Como se ha visto en el capítulo 1, quienes desarrollan tesis basadas en la autoría (directa) de las personas jurídicas lo hacen partiendo de la noción de “defecto” y por lo tanto, desde la estructura de imputación, considerándolo como una omisión.³⁴¹ Así, por ejemplo, se ha entendido la propuesta de Tiedemann del “defecto de organización”, consistente en no tomar las precauciones o medidas de control necesarias, favoreciendo un “deslizamiento hacia el delito en las actividades correspondientes a su giro o tráfico habitual o estatutario”.³⁴² Hemos visto como existe aquí, según tesis causalistas y finalistas de acción, un problema de determinación del hecho, al igual como ocurriría también para hechos de personas individuales.

También Dannecker sostiene que la imputación a las personas jurídicas necesariamente tiene lugar por omisiones. Sostiene que lo relevante no es la contravención de una norma de comportamiento en sí, sino más bien “la omisión de las premisas necesarias para un comportamiento conforme a la norma”.³⁴³ Claro que desde la teoría de las normas ya desarrollada, lo que Dannecker sostiene es antes una constatación del principio de contrafacticidad de las normas y de la negatividad de la imputación, que una constatación

³⁴¹ Zúñiga sostiene que al menos esta modalidad se podría aplicar respecto del titular de una empresa, a través del art. 11 del Código Penal español de 1995 Zúñiga (2004), p. 281.

³⁴² De la Cuesta (2001), p. 985.

³⁴³ Dannecker (2009), p. 49.

problemática de omisión. Es, por lo tanto, la regla general para todo comportamiento antinormativo y no sólo uno característico de los colectivos.³⁴⁴

Al explorarse las diversas modalidades que ofrecen las formas de intervención delictiva, una posibilidad para el derecho penal es entender la actuación antinormativa de miembros que participan de un ente colectivo como una forma de coautoría. Ésta sería, aparentemente, la propuesta de Joerden. Este autor afirma que ya una relación de dos personas que se han abocado a la realización conjunta de un delito puede ser considerada la acción de un ente colectivo. Pero también sostiene que la modalidad de imputación a utilizar será, para cada uno de ellos, la de (co)autoría.³⁴⁵ Ésta es una forma de entender la acción de un colectivo como hecho propio, aunque a la vez como hecho propio completamente imputable a cada uno de los coautores. Pero, como se ha estudiado en los capítulos anteriores, ni una comprensión agregativa de los sujetos ni una de mera acción coordinada, que es precisamente característica de la coautoría, puede dar lugar a la fundamentación de la imputación a un

³⁴⁴ En un sentido más general la constatación de Dannecker permite avanzar en la comprensión de la omisión como un comportamiento igualmente antinormativo, contrario a una norma de mandato.

³⁴⁵ Joerden (2004) sostiene que: "Man kann diese wechselseitige Zurechnung von Tatbeiträgen wohl nur in der Weise begründen, dass man den Komplex der arbeitsteilig handelnden Mittäter als ein Kollektiv auffasst, das gleichsam als ein und dieselbe Person handelt, eben als Kollektivperson", p. 137.

colectivo en tanto tal.³⁴⁶ Por lo tanto, la utilización de la coautoría entre los miembros del colectivo es más bien una forma de distribución de la responsabilidad, que un criterio de imputación útil para efectos de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Una nueva propuesta sería la que ofrece Gómez Jara:

“Otra opción teórica, que parece haber pasado bastante desapercibida hasta el momento, pudiera abrirse de la mano de la aplicación de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización al ámbito de las relaciones entre persona física y jurídica. En efecto, la aplicación de la autoría mediata *stricto sensu* al caso de la empresa conllevaría que la persona física –ejecutor inmediato– carecería de responsabilidad”.³⁴⁷

Es claro que si la autoría mediata *stricto sensu* restringe la responsabilidad al hombre de atrás, podría haber un conflicto con la necesidad político-criminal de sancionar también al individuo que en calidad de miembro ha actuado por el colectivo. Pero esto no es necesariamente un problema, o

³⁴⁶ Kindhäuser (2003) critica esta comprensión de la coautoría también porque no logra dar cuenta de otros modelos de imputación como son los de los partícipes. Si ellos también tienen intervención en la acción conjunta deberían responder también por ella, pero si a cada uno de los intervinientes se les imputa la acción colectiva como propia, se perdería la distinción fundamental entre partícipes y autores: que los primeros responden por hechos ajenos en virtud de la infracción de un deber secundario, en tanto que los segundos lo hacen por infracción de deberes primarios.

³⁴⁷ Gómez Jara (2008), nota 306, p. 128.

más bien, quizás es nada más que una consecuencia con la que los teóricos y operadores de la práctica tienen que lidiar.

Pero ya desde el punto de vista de la comisión de delitos por individuos no es tan claro que la autoría mediata excluya la responsabilidad del “hombre de adelante”. Mediante la estructura de imputación en dos niveles (primero y segundo) y de dos tipos (ordinaria y extraordinaria), se puede entender perfectamente la imputación extraordinaria del hombre de adelante, si también le compete el déficit de responsabilidad del cual adolece. Así no queda excluida la posibilidad de una imputación extraordinaria del hombre de adelante.³⁴⁸ La posibilidad de que se configuren criterios de autoría mediata probablemente implicaría considerar a la existencia de un colectivo como contexto de la imputación.³⁴⁹ Es concordante con esta posibilidad el análisis propuesto por Dan Cohen y estudiado anteriormente,³⁵⁰ según el cual un motivo para considerar a un colectivo como agente era la fragmentación del conocimiento necesario para que una acción se considere intencional entre diversos miembros del mismo, pero que a nivel colectivo permiten entender que éstos se han integrado o incorporado de tal manera que puede atribuirse al colectivo, independientemente de sus miembros, una determinada intención.

³⁴⁸ Para un desarrollo de esta idea y sus limitaciones véase Mañalich (2010b), pp. 400-402.

³⁴⁹ Mañalich (2011b), pp. 283 ss. Si esto es así, es importante aclarar que no hay incompatibilidad con que además se le considerase sujeto de imputación, nota 68.

³⁵⁰ Así también Zúñiga (2004), pp. 270-271.

Coincidentemente con la referencia anterior de van Weezel, Mañalich sostiene:

“El autor mediato no realiza acción ejecutiva alguna, de lo contrario cada separación conceptual llevaría *ad absurdum*. El autor mediato es, sin embargo, autor. La condición de ser autor no descansa en un hallazgo descriptivo, sino en una valoración. El responsable es determinado, él no ha ejecutado el hecho, pero éste le es imputado. Cuando se habla de su ‘hecho’, esto ha de entenderse en sentido normativo, esto es, el hecho por el cual él es responsable”.³⁵¹

Gómez Jara desarrolla también brevemente la opción enunciada en una cita anterior, de utilizar la noción de autoría mediata por aparato organizado de poder. A pesar de que ésta ha sufrido muchas críticas a nivel individual, entre ellas las del mismo Gómez Jara,³⁵² podría utilizarse este concepto, afirma, para relacionar la responsabilidad individual y la colectiva, abogando por un modelo

³⁵¹ Mañalich (2010b), p. 386, con referencia a la tesis doctoral de Weidenkopf. Esta constatación –y todo el desarrollo hasta aquí presentado sobre el concepto de acción– sirve para contrarrestar la noción de que la posibilidad de autoría mediata fracasaría por la falta de dominio del hecho que tendrían los entes colectivos. Esto es lo que preocupa a Schünemann (2008) cuando sostiene: “Weil den Körperschaften wiederum im Sinne eines auf die menschliche Körperbewegung bezogenen Handlungsbegriffs die Handlungsfähigkeit abgeht, ersetzt das Gegenargument von Hirsch, man habe es bei Körperschaften mit einer ‚Form des eigenen Handels durch einen Anderen zu tun‘, Handlung abermals durch Zurechnung, wobei, wie Hirsch mit Recht hervorhebt, eine Analogie zur Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft nicht weiterführt. Denn der mittelbare Täter ist selbstverständlich für seine eigene Handlung verantwortlich, durch die er das Geschehen beherrscht, während die juristische Person selbst überhaupt nicht handelt“, p. 433.

³⁵² A esto dedica casi la totalidad de su artículo Gómez Jara (2006b).

concurrente (y no alternativo) entre ambas.³⁵³ Heine en esta línea, por ejemplo, fundaría una posición de garante basada en un dominio funcional-sistémico de la organización que, desde una teoría de la imputación objetiva, permitiría fundar la atribución de responsabilidad al colectivo, e incluso entre dos colectivos, como son la filial y una matriz.

“La solución pasaría por considerar que la ejecución es obra tanto de la persona física –en cuanto tal– como de la persona jurídica –en cuanto a que es un *miembro de ésta* el que ejecuta–. Por tanto en un mismo hecho –la ejecución– se superponen dos planos: el individual y el empresarial”.³⁵⁴

Según Gómez Jara esto evitaría que se violentase el principio de auto-responsabilidad porque éste operaría “dentro” de cada uno de los niveles, el individual y el colectivo. Pero no explicita por qué estos dos niveles evitarían el problema. Si es una acción *conjunta*, parecería que lo que corresponde entender desde el punto de vista del derecho penal es una forma de coautoría (en caso de concurrir los requisitos legales para ella). Por otro, si la acción es *mediada*, que es precisamente lo que supone que se trate de una forma de autoría que en la terminología clásica se realice a través de un instrumento, se

³⁵³Gómez Jara (2006b), p. 151.

³⁵⁴Gómez Jara (2006b), p. 152.

requeriría de un déficit de responsabilidad por parte de la persona física que ejecuta.

Se aplican aquí las críticas generales a la utilización del concepto de dominio de la organización, que son suficientemente conocidas:³⁵⁵ la misma inexistencia de déficit de responsabilidad del hombre de adelante y la superposición consecuente con otras figuras como la inducción o la coautoría, que funcionarían de mejor manera.³⁵⁶

Pero el mayor problema con la aplicación general de la teoría del dominio de la organización es que el planteamiento de su principal gestor se ha modificado en el tiempo de tal modo que si bien inicialmente el instrumento correspondía al ejecutor, hoy el instrumento es la organización misma. Para efectos de la responsabilidad penal de los colectivos, entonces, no tendría sentido decir que un grupo se utiliza a sí mismo para cometer un delito.³⁵⁷ Al menos habría que admitir que ya no sería esta una hipótesis de autoría *mediada*.

Si para la autoría directa es estrictamente necesaria la realización “de propia mano” de los elementos constitutivos de un tipo, puede ser que quede

³⁵⁵ Roxin (2006) busca hacerse cargo de ellas.

³⁵⁶ Por ejemplo Jakobs (1997), número marginal 103, p. 783, y entre nosotros Mañalich (2010b).

³⁵⁷ Observa esta evolución el mismo Roxin (2006) y también Mañalich (2010b).

descartada. Aunque quedarían abiertas las hipótesis omisivas arriba desarrolladas, teniendo que volver a abordarse el problema de la identificación del “hecho” para el defecto de la organización. Pero no parece descabellado analizar las demás alternativas aquí expuestas más en profundidad antes de negar de plano que la inicial dificultad de una autoría (directa) activa sea impedimento absoluto para comprender la responsabilidad penal de ciertos entes colectivos por sus hechos propios, quedando, a nuestro entender, para ello la autoría mediata en muy buen pie como candidato para desarrollo futuro.

Pareciera que, si lo pasos anteriores han sido correctamente dados, nada obsta a la extensión en los mismos términos a una responsabilidad penal del juicio de imputación de primer grado y del juicio de subsunción en el tipo. Queda, entonces, y aunque se ha hecho sólo una breve referencia por no ser el objeto principal de este trabajo, una breve referencia a la imputación de segundo grado y cómo puede abordarse el problema de la culpabilidad de los entes colectivos si se pretende afirmar su responsabilidad penal.

Como se ha dicho anteriormente,³⁵⁸ los conceptos de culpabilidad tradicionales y subjetivistas han derivado en conceptos de corte más normativo. Esto implica la posibilidad de entender como presupuesta, y sujeta a refutación, pero no necesitada de justificación en cada caso particular, la capacidad de

³⁵⁸ Véase *supra* sección 1.1.1.2.

culpabilidad.³⁵⁹ Porque si la capacidad de culpabilidad está asociada a la posibilidad de tener intenciones sobre intenciones, y es la capacidad de jerarquizar, evaluar intenciones y transformarlas en acciones, tendremos un sujeto capaz de culpabilidad también a la vez que se le considera un agente reflexivo. Y esta capacidad define el concepto de persona como sujeto que exige y recibe la confianza del derecho.³⁶⁰

Con el desarrollo de este trabajo podemos intentar hacer un aporte en este sentido según los elementos abordados en el capítulo anterior.³⁶¹ Las discusiones sobre la necesidad de personalidad (moral) para justificar la inclusión de un agente dentro de los sujetos de derecho penal depende, como se ha dicho, tanto de si se adopta una postura metafísica o una pragmática, como también de la teoría de las normas a la que se adscriba.

La exigencia de personalidad jurídica, además de la delimitación funcional de los entes colectivos, facilita la discusión en torno a la capacidad de pena. Dado que el Derecho puede lidiar con personalidades formalizadas asignándole derechos y obligaciones, puede a su vez, limitarlos en la forma de sanciones. El enorme tópico que queda aquí abierto, para poder avanzar en

³⁵⁹ Kindhäuser (1989), p. 42.

³⁶⁰ Kindhäuser (1989), p. 47, con referencias a Dennett, Frankfurt, Rawls y Steinvoth.

³⁶¹ Véase *supra* capítulo 4.1.

torno a un derecho penal justificado también en sus consecuencias, como es la pena, es si puede considerarse que los colectivos participan también en calidad de personas de la formación de las normas cuyo seguimiento después se exige.³⁶²

³⁶² Gómez Jara ha intentado una famosa respuesta desde el punto de vista del ciudadano corporativo. Véase especialmente Gómez Jara (2006a), pp. 18 ss.

CONCLUSIÓN

Una breve recapitulación puede resultar útil para hilar los conceptos y argumentos desarrollados a lo largo de este trabajo.

De lo expuesto en el capítulo 2 de este trabajo es posible concluir que la moderna filosofía analítica considera como un elemento esencial para la adscripción de una conducta a una persona como acción, el que exista al menos una descripción en la que sea verdadero sostener que ésta fue un comportamiento intencional. El concepto de intención permite reconocer una conducta como acción y a la vez racionalizarla, es decir, explicarla. Esta explicación puede considerar la intención como una razón para la acción o bien puede considerar a la intención como el resultado de un juicio, que considera diversas razones (como se vio en el capítulo 4, siendo una de ellas la norma de comportamiento). Esta intención corresponde al reconocimiento de un determinado compromiso con las razones que justifican la decisión, y su realización es precisamente la acción. Se desprendió de este análisis que es

necesario mostrar que un sujeto es capaz tanto de formarse una intención, como de realizarla. Y respecto de esta realización se sostuvo en el capítulo 4 que no es correcto (ni siquiera en el caso de los agentes individuales) utilizar un concepto causalista para determinar la atribución de una acción a un sujeto, pues no hay una relación de causa y efecto entre el sujeto y su acción (la causalidad es una relación entre eventos u hechos, según se aborde desde una causalidad productiva o explicativa). Es necesario usar un lenguaje adscriptivo, eminentemente pragmatista y adecuado al contexto en el cuál se quiera hacer operativa la imputación. Este lenguaje adscriptivo puede ser en general no sólo utilizado para seres humanos, sino para diversos sistemas ante los que sea adecuado adoptar una actitud intencional.

Ante el desafío que impone un concepto de acción jurídico penal como uno de acción intencional cupo examinar los elementos de ésta (capacidad de formarse y capacidad de realizar una intención) en la literatura filosófica sobre entes colectivos. Se observa así un desarrollo de la capacidad de formarse una intención propia, independiente de los miembros individuales, la cual se obtiene a través de generar procesos de decisión que hagan posible que el colectivo asuma como propias decisiones que los miembros no necesariamente harían suyas, en el marco de una distribución de competencias y delimitación de la membresía que viene extrínsecamente dada, o que a los miembros actuales se les presenta como tal. Ello no obsta a que estas reglas (de reconocimiento y

cambio, por ponerlo en lenguaje hartiano) puedan ser revisadas y modificadas. Pero su normatividad es la que permite dar unidad racional, y por lo tanto, unidad a secas al ente colectivo.

El siguiente paso de análisis consiste en la realización de la intención. Desde el punto de vista jurídico-penal la ocurrencia de un suceso puede imputarse a un agente de acuerdo a las reglas que éste contiene. Éstas determinan que un acontecimiento puede interpretarse correctamente (mediante una inferencia materialmente correcta) como un reconocimiento del compromiso que implica la intención asumida. Considerándose por un lado la realización de una acción dentro del marco de atribuciones que tiene un miembro actuando en calidad de tal, y por lo tanto dentro de la posición que le corresponde en el colectivo, y por otro la existencia de una razón para la acción, como es que existan determinadas normas penales de comportamiento que no gozan de restricción en su aplicabilidad a las personas naturales, puede decirse que existen los elementos para evaluar el hecho bajo un juicio de imputación penal. Esto quiere decir que el hecho puede “ponerse por cuenta” del colectivo.

Las preocupaciones expuestas por los autores de la doctrina penal que niegan capacidad de acción a los entes colectivos pueden, así, verse menguadas. La adopción de un concepto intencionalista de acción y la posibilidad de que los entes colectivos adopten actitudes proposicionales

independientes de los miembros, sumado a una propuesta que no reniega de la participación material de los individuos, aunque enmarcado ello en un sistema medianamente institucionalizado que delimita las acciones que cuentan o no como hechos propios del colectivo. A su vez se responde, desde teorías filosóficas, a la preocupación por la “mente común” o los “entes supraindividuales”.

La necesidad de utilizar una determinada teoría de las normas, en la que éstas sirvan como razones para la acción que se aleje drásticamente de un modelo imperativista queda en evidencia, si se pretende desarrollar categorías unitarias para el ámbito colectivo y coherentes con el funcionamiento general del sistema penal. Si bien los problemas de culpabilidad, de justificación y capacidad de pena son abordados sólo tangencialmente, creemos que es en este marco que puede continuarse una investigación eventualmente fructífera.

Paralelamente al desarrollo de este trabajo ha transcurrido el período de investigación del primer caso de responsabilidad penal de las personas jurídicas que probablemente llegue a juicio oral en nuestro país. Se trata de una causa por cohecho, llevada por el Ministerio Público contra tres universidades

privadas. Por la alta cobertura mediática y la atención de la opinión pública, es muy probable que el juicio, de existir los antecedentes necesarios, llegue a término por la vía de procedimiento ordinario y que por lo tanto se dicte la primera sentencia de juicio oral en lo penal de aplicación de la ley 20.393.

BIBLIOGRAFÍA

AICHELE, A. 2008. Persona physica und persona moralis. *Jahrbuch für Recht und Ethik* 16: 3-23.

ARISTÓTELES. [s.a.]. *Ethica Nicomachea*.

ANSCOMBE, E. 1991. *Intención*. Barcelona, Paidós. 160p.

BACIGALUPO SAGGESE, S. 2001. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires, Hammurabi. 422p.

BRANDON, R. 1994. *Making it explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. Cambridge MA, Harvard University Press . 768p.

_____. 1998. *Actions, Norms and Practical Reasoning*. *Philosophical Perspectives* 12: 127-139.

BRATMAN, M. 1987. *Intention, Plans, and Practical Reason*. Cambridge MA, Harvard University Press. 200p.

CUELLO CONTRERAS, J. 2013. El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15(03): 1-25.

DAN COHEN, M. 1992. *Free will and the boundaries of the self*. *Harvard Law Review*, 105(5): 959-1003.

_____. 2010. *Sanctioning Corporations*. *Journal of Law and Policy* 19: 15-43.

DANNECKER, G. 2009. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Derecho Penal*: 40-54.

DAVIDSON, D. 2001. *Essays on Actions and Events*. Oxford, Oxford University Press. 324p.

DAVIS, W. 2010. *The Causal Theory of Action*. En: O'CONNOR, T. y SANDIS, C. *A Companion to the Philosophy of Action*. Chichester, Oxford, Wiley-Blackwell, pp. 32-39.

DE LA CUESTA, J. L. 2001. Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal. En: ARROYO, L. y BERDUGO, I. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, pp. 967-999.

_____. 2011. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. *Revista electrónica de la AIDP*, A-05:1.

DENNETT, D. 1975. Brain writing and mind reading. *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*7: 403-415.

_____. 1989a. *Condiciones de la cualidad de persona*. México, UNAM, 36p.

_____. 1989b. *The Intentional Stance*. Cambridge MA, MIT Press. 388p.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L. 2012. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación española. *InDret* 1: 1-32.

DUFF, R. 2005. Who is responsible, for what, to whom? *Ohio State Journal of criminal Law* 441(2): 441-461.

_____. 2007. *Answering for crime*. Oxford, Hart Publishing. 322p.

EFFINGHAM, N. 2010. The Metaphysics of Groups. *Philosophical Studies* 149(2): 251-267.

EPSTEIN, B. 2009. Ontological Individualism Reconsidered. *Synthese*, 166(1): 187-213.

FEIJOO, B. 2002. Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el derecho penal español y el derecho penal peruano. En: GARCÍA CAVERO, P. (coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima, ARA. 502p.

FEINBERG, J. 1970. *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*. Princeton, Princeton University Press. 299p.

FRENCH, P. 1979. *The Scope of Morality*. Minneapolis, University of Minnesota Press. 212p.

_____. 1984. *Collective and Corporate Responsibility*. New York, Columbia University Press. 215p.

_____. 1998. *Individual and Collective Responsibility*. Rochester, Schenkman Books. 297p.

GARRIDO MONTT, M. 2003. *Derecho penal parte general, Tomo II*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 354p.

GILBERT, M. 1989. *On Social Facts*. London, Routledge. 495p.

_____. 1994. Remarks on Collective Belief. En: SCHMITT, F (ed.). Socializing Epistemology. Lanham, MD: Rowman and Littlefield Pub, pp. 235-256.

_____. 2002. Collective Guilt. *The Journal of Ethics* 6: 115–143.

_____. 2006. A theory of political obligation; Membership, Commitment, and the Bonds of Society. Oxford y Nueva York, Clarendon Press. 332p.

_____. 2009. Shared intention and personal intentions. *Philosophical Studies* 144: 167-187.

_____. 2010. Collective Action. En: O'Connor, Timothy (ed.). A Companion to the Philosophy of Action. Oxford, Willey-Blackwell, pp. 67-73.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. 1988. Teoría Jurídica del Delito. Madrid, Civitas. 624p.

GÓMEZ JARA, C. 2006a. Autoorganización empresarial y Autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-05: 1-27.

_____. 2006b. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Cuadernos de Política Criminal*, 88: 119-153.

_____. 2007. *Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 119(2): 290–33.

_____. 2008. Fundamentos Modernos de la culpabilidad empresarial. Santiago, Ediciones Jurídicas. 413p.

_____. 2010. ¿Responsabilidad de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel. *Política Criminal*, 5(10): 455-475.

HART, H. L. A. 1961. El concepto de derecho. Buenos Aires, Abeledo Perrot. 339p.

HASNAS, J. 2012. Reflections on Corporate Moral Responsibility and the Problem Solving Technique of Alexander the Great. *Journal of Business Ethics* 107: 183-195.

HEINE, G. 1995. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Baden Baden, Nomos. 392p.

_____. 1996. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. *Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg*: pp. 19 ss.

_____. 2007. Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen. En: NIGGLI, M. *Verantwortlichkeit im Unternehmen aus zivil- und strafrechtlicher Sicht*. Basel, Helbing & Lichtenhahn. 350p.

HERNÁNDEZ, H. 2010. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Política criminal*, 5(9): 207-236.

_____. 2012. Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia*, 16: 75-98.

HRUSCHKA, J. 2005. Reglas de comportamiento y reglas de sanción. En: *Imputación y derecho penal estudios sobre la teoría de la imputación*. Navarra, Aranzadi, 282p.

JAKOBS, G. 1997. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, Marcial Pons. 1114p.

_____. 2004. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? En: GARCÍA CAVERO, P. (coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima, ARA. 502p.

JOERDEN, J. 2004. *Zurechnung bei Kollektiven*. En: KAUFMANN, M. y RENZIKOWSKI, J. *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*. Frankfurt, Verlag Peter Lang. 297p.

KAUFMANN, A. 1977. *Teoría de las normas*. Buenos Aires, Depalma. 402p.

KINDHÄUSER, U. 1989. *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann Verlag. 400p.

_____. 2003. Cuestiones fundamentales de la coautoría. *Revista Penal*, 11: 53-70.

_____. 2008. El tipo subjetivo en la construcción del delito. *InDret* 4: 2-35.

_____. 2012. Acerca del Concepto Jurídico Penal de Acción. Cuadernos de Derecho Penal 7: 11-41.

LANCE, M. y WHITE, W. H. 2007. Stereoscopic Vision: Persons, Freedom, and Two Spaces of Material Inference. *Philosopher's Imprint* 7(4): 1-21.

LAMPE, J. 2003. Injusto del sistema y sistema de injusto. En: La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo. Lima, Grijley, pp. 97-179.

LOWE, E.J. 2010. Action Theory and Ontology. En: O'CONNOR, T. y SANDIS, C. A Companion to the Philosophy of Action. Chichester, Oxford, Wiley-Blackwell, pp. 3-9.

MAKELA, P. 2007. Collective Agents and Moral Responsibility. *Journal of Social Philosophy*, 38(3): 456–468.

MAÑALICH, J.P. 2010a. Norma e Imputación como Categorías del Hecho Punible. *Revista de Estudios de la Justicia* 12: 169-190.

_____. 2010b. La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho XXXIV*: 385-414.

_____. 2011a. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho XXIV*: 87-115.

_____. 2011b. Organización delictiva: Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. *Revista chilena de Derecho*, 38(2): 279-310.

_____. 2012a. El concepto de acción y el lenguaje de la imputación. Cuadernos de Filosofía del Derecho (DOXA), 35: 663-690.

_____. 2012b. Reglas primarias de obligación. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11: 571-585.

_____. 2013. La exculpación como categoría del razonamiento práctico. InDret 1: 1-29.

_____. [en edición]. Norma, causalidad y acción.

MEIJERS, A. 2003. Can collective intentionality be individualized. American Journal of Economics and Sociology 62(1): 167-183.

_____. 2007. Collective Speech Acts. En:TSOHATZIDIS, S. (ed.). Intentional acts and Institutional facts: Essays on John Searle's Social Ontology. Dordrecht, Springer, pp. 93-111.

MILLER, S. 2007. Joint actions: The individual strikes back. En:TSOHATZIDIS, S. (ed.). Intentional acts and Institutional facts: Essays on John Searle's Social Ontology. Dordrecht, Springer, 73-92 pp.

MIR PUIG, S. 2004. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las *personas jurídicas*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 06(01): 1-17.

MOORE, M. 2000. Educating oneself in public. Oxford, Oxford University Press, 464p.

NIETO MARTÍN, A. 2008. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal. En: SERRANO-

PIEDECASAS (dir). Cuestiones actuales de Derecho penal económico. Montevideo, B de F. 447p.

NOVOA, J.P. 2013. Algunos alcances dogmáticos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: MAÑALICH (coord.). La ciencia penal en la Universidad de Chile. Santiago, Editorial Jurídica. 639p.

Peterson, B. 2008. Collective Omissions and Responsibility. *Philosophical Papers*, 37(2): 243-261.

PETTIT, P. 2001 . *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*. Nueva York, Oxford University Press. 193p.

_____. 2003. Groups with minds of their own. En: SCHMITT, F. (ed.) *Socializing Metaphysics: the nature of social reality*. Nueva York, Rowman & Littlefield Publishers. 389p.

PETTIT, P. y SCHWEIKARD, D. 2006. Joint actions and group agents. *Philosophy of the Social Sciences*, 36(1): 18-39.

POLITOFF, S. 2001. “Cometer” y “Hacer Cometer”: Desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. En: ARROYO, L. et al (dir.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca. 2325p.

RAZ, J (1999). *Practical Reason and Norms*. Oxford, Oxford University Press. 220p.

ROBLES, R. 2006. ¿Delitos de personas jurídicas? *InDret*, 2: 1-25.

_____. 2009. El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. *InDret*, 2: 1-12.

_____. 2012. Strafe und juristische Person. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7: 347-360.

RODRÍGUEZ, L. y de la FUENTE, F. 1989. El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 13: 125-153.

ROTH, A.S. 2011. Shared Agency. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

ROXIN, K. 1997. *Derecho Penal Parte general*. Madrid, Civitas. 1071p.

_____. 2006. El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia* 7: 11-22.

SCHROTH, H.J. 1993. *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte; eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*. Giessen, Brühlscher Verlag. 246p.

SCHÜNEMANN, B. 2008. Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen? En: SIEBER et al. *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Tiedemann*. Köln, Carl Heymanns Verlag, pp. 429-447.

SCHWEIKARD, D. y SCHMID, H.B. 2013. Collective Intentionality. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

SEARLE, J. 1983. *Intentionality: An essay in the philosophy of mind*. Cambridge MA, Cambridge University Press. 278p.

_____. 1995. *The Construction of Social Reality*. Nueva York, The Free Press. 241p.

_____. 1997. *La Construcción de la Realidad Social*. Barcelona, Paidós. 236p.

_____. 1994. *The Rediscovery of the Mind*. Cambridge MA, The MIT Press. 270p.

_____. 2002. Collective intentions and actions. En: *Consciousness and Language*. Cambridge MA, Cambridge University Press, pp. 90-105.

_____. 2010. *Making the Social World: the structure of human civilization*. Nueva York, Oxford University Press. 224p.

SEGOVIA, A. 2010. Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la ley n°20.393. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 43: 218-233.

SETIYA, K. 2011. Intention. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

SILVA OLIVARES, G. 2013. Imputación y causas de justificación. *Revista de Estudios de la Justicia*, 18: 25-58.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. 2002. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal. En: GARCÍA CAVERO, P. (coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima, ARA, pp. 141-206.

_____. 2003. Normas y Acciones en Derecho Penal. Buenos Aires, Hammurabi. 152p.

_____. 2008. La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas. Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 29: 129-148.

SNEDDON, A. Action and Responsibility. Dordrecht, Springer. 210p.

SZCZARANSKI, C. 2008. Las personas jurídicas como nuevos sujetos criminógenos. Revista de derecho, 17: 31-91.

TIEDEMANN K. 1996. Responsabilidad penal de la persona jurídica. Anuario de Derecho Penal.

TUOMELA, R. 1993a. Corporate intention and corporate action. Analyse & Kritik, 15: 11-21.

_____. 1993b. Corporate Intention: A reply to Coleman. Analyse & Kritik, 15: 216-218.

_____. 1994. In search for the common mind. International Journal of Philosophical Studies 2: 306-321.

_____. 2005. The Philosophy of sociality. Oxford, Oxford University Press. 318p.

_____. 2013. Who Is Afraid of Group Agents and Group Minds? En: SCHMITZ, M. et al. (eds.). The Background of Social Reality: Selected Contributions from the Inaugural Meeting of ENSO, Studies in the Philosophy of Sociality 1: pp. 13-35.

TOLLEFSEN, D. 2012. Collective Intentionality. The Stanford Encyclopedia of Philosophy.

VAN WEEZEL, A. 2009. Intervención delictiva y garantismo penal. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 8: 432-445.

_____. 2010. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Política criminal*, 5(9): 114-142.

VELASQUEZ, M. 2003. Debunking corporate moral responsibility. *Business Ethics Quarterly*, 13(4): pp. 531-562.

VELLEMAN, D. 2000. How to share an intention. *En: The possibility of practical reason*. Oxford, Oxford University Press, pp. 200-220.

VOGEL, J. 2012. Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht. *Strafrechtsverteidiger*, 7: 427-432.

VON WRIGHT, G. 1974. *Causality and determinism*. Nueva York, Columbia University Press. 143p.

_____. 1979. *Explicación y comprensión*. Madrid, Alianza. 198p.

WALDRON, J. 2008. The dignity of groups. *Acta Jurídica*: 1-29.

WILSON, R. 2005. Collective memory, group minds, and the extended mind thesis. *Cognitive Processing*, 6(4): 227-236.

_____. 2007. A puzzle about material constitution & how to solve it: Enriching constitution views in metaphysics. *Philosopher's Imprint*, 7(5): 1-20.

WITTGENSTEIN, L. 2008. Investigaciones filosóficas. Barcelona, Crítica. 552p.

ZÚÑIGA, L. 2004. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. Revista de Derecho, 11(2): 259-298.