

# El desafío de controlar a las personas jurídicas a lo largo de la historia

La responsabilidad de la persona jurídica es un concepto afectado por el desarrollo histórico y, en definitiva, un emergente del proceso de construcción de las tradiciones sociales que siempre mostró una nota invariable: la controversia y conflictividad en torno al modo en que el poder estatal debía actuar frente a su despliegue en el escenario social.<sup>1</sup>

El contenido del que hoy dotamos a esta noción de la responsabilidad de los entes ideales es en realidad la acumulación de ideas parciales que se iniciaron en el siglo I, a finales de la República Romana, y que llegan a nuestros días desconectadas del contexto en el que surgieron.

A continuación, se abordan ciertas referencias históricas en torno al desafío de controlar a las personas jurídicas. Poner en primera plana estos elementos ayudará a destronar la idea de que los entes ideales, por su supuesta esencia ficcional, no son susceptibles de ciertos reproches.

### a. Las tradiciones del derecho romano y germánico y su impacto en la Francia pre-revolucionaria

El origen de la noción de lo que hoy conocemos como persona jurídica, o sujeto de derecho no humano, puede ubicarse entre finales de la República Romana y el comienzo de la etapa Imperial, momento en que los juristas debieron pronunciarse

---

<sup>1</sup> H. G. GADAMER, *Verdad y Método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1977. Tr.: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito.

sobre la relaciones del cuerpo colectivo y de miembros en los municipios.<sup>2</sup>

Las posturas oscilaron desde la equiparación de la identidad humana con la de las corporaciones<sup>3</sup> hasta la negación de la capacidad de las personas ideales de delinquir sintetizada en la máxima *societas delinquere non potest*,<sup>4</sup> pasando por un esquema intermedio donde la responsabilidad penal se admitía cuando a la acción criminal subyacía una decisión colectiva de los miembros que la integraban.<sup>5</sup>

Es destacable el ejemplo sobre el cual la mayoría de los romanistas sostuvo la responsabilidad penal de la persona jurídica:

En el *Digesto* 4, 3, 15, 1 trata Ulpiano la cuestión de si se puede ejercer la acusación contra el municipio,<sup>6</sup> cuando el perceptor de impuestos ha engañado a una persona enriqueciendo al mismo tiempo a la ciudad. Ulpiano sostuvo la posibilidad del ejercicio de una acción contra el municipio y, como resultado, los habitantes de la ciudad debían devolver lo obtenido por medio

---

<sup>2</sup> Guiñazú Mariani; Op. Cit., p. 146.

<sup>3</sup> Las entidades romanas eran llamadas *universitates personarum* (o *corpus universitas*, incluyendo al estado Romano y otras entidades con alcance religioso, administrativo, financiero y económico) y *universitates rerum* (incluyendo entidades con alcance caritativo). Una vez creadas por autorización, las entidades tenían su propia identidad, poseían propiedades en forma separada a sus fundadores y tenían obligaciones y derechos independientes. Pero son los canonistas quienes irán un poco más allá al recoger una idea sencilla: los derechos de la iglesia no pertenecen a la totalidad de sus fieles sino a Dios en la figura de su representante terrenal. Johannes Andrea incluso afirmó que tanto la iglesia como las corporaciones podían delinquir, y admitía penas pecuniarias y la limitación de algunos derechos y privilegios -Cfr. A. I. POP (2006), *Criminal Liability of Corporations- Comparative Jurisprudence*, p. 8, Universidad del Estado de Michigan, Recuperado el 10 de agosto de 2011 en [www.law.msu.edu/king/2006/2006\\_Pop.pdf](http://www.law.msu.edu/king/2006/2006_Pop.pdf) y SILVINA BACIGALUPO (2001). Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 42/43 y 47. Buenos Aires: Editorial Hammurabi).

<sup>4</sup> Así se llegó a sostener que la *universitas* es jurídicamente algo distinto de los *singuli* que la componen, constituyendo un ser incorpóreo que sólo posee capacidad jurídica por medio de la ficción que le reconoce existencia. Sinibaldo de Fieschi (1185-1254), quien fue Papa bajo el nombre de Inocencio IV, desarrolló esta idea al sostener la imposibilidad de excomulgar a corporaciones enteras, dado que la *universitas*, como ser sin alma, no podía ser excomulgada (Cfr. SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 44/45).

<sup>5</sup> Los glosadores afirmaban que existía un delito de la corporación, cuando la totalidad de sus miembros daban comienzo a una acción penalmente relevante por medio de una toma de decisión conjunta. Los posglosadores afirmaron que la *Universitas* podía cometer delitos propios e impropios y en función de esta categorización definición quien era el autor y quien el coautor o instigador (Cfr. ANCA IULIA POP; Op. Cit, p. 8. y SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 42/43 y 48/49).

<sup>6</sup> "A través de las conquistas Roma fue anexando otras comunidades que eran independientes y perdieron su soberanía política en virtud de esa incorporación surgiendo los *municipia* (...) los municipios eran de dos categorías: los *optimo iure*, que tenían autonomía y conservaban sus órganos de gobierno, sus habitantes gozaban del voto y de los derechos públicos y privados propios de los ciudadanos romanos; y los *sine suffragii* que carecían del *ius suffragii* (derecho a elegir y ser elegido) (...) en cuanto a la capacidad de obrar (...) en alguna jurisprudencia clásica recogida en el Digesto y las constituciones imperiales que figuran en el Código Justiniano se considera que es el municipio el que delibera, aunque en realidad sean sus integrantes los que lo hacen (...)" (Cfr. GUIÑAZÚ MARIANI, Op. Cit., p. 147/148).

de la acción de los perceptores de impuestos a favor de la ciudad.<sup>7</sup>

Para los siglos XII a XIV, en el derecho romano estaba claramente admitida la responsabilidad penal de las *universitas*, aunque solo cuando sus miembros actuaran colectivamente.<sup>8</sup> Al mismo tiempo, el Papa Inocencio IV creaba las bases para el desarrollo de la máxima *societas delinquere non potest* reivindicando que, a diferencia de los individuos que tienen voluntad y alma, que pueden recibir la comunión, y que son los sujetos de los castigos de dios y del emperador, las *universitas* son ficciones que carecen de estos atributos, y que por tanto no pueden ser penadas.<sup>9</sup>

Más allá de que la postura expuesta en último término es la que prevaleció en el orden público formal, la mayoría de la doctrina rechazaba estos argumentos y admitía la existencia de las personas jurídicas y su capacidad de ser sancionadas si se satisfacían ciertos requisitos. De hecho, en la práctica los emperadores y los papas sancionaron con frecuencia a las villas, provincias y corporaciones. La sanción impuesta podía tratarse de multas, la pérdida de ciertos derechos, la disolución o la aplicación de sanciones espirituales sobre los miembros de la corporación, como por ejemplo la pérdida del derecho a ser enterrado o la excomunión.<sup>10</sup>

Para el siglo XIV, una persona jurídica podía cometer cualquier delito que pudiese cometer un individuo (a excepción de la bigamia, la violación, etc.), sin importar que el crimen no tuviese conexión con la finalidad de la corporación. Esta teoría dominó la doctrina europea continental hasta finales del siglo XVIII.

Casi a la par del derecho romano existió otra tradición jurídica de suma importancia para entender la evolución tanto de los sistemas jurídicos contemporáneos como de las propuestas de la doctrina desde siglo XIX en adelante: el derecho germánico.

Esta tradición se cimienta en dos principios centrales: la posesión colectiva de la propiedad y que las sanciones no focalizan en la culpabilidad sino en el resultado de las acciones.

Sin embargo, a diferencia de las *universitas* romanas, que eran creaciones ficticias emanadas de la ley, el derecho germánico consideraba que las corporaciones

<sup>7</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit., p. 39.

<sup>8</sup> Este teoría comenzó a plasmarse en los decretales de los Papas y se impuso en el Concilio de Lyon de 1245 (Cfr. SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 44/45).

<sup>9</sup> ANCA IULIA POP, Op. Cit., p. 9.

<sup>10</sup> ANCA IULIA POP, Op. Cit., p. 9/10, en donde se cita por ejemplo el caso de la Ciudad de Chereonea, que fue hallada inocente lo que la salvó de la destrucción (recurriendo al trabajo de Florin Streteanu & Radu Chirita, "*Raspunderea penala a persoanei juridice*" -Rosetti ed., 2002).

y los individuos eran sujetos de derecho sin que cupieran distinciones.<sup>11</sup>

En el año 595, Coltaire II creó las centurias y las curias (unidades territoriales), entidades que eran responsables por los crímenes cometidos en su territorio. La sanción se presentaba más como una compensación que como una pena, y como la propiedad era de la colectividad, solo resultaba lógico que fuese la colectividad la que pagase por los daños.<sup>12</sup>

En el siglo XVI, recogiendo esta noción del derecho germano fiel lo colectivo, se sancionó la ordenanza de 1548, que imponía la pena de multa y la pérdida de todas las libertades a las ciudades que no mantuvieran la paz.<sup>13</sup>

Francia –cuyo sistema jurídico fue influido por los reinos germánicos– sancionó la Ordenanza de Blois de 1579 mediante la cual se estableció la responsabilidad penal de las corporaciones, aunque el delito cometido necesariamente tenía que ser el resultado de una decisión colectiva. Más tarde, la Gran Ordenanza Criminal de 1670 estableció la responsabilidad penal de las corporaciones sobre fundamentos similares, agregando la responsabilidad simultánea de los individuos por cometer el mismo delito como cómplices.<sup>14</sup>

La tradición del derecho romano ganó la partida con la teoría de la ficción jurídica y con la conexión inescindible de la conducta de la corporación a la de sus miembros. Sin embargo, el derecho germano hizo un aporte fundamental, que es el que en definitiva siempre permite reabrir la discusión: la unión de personas físicas bajo una forma colectiva exige un esquema de responsabilidad que traspase las barreras de los sujetos individuales que la componen.

---

<sup>11</sup> No se desconoce la caracterización que realiza Maier sobre el derecho germano antiguo donde prima un sistema acusatorio privado y fuerte sentido de verificación probatoria de la verdad, donde además no se conocía nuestra separación actual entre infracciones civiles y penales. Por otra parte, sus francas notas autoritarias no pretenden solaparse aquí. Al respecto la noción del siglo VIII en adelante en torno a que la pérdida de la paz privada se transformó en la pérdida de la paz del rey, da cuenta de un viraje hacia el autoritarismo, que culminaría con la desaparición del derecho germano independiente y el inicio de su asimilación en distintas partes de Europa (Cfr. J. B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I. Fundamentos, p. 264/268, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As., 2004). Sobre el punto aclaro que el foco de rescatar esta tradición jurídica está en la conceptualización de las organizaciones colectivas, sin que por ello implique esto adherir a nociones autoritarias y contrarias a las garantías constitucionales básicas que deben primar en cualquier sistema penal.

<sup>12</sup> ANCA IULIA POP, Op. Cit., p. 9.

<sup>13</sup> Ver en CHARLES GEMINEL, *De la responsabilité pénale des associations*, Ed.Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1899, recuperado en junio de 2013 en <http://www.patrimoine.edilivre.com/universite-de-paris-faculte-de-droit-de-la-responsabilite-penale-des-associations-these-pour-le-doctorat-par-charles-geminel-geminel-charles-1899-ark-12148-bpt6k5772898q.html>).

<sup>14</sup> ANCA IULIA POP, Op. Cit., p. 10.

## b. La revolución francesa

La reacción del Iluminismo frente a la Edad Media supuso un rechazo a la idea de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la medida en que la idea de liberación del individuo, y el rechazo al absolutismo monárquico, suponía una defensa a ultranza de los principios de punibilidad individual. Al respecto Malblanc cristalizó esta posición, negando además la capacidad delictiva de la persona jurídica así como también su capacidad de comprender la pena<sup>15</sup>.

De este modo, las corporaciones, incluyendo las provincias y los hospitales sin intereses de lucro, fueron completamente eliminadas y confiscados todos sus bienes, en función de su influencia política y económica y su potencialidad para amenazar al nuevo régimen.

Pero también existía una explicación financiera para esta decisión; el gobierno revolucionario necesita fondos de manera inmediata. Las finanzas mayormente estaban en manos de las corporaciones y la forma más sencilla de hacerse de esos fondos fue la confiscación luego de la eliminación de las corporaciones<sup>16</sup>.

El Código Penal francés de 1810 no mencionó la responsabilidad penal de las corporaciones, no porque el concepto fuese inadmisibile doctrinariamente, sino porque ese tipo de responsabilidad resultaba inútil frente a la desaparición de las corporaciones del sistema legal francés.<sup>17</sup>

Bajo la influencia del ideario de la revolución francesa, la mayoría de la Europa continental cambió su mirada sobre la responsabilidad penal de las corporaciones, dando lugar al prejuicio actual de que es al menos difícil admitir un esquema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y más aún cuando este se presenta en forma separada o aislada a la conducta de los individuos que la integran.<sup>18</sup>

Claro ejemplo de esto es la doctrina elaborada por Welzel en su clásico libro “Derecho penal alemán”. Sobre esto dijo el jurista: “solo puede hacerse culpable al individuo dotado con una voluntad, no a una asociación o cualquier otra persona colectiva. Otro problema es si y en qué medida responde una asociación por los delitos cometidos por sus órganos”.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 51.

<sup>16</sup> ANCA IULIA POP, Op. Cit., p. 10/11.

<sup>17</sup> GUY STESSENS, *Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective*, p. 493- 494, recuperado el 17 de junio de 2013 de <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract;jsessionid=F0EC243FC A9FE3A835375C81E22DA84B;journals?fromPage=online&aid=1518808> .

<sup>18</sup> ANCA IULIA POP, Op. Cit., p. 11.

<sup>19</sup> HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, p. 167, Editorial Jurídica de Chile.

Savigny, Malblanc y Julius Binder no colaborarían con un cambio de postura respecto del ideario revolucionario francés, en tanto enraizarían todavía más la idea de que el único sujeto con capacidad de acción era quien poseía una capacidad psicológica.<sup>20</sup>

### c. El inicio de la flexibilización del ideario revolucionario francés

En la segunda mitad del siglo XIX la doctrina revitalizó sus esfuerzos para flexibilizar el impacto de la revolución francesa sobre el tema que nos ocupa.<sup>21</sup>

Gierke desarrolló una idea simple, y que al mismo tiempo constituye el fundamento final que se trasluce en todo intento de fundar la responsabilidad penal de la persona jurídica: al ser personas sociales cuentan con la misma capacidad jurídica que los individuos.<sup>22</sup>

Von Liszt les reconoció capacidad de acción en términos penales al sostener que: “quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usurarios o incumplir los contratos de abastecimiento (...) concluidos”. Pero, en función de su visión psicologista, no admitió capacidad de culpabilidad provocando que en su teoría solo las medidas de seguridad fuesen admisibles como respuesta de orden público.<sup>23</sup>

Hafter hablará de la formación de una voluntad especial en el caso de la persona jurídica, diferente de la voluntad particular de cada individuo. Para este autor es relevante acudir al concepto de organización ya que la asociación determina sus órganos y les impone un determinado ámbito de actuación siendo que las leyes y los estatutos establecen para cada asociación su propia voluntad. Así, esta voluntad de asociación se forma o bien por la decisión común de varios miembros o por la decisión del órgano, pero ésta se ejecuta o bien por una acción común o por la acción de un solo individuo, que no necesariamente tiene que ser un órgano.<sup>24</sup>

En conclusión, vemos como Gierke, Von Liszt y Hafter dan individualmente un paso adelante en la discusión, pero cada uno de ellos permanece atado en algún as-

<sup>20</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 60.

<sup>21</sup> Los primeros en retomar este camino fueron Bekker, Briz, Jhering y Gierke (Cfr. SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 61/62).

<sup>22</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 63/65.

<sup>23</sup> Es interesante lo que afirma Righi al especificar que “la etiqueta de la reacción no es lo decisivo, siempre que se advierta que también la medida de seguridad supone una restricción de derechos coactiva. Advertimos que no llamarle pena tranquiliza los espíritus, pero que es una ventaja aparente. También que esa es la causa de que tanto el legislador como el jurista, en muchos casos, no se hayan ocupado por rodear a las medidas de pautas de seguridad, evitando criterios de discrecionalidad que se traducen en arbitrariedad, por lo que la etiqueta pena favorece una toma de conciencia, sobre la exigencia de elaborar un sistema con garantías adecuadas” (Cfr. ESTEBAN RIGHI, *Los delitos económicos*, p. 140/141, Editorial AD-HOC, 2000).

<sup>24</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 75/77.

pecto a la clásica visión que se ancla en la imposibilidad de afirmar la capacidad plena de acción o culpabilidad en términos penales de la persona jurídica, o bien atan esta atribución de responsabilidad a las conductas de las personas físicas que se le vinculan.

Esto se observa con claridad en Hafter quien al exigir la punibilidad de la persona jurídica y la del individuo que llevó a cabo la acción, señala que la pena la debe sufrir la persona jurídica y no cada uno de sus miembros. Limita este remedio a que la pena sea una disminución de los bienes jurídicos de la persona jurídica, siendo que, además, los miembros no culpables deberían recibir una indemnización del Estado debido a la consecuencias que esa pena a la persona jurídica pudiera suponerles.<sup>25</sup>

Busch es quien va a tratar de correrse de las limitaciones argumentales hasta aquí esbozadas.

Como primera cuestión dirá que la asociación organizada es un fenómeno de la existencia social, y en particular de las personas que se han unido para constituir la, destacando inclusive la irrelevancia de que la asociación goce efectivamente de personalidad jurídica. Para Busch eso es solo relevante en la medida que permite delimitar el grado de responsabilidad de sus miembros con su patrimonio. Pero a su criterio, esto no tendrá un impacto que afecte la responsabilidad patrimonial propia de la asociación. Como lo recuerda Silvina Bacigalupo, Busch entiende que:

la pena tiene la función principal de responder frente a hechos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Dado que tales comportamientos frecuentemente son realizados para la realización de intereses de una asociación no sería contradictoria con la función de la pena la aplicación de penas a la asociación. Ello sería necesario siempre y cuando los efectos de la pena sobre el autor individual no fueran suficientes para prevenir con un resultado satisfactorio los comportamientos antijurídicos del poder de una asociación.<sup>26</sup>

Complementariamente, Weber afirmaría que la imposición de una pena resultaría justa toda vez que se refiera al uso indebido de la libertad social de un sujeto, dentro de los cuales vale incluir a las personas jurídicas.<sup>27</sup>

El aporte de Jakobs, aun cuando respecto de la acción se ata a la teoría del órgano,<sup>28</sup> afirma la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas en atención a la nece-

<sup>25</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 79.

<sup>26</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 81/85.

<sup>27</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 133.

<sup>28</sup> Por lo que afirma que las acciones del órgano de una persona jurídica llevadas a cabo de acuerdo a las competencias que le confiere el estatuto son atribuibles al ente ideal (Cfr. SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 153).

sidad de afirmar la vinculación del derecho frente al ciudadano fiel al derecho. Para el autor la culpabilidad se debe fundamentar en la prevención general y medirse a partir de allí, definiendo el fin del derecho penal como el mantener la vigencia de la norma como modelo de orientación del contacto social. De este modo observa que el componente básico de la sociedad es la comunicación y no la conciencia individual, por lo cual la pena se convierte en una especie de contradicción comunicativa de las contradicciones de las normas determinantes de la identidad social.<sup>29</sup>

Roxin someterá la discusión a las necesidades de política criminal. Para el autor, la sanción se torna necesaria si existen exigencias mínimas de prevención general, es decir, que la pena debe ser suficientemente aceptada para restablecer la paz jurídica; y, por otro lado, deben verificarse exigencias de prevención especial.<sup>30</sup>

La culpabilidad y la prevención, para Roxin, se delimitan la una a la otra. Se trata de una concepción puramente preventiva, pero permite asegurar –dentro de lo socialmente posible (prevención general)– la libertad individual (prevención especial). La función que debe cumplir el principio de culpabilidad en la actualidad es delimitar la extensión de la pena y constituye, para el autor alemán, un aspecto de la responsabilidad penal.<sup>31</sup>

Otro grupo de autores –Stratenwerth, Tidemann y Hirsch– van a anclar el esquema de responsabilidad de la persona jurídica a la actuación de sus órganos con un enfoque muy restrictivo,<sup>32</sup> en tanto solo quienes ocupen una posición directiva dentro de la empresa podrá actuar comprometiendo la responsabilidad del ente ideal.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 203/206.

<sup>30</sup> CLAUS ROXIN, Política criminal y sistema del derecho penal, colección "Claves del Derecho Penal", p. 55, Editorial Hammurabi, mayo de 2000.

<sup>31</sup> Al respecto ver: EDUARDO DEMETRIO CRESPO, Culpabilidad y fines de la pena, con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, p. 7, recuperado el 17 de junio de 2013 de [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/pdf/Culpabilidad\\_fines\\_de\\_la\\_pena\\_E\\_Demetrio.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/Culpabilidad_fines_de_la_pena_E_Demetrio.pdf). Asimismo, ver SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 201/202.

<sup>32</sup> Que además falla en estructuras empresariales con burocracias complejas o donde los directivos tienen márgenes de acción muy limitados.

<sup>33</sup> Schünemann en 1979 se inclinó por la posibilidad castigar penalmente a la persona jurídica, en tanto se verifique el estado de necesidad del bien jurídico. Lo que determinó que aceptase esta posibilidad fue que el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció esta posibilidad en la sentencia de 1966 (BVerfGE 20, 323, 334) al sostener que el juicio de culpabilidad de las personas jurídicas puede efectuarse a través de la culpabilidad de "las personas responsables de la misma que actuaron en su nombre". Sobre la base de este fundamento se permitió en el derecho alemán la inclusión de la sanción de multa a las personas jurídicas en el 30 OWiG en la reforma de 1968. En particular, Schünemann, admitió la aplicación de esta sanción si en el ámbito de la empresa se comete un delito, al que no se le puede aplicar una pena debido a la *autoría alternativa de las personas físicas* y su comisión se hubiese podido impedir o dificultar por medio de una adecuada organización empresarial. Stratenwerth sostiene que las acciones atribuibles a una persona jurídica son solo aquellas realizadas por sus representantes o personas con funciones directivas y que las penas aplicables deben resolverse trayendo a primer plano las medidas de seguridad. Tidemann va a trabajar sobre la idea de que la existencia de una norma de



Más allá de esto, lo destacable del aporte de estos autores es que hicieron foco en la culpabilidad de la organización y, consecuentemente, en los hechos de conexión, tejiendo las bases para el desarrollo de la teoría de la autoría por dominio de organización funcional sistémico.

El principal referente de esta corriente será Heine y opondrá este esquema de dominio organizacional al dominio del hecho del derecho penal individual, entendiendo que el dominio defectuoso se verifica cuando la empresa no aprovecha la posibilidad de tomar medidas a tiempo para evitar riesgos o cuando desatiende programas de inversión. De este modo, el resultado cometido por una empresa no es el fruto de una acción dominada por la voluntad del autor sino la consecuencia de un proceso de acumulación de un *management* defectuoso.<sup>34</sup>

Esto supone el desarrollo y la aplicación de una teoría de elevación del riesgo específico de la actividad empresarial, donde la persona jurídica es punible cuando descuida los riesgos típicos de su actividad omitiendo:

1. La obligación de asegurar a largo plazo fuentes de peligro de la actividad empresarial por medio de medidas organizativas y la adaptación a la estructura de la actividad empresarial.
2. La obligación del mantenimiento del nivel de seguridad en la delegación de las competencias empresariales.
3. La obligación de supervisar y controlar los riesgos de la actividad empresarial.

Heine afirma que la punibilidad puede tener lugar cuando exista un disturbio empresarial relevante, el que se verifica con la producción de:

- I. Homicidios o lesiones corporales graves en grupos de la población.
- II. Peligros contra la generalidad, especialmente incendios o explosiones (o daños materiales a un gran número de edificios).

---

imputación permite aceptar la existencia de una acción de la persona jurídica, aunque ésta tenga que ser realizada en efecto por un órgano u otra persona en su nombre. Así, en sintonía con la doctrina de Schünemann, afirma que la responsabilidad penal de la persona jurídica es en realidad un reproche social fundado en la culpabilidad de organización, los hechos de "los otros" en realidad son "hechos de conexión". En realidad el esquema de Tiedemann rememora la doctrina del *actio libera in causa* en tanto no sanciona por el hecho individual, sino por la falta de cuidado en un momento anterior que hubiese permitido evitar el hecho delictivo. Hirsch retoma las ideas de la Edad Media ya comentadas, donde las acciones de los órganos o representantes de las personas jurídicas constituyen sus propias acciones. Asimismo, limita la capacidad de conexión de los hechos a que sean llevados adelante por aquellas personas con capacidad directiva que actúen en nombre de la empresa y que la acción en concreto tenga una relación funcional con la actividad empresarial (Cfr. SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 67/69, 161/162, 165 y 171/172).

<sup>34</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 180/183.

### III. Delitos contra el medio ambiente graves, que sólo pueden ser reparados con grandes dificultades o después de un largo período de tiempo.<sup>35</sup>

Por otra parte, el autor afirma que la persona jurídica puede tener dolo, fundando esta premisa en que los elementos subjetivos tampoco se determinan en el derecho penal individual en función de un conocimiento real del autor, sino que se determinan en función de consideraciones sociales. Asimismo, destaca que el dolo no se establece como un conocimiento real del autor, sino que se imputa funcionalmente conforme a la medida de la concepción social, a la empresa como autor se le puede imputar en conjunto el conocimiento social disperso a través de toda la organización.<sup>36</sup> La culpabilidad quedaría entonces definida como una nueva categoría: la culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial. Como sanciones posibles Heine prevé la clausura como la más grave, contemplando también la pena patrimonial, la curatela o la auditoría.<sup>37</sup>

Lampe también exhibirá un esfuerzo doctrinario al desarrollar la teoría del injusto del sistema por medio de la cual afirma que hay dos tipos diferentes de sistemas de injusto: los simples<sup>38</sup> y los constituidos. Dentro de los últimos formula la siguiente diferenciación:

1. Los sistemas criminalmente pervertidos (por ejemplo instituciones estatales ilícitas);
2. Los sistemas con finalidad criminal (por ejemplo las asociaciones criminales; y,
3. Los sistemas potencialmente criminales (por ejemplo, las empresas con actitud criminal).

Para el autor, un sistema de injusto constituido no es sólo, como el sistema simple, “más que la suma de las partes”, sino que como institución es independiente del cambio de sus partes. Lampe diferencia entre el injusto criminal que tiene lugar dentro del ámbito empresarial contra la empresa misma y aquellos que tienen lugar, adicionalmente, dentro del ámbito de la organización. Los primeros constituyen delitos imputables directamente al autor individual. Los segundos tienen lugar debido a una organización deficiente de la empresa, es decir, son injustos que presentan además de la dimensión individual, una dimensión sistemática. Estos son

---

<sup>35</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit., p. 183.

<sup>36</sup> CARLOS GÓMEZ-JARA DIEZ, Op. Cit., p. 60/62.

<sup>37</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 180/183.

<sup>38</sup> Dentro de que se encuentran especialmente las cuestiones de autoría y participación.

los que para Lampe deben imputarse directamente a la empresa.<sup>39</sup>

En lo que se refiere al injusto del sistema en el derecho penal de la empresa, Lampe detalla cuatro rasgos a verificar:

- a) El considerable potencial de riesgo, que abarca personas predispuestas para el conflicto, medios técnicos, la división de trabajo, etc. La adición de cada potencial individual tiene en conjunto un efecto mayor que el de cada uno.
- b) La deficiente estructura de organización que no permite neutralizar la peligrosidad abstracta de ese potencial.
- c) La filosofía criminógena de la empresa que expone a sus miembros ante la tentación de acciones criminales, es decir, una conciencia deficiente de responsabilidad.
- d) La erosión del concepto de responsabilidad individual, que es precisamente consecuencia de la filosofía criminógena de la empresa.<sup>40</sup>

Este modelo, rotulado como constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial pretende trasladar la cuestión de la capacidad de acción a la capacidad de organización,<sup>41</sup> destacando además que la culpabilidad empresarial no es igual a la

---

<sup>39</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit., p. 184/187.

<sup>40</sup> SILVINA BACIGALUPO, Op. Cit. p. 188.

<sup>41</sup> Esta noción es frecuentemente asociada con el concepto de autopoiesis que, en el tema que nos ocupa, encuentra en Luhmann y Becker a sus dos principales exponentes a través de su concepción autopoietica de la organización. Un sistema autopoietico es un sistema que se produce a sí mismo –lo cual no significa que se cree a su mismo- y que produce y reproduce los elementos a partir de los cuales está constituido. En esta corriente, la empresa se concibe como un sistema social autopoietico, es decir como un sistema compuesto por comunicaciones, más precisamente por la comunicación de decisiones. En "La autopoiesis de los sistemas sociales", Niklas Luhmann, recogiendo los desarrollos de Maturana entiende que los sistemas autopoieticos son sistemas que se definen como unidades, como redes de producciones de componentes que, recursivamente, mediante sus interacciones, generan y realizan la red que los produce. Dentro de los sistemas autopoieticos, los sistemas sociales (por oposición a los naturales) se sirven de la comunicación como su modo particular de reproducción autopoietica. Es interesante, que Luhmann afirma que, "desde los tiempos de Max Weber y Talcott Parsons, la teoría de la acción parece ofrecer la conceptualización más avanzada en punto a que la comunicación se introduce como una clase de acción". También afirma Luhmann que "el sistema aprende sus propios hábitos de actuación y decisión, acumulando experiencias de sí mismo y consolidando, sobre la base de acciones previas, expectativas concernientes a las acciones futuras". Como lo recuerda Danilo Zolo en su artículo "Autopoiesis: crítica de un paradigma posmoderno", la primera exposición de esta teoría está en H. R. Maturana y F.J. Valera (1973). De este modo la empresa es un sistema organizativo que se reproduce mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores de la propia empresa y que se orientan con base en decisiones anteriores de la empresa. Cada decisión sienta un final que debe poder interpretarse como un comienzo. En este esquema quien dispone del conocimiento organizativo total es la organización con independencia del conocimiento de los individuos particulares. El cierre de la autorreferencialidad organizativa se da por la verificación de premisas de decisión y por la toma de decisiones secundarias derivadas de esos postulados (Cfr. CARLOS GÓMEZ-JARA DIEZ, Op. Cit., p. 122/131).

individual pero sí funcionalmente equivalente. Lampe trabaja sobre el concepto de persona social, entendiéndola como entidad con capacidad de producir un injusto, ya sea que se realice a partir de su capacidad de acción (personas físicas) o a través de su capacidad de organización (personas jurídicas).<sup>42</sup>

En lo que se refiere a la punibilidad, el modelo constructivista explica que tanto la conciencia como la comunicación muestran los mismos caracteres: autorreferencialidad, recursividad y reflexión. Al respecto, Luhmann trabajó sobre la idea de que el sistema jurídico no tiene acceso directo ni al interior de la conciencia humana (sistema psíquico), ni al interior de la organización empresarial (sistema organizativo),<sup>43</sup> justificando de este modo su equivalencia.

De este modo, el esquema constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial propone vincular el injusto empresarial con una configuración organizativa determinada empresarial (defectuosa, inexistente, inadecuada, etc.) y la culpabilidad empresarial con una determinada cultura corporativa (de no cumplimiento con el derecho o de infidelidad).<sup>44</sup>

En síntesis, esfuerzos como los de Heine, Lampe y Luhmann, tienen la virtud de centrar la cuestión en 2 datos de la realidad que el resto de los desarrollos desatiende, niega o minimiza: el hecho de que las personas jurídicas –en particular las grandes empresas– son independientes de quienes las integran y que proveen cobertura frente al sistema penal a quienes se albergan dentro de ellas en atención a la vigencia de la teoría de la ficción.

Valga para finalizar este capítulo, y como síntesis de la evolución expuesta, rememorar a Kelsen quien en 1944 explicó:

Como el concepto de la “persona” llamada física es sólo una construcción jurídica y, como tal, difiere por completo del concepto de hombre, la persona física es en realidad una persona “jurídica”. Si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como “jurídica” (...) la imputación a una persona jurídica es una construcción jurídica, no la descripción de una realidad natural (...).<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> CARLOS GÓMEZ-JARA DIEZ, Op. Cit., p. 27/30.

<sup>43</sup> CARLOS GÓMEZ-JARA DIEZ, Op. Cit., p. 34/35.

<sup>44</sup> CARLOS GÓMEZ-JARA DIEZ, Op. Cit., p. 28, 73/75.

<sup>45</sup> HANS KELSEN, “Teoría General del Derecho y del Estado”, p. 113 y 122-125. Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.

#### d. Conclusión

El recorrido histórico muestra, en síntesis, que la necesidad de pensar un esquema de responsabilidad de las personas jurídicas es consecuencia de las problemáticas surgidas a raíz de esquemas colectivos de acción y de su impacto en el espacio social en el que se originaron y en el que actúan.

El primer paso para generar un marco para lidiar con la impunidad de las personas jurídicas es fruto de la íntima conexión que existió entre la dimensión espiritual y la gestión de los asuntos de Estado, donde solo quien pudiera responder ante dios podía responder ante el poder terreno. Esta premisa carece hoy de toda legitimidad para sostener un esquema de exclusión o limitación de los ámbitos de responsabilidad de las empresas. Sin perjuicio de que en la práctica los cuerpos colectivos respondían antes las estructuras de gobierno, lo que se sedimentó en el saber jurídico se resume en la frase *societas delinquere non potest* que sintetiza esta confusión del plano de lo regio y lo divino.

El recorrido histórico también nos muestra que esta confusión, que en el derecho romano se daba entre lo teológico y lo terreno, en el derecho germano y francés asumió otro cariz pero con un mismo resultado: la imposibilidad de igualar los espacios de responsabilidad entre las personas físicas y jurídicas. Si en Roma los entes colectivos no podían responder en lo terreno por no poder hacerlo ante el Creador, en Francia las corporaciones debían prácticamente desterrarse del espacio social por constituir una expresión clara de la opresión del individuo por el absolutismo monárquico o bien por considerarse su incapacidad psicológica de comprender la pena. Sin embargo, la *ratio* económica de las corporaciones y su desarrollo como fenómeno social siguió vigente, al margen de los límites conceptuales que obstaculizaron un esquema de responsabilidad similar al de los individuos.

En el siglo XIX, y más allá de las limitaciones observadas en torno a afirmar la incapacidad de acción o culpabilidad en términos penales, se revitaliza una idea respecto de las personas jurídicas: al ser personas sociales tienen capacidad jurídica y esto debe redundar en un esquema de responsabilidad que castigue las transgresiones al ordenamiento jurídico en las que incurra. En este sentido, los alemanes han puesto sobre la mesa nuevamente una noción sencilla pero oculta por los antecedentes históricos comentados: el uso indebido de una libertad social por parte de un ente ideal debe tener una consecuencia concreta previamente determinada a la comisión de la conducta violatoria.

Todo esto es relevante para este trabajo en tanto indica que favorecer un espacio desigual de responsabilidad entre las personas físicas y jurídicas desalienta el

cumplimiento de las normas, al tiempo que fomenta que las personas físicas utilicen estas estructuras como vías de escape a las consecuencias que el ordenamiento tiene previstas para un caso de violación cometida por una persona física. De este modo, y tal como lo grafican los ejemplos de casos que se dieron en el capítulo I, más que una forma eficiente de organización, las personas jurídicas son, en casos trascendentes, formas eficientes de evitación del cumplimiento de los deberes impuestos jurídicamente, entre los que se destaca para nuestro trabajo la no afectación a derechos básicos del ser humano.

Frente a esto la doctrina reaccionó brindando herramientas para equilibrar un poco esta desigual reacción del ordenamiento frente a conductas prohibidas.<sup>46</sup> En este sentido las nociones de dominio organizacional y las teorías del injusto de sistema y de elevación del riesgo específico de la actividad empresarial, acompañadas del concepto de disturbio empresarial relevante, son muestras de este esfuerzo, pero que deben nadar contra la corriente de siglos de solapamiento de un desarrollo decidido de la responsabilidad de estos sujetos.

---

<sup>46</sup> Ferrajoli al diseñar su teoría del garantismo penal se muestra como un rotundo opositor a los esquemas de responsabilidad inconsistentes con la condición de un derecho penal moderno. De hecho considera que el principio de culpabilidad es una conquista moderna ignorada por la mayor parte de los ordenamientos que cataloga como primitivos. Lo cierto es que el maestro italiano se afianza en las condiciones históricas que provocaron un desconocimiento del principio de culpabilidad. Entiendo en este punto que es necesario volver a evaluar la relevancia social de las empresas y las personas jurídicas, y que esto podría provocar un legítimo rediseño de este principio, sin mellar la conquista moderna apuntada por Ferrajoli, a fin de que el Estado brinde a través del sistema penal una respuesta a un desmesurado espacio social ganado por las empresas (LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, 1997, p. 488 y 523 nota 88).