

CRÍTICA DE LAS MODERNAS CONSTRUCCIONES DE UNA MAL LLAMADA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA*

Luis Gracia Martín

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

GRACIA MARTÍN, Luis. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-05, pp. 1-95. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 18-05 (2016), 27 ene]

RESUMEN: En el presente artículo, se lleva a cabo una crítica severa de la doctrina que pretende fundamentar una responsabilidad de la persona jurídica no sólo en el Derecho penal sino también en el sancionador administrativo. El autor parte de la tesis de que la configuración de un supuesto de hecho de responsabilidad penal o de tipo sancionador de la persona jurídica sólo puede resultar de un proceso de construcción arbitraria de conceptos en que se ignoran o desprecian no sólo los conocimientos y los saberes de la teoría general del Derecho y de las Dogmáticas del Derecho civil y del Derecho público, sino también las reglas y los criterios de la taxonomía y de la nomenclatura jurídicas y, con esto, las reglas de la lógica formal y material. Por el contrario, una construcción jurídica de conceptos que respete el patrimonio indisponible de conocimientos jurídicos y las reglas de la lógica y del lenguaje conforme a la razón, sólo puede llevar a la conclusión de que toda responsabilidad que pueda ser imputada a la persona jurídica, únicamente puede tener lugar en los campos del Derecho civil y del Derecho administrativo no sancionador en sentido estricto, esto es, en el Derecho de policía particularmente. Ninguna otra conclusión puede derivarse de la elemental diferencia conceptual entre “culpabilidad” y “responsabilidad”, la cual es completamente

ignorada o pasada por alto por la doctrina de la responsabilidad penal y sancionadora de la persona jurídica que, por esto mismo, opera de modo completamente arbitrario, es decir, sin atenerse a ninguna regla válida del método de construcción de conceptos jurídicos.

PALABRAS CLAVE: Persona jurídica, construcción jurídica de conceptos, semejanza, analogía, arbitrariedad, saber jurídico, Derecho penal, Derecho civil, Derecho administrativo, imputación, hecho propio, hecho ajeno, acción, culpabilidad, autoría, responsabilidad.

ABSTRACT: In this paper, a severe criticism of the doctrine of criminal liability of legal persons is performed. The initial author's thesis is that the configuration of a factual situation of "criminal" liability of the legal person can be only result from a process of arbitrary construction of concepts that ignore or despise not only the skills and knowledge of general theory of law and dogmatic civil law and public law, but also the rules and criteria of the legal taxonomy and nomenclature and, with that, the rules of formal and material logic. By contrast, a legal construction of concepts that respects the heritage unavailable legal knowledge and rules of logic and language according to reason, can only lead to the conclusion that any and all liability of the legal person can only have place in the fields of civil law and not punitive administrative law strictly. No other conclusion can be derived from the basic conceptual difference between "guilt" and "responsibility", which however is completely ignored or overlooked by the doctrine of criminal liability of legal persons, which for this reason operates in a completely

arbitrary way, ie not following any rule of construction method of legal concepts.

KEYWORDS: Legal person, legal construction of concepts, similarity, analogy, arbitrariness, legal

knowledge, criminal law, civil law, administrative law, attribution, self made, made stranger, action, guilt, responsibility, accountability.

Fecha de publicación: 27 febrero 2016

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve exposición de los argumentos tradicionales contrarios a la responsabilidad penal de la persona jurídica. III. Crítica de las pretensiones actuales de construcción de sistemas paralelos por analogía o con “equivalentes funcionales” a la acción y a la culpabilidad. IV. Un mundo al revés: el insostenible argumento de la capacidad infractora, de culpabilidad y de sanción de la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador. V. La severidad de algunas selectas descalificaciones doctrinales del constructo. VI. A modo de conclusión y perspectivas. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. Introducción

1. La L.O. 5/2010 introdujo en el Código penal español una pluralidad de disposiciones con las que se pretendió *constituir* una responsabilidad penal de las personas jurídicas, se establecieron las correspondientes “penas” aplicables a ellas y se fijaron reglas específicas para la aplicación y para la determinación de éstas, y la L.O. 1/2015 ha incorporado una descripción explícita y detallada de los requisitos de eficacia de los llamados “programas de cumplimiento” como causas eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Tras la reforma de la L.O. 1/2015, la regulación ha quedado como sigue:

a) Respecto del “supuesto de hecho”, el art. 31 *bis*.1 CP afirma en general la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos en que así se determine expresamente, y define los “tipos” determinantes de aquella, que consisten básicamente en la probada comisión de un hecho delictivo en nombre, por cuenta y en beneficio de la persona jurídica por algunas clases de individuos que tengan una determinada “relación” con ella (directivos o empleados subordinados)¹; en el art.

* El trabajo se ha realizado en el curso de la ejecución del Proyecto de investigación DER2013-46071-P, sobre “La responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias jurídicas aplicables a ellas por la comisión de hechos delictivos”, correspondiente al Subprograma de generación de conocimientos, Proyectos de “excelencia”, de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad.

Abreviaturas utilizadas: *ACFS* = Anales de la Cátedra Francisco Suarez; *ADPCP* = Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; *AP* = Revista Actualidad penal; *AT* = Allgemeiner Teil; *C.c.* = Código civil; *CP* = Código penal; *CPC* = Cuadernos de Política Criminal; *CuCGPJ* = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial; *EDJ* = Estudios de Derecho judicial; *EPC* = Estudios penales y criminológicos; *FGE* = Fiscalía General del Estado; *FS* = Festschrift; *GA* = Goltdammer's Archiv; *GS* = Gedächtnisschrift; *JpD* = Jueces para la Democracia; *JZ* = Juristenzeitung; *Lb.* = Lehrbuch; *LH* = Libro Homanaje; *LP* = La Ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario; *LRJAPPC* = Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común; *NJW* = Neue Juristische Wochenschrift; *OWiG* = Ordnungswidrigkeitengesetz; *PE* = Parte Especial; *PG* = Parte General; *PJ* = Revista Poder Judicial; *RAP* = Revista de Administración Pública; *RDM* = Revista de Derecho Mercantil; *RDP* = Revista de Derecho penal; *RDPC* = Revista de Derecho penal y Criminología (UNED); *RECPC* = Revista Electrónica de Ciencias penales y Criminología: <http://criminet.ugr.es/recpc>; *RJCyL* = Revista Jurídica de Castilla

31 *ter* CP se amplía el supuesto de hecho a casos en que no pueda individualizarse a la persona física que tuvo que cometer el delito (?) o en que a pesar de estarlo, el procedimiento no pueda dirigirse contra ella por distintos motivos²; el art. 31 *quinquies* CP excluye del régimen general de responsabilidad penal a determinados entes con personalidad jurídica y restringe su aplicación para algunos otros³; en los apartados 2 a 5 del art. 31 *bis* CP —la gran novedad de la reforma de 2015— se regula la que podríamos llamar “eximente —completa o incompleta— de cumplimiento de programas de prevención de la comisión de delitos”⁴; en el art. 31 *quater* CP se reconocen como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica a determinados supuestos de confesión de la infracción, de reparación o de adopción de medidas de prevención y descubrimiento de delitos futuros⁵; y, finalmente, el art. 130.2 CP completa el supuesto de hecho global con la negación de la extinción de la responsabilidad penal en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión y disolución, encubierta o aparente, de la persona jurídica responsable⁶.

b) En lo concerniente a las “consecuencias jurídicas”, si a la persona jurídica se la hace penalmente responsable de la comisión de un determinado delito, lo lógico, en principio, tendría que ser que se le impusieran las penas *típicas* con que está conminada su realización; mas como esto es simplemente imposible por la propia naturaleza de la cosa —piénsese especialmente en la pena privativa de libertad⁷—,

y León; *RP* = Revista penal; *RPCP* = Revista Peruana de Ciencias penales; *RXG* = Revista Xurídica Gallega; *Schönke/Schröder*²⁸ = Strafgesetzbuch. Kommentar, 28ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991; *SchZStr.* = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; *SK I*⁵ = Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main; *StGB* = Strafgesetzbuch; *StV* = Strafverteidiger; *wistra* = Zeitschrift für Wirtschaft-Steuer-Strafrecht; *ZschR* = Zeitschrift für schweizerische Recht; *ZIS* = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com; *ZStW* = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

¹ La literatura al respecto es ya sobreabundante y prácticamente inabarcable; sobre tales supuestos de hecho, véanse las exposiciones, por ejemplo, de FEIJÓO, Presupuestos, pp. 102 ss.; Díez RIPOLLÉS, *InDret* 1/2012, pp. 14 ss., 20 ss.; URRUELA, Personas jurídicas, pp. 470 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PG⁴, pp. 587 ss.; y para la reforma de 2015, véase GONZÁLEZ CUSSAC, Personas jurídicas, pp. 160 ss.

² Sobre este supuesto específico, en el cual se pretende apoyar la independencia o autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica con respecto a la de la física, véase por ejemplo, GARCÍA ARÁN, Comentarios, pp. 401 ss.

³ Sobre estas exclusiones, véase por ejemplo, GARCÍA ARÁN, Comentarios, pp. 411 ss.; URRUELA, Personas jurídicas, pp. 488 ss.; Díez RIPOLLÉS, *InDret* 1/2012, pp. 10 ss. y ZUGALDÍA, Responsabilidad, pp. 106 ss.; y para la situación actual después de la reforma, GONZÁLEZ CUSSAC, Personas jurídicas, pp. 205 ss.

⁴ La literatura sobre la eficacia de los llamados programas de cumplimiento en este ámbito es inabarcable; véase, por ejemplo, las obras colectivas de KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), y de SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), citadas en la bibliografía; y para la introducción de la eximente en la reforma del CP español de 2015, véase GONZÁLEZ CUSSAC, Personas jurídicas, pp. 180 ss.

⁵ Sobre esto, véase por ejemplo, GARCÍA ARÁN, Comentarios, pp. 407 ss.; Díez RIPOLLÉS, *InDret* 1/2012, pp. 25 ss.; URRUELA, Personas jurídicas, pp. 480 ss.; GÓMEZ-JARA, Atenuación, pp. 181 ss.

⁶ Al respecto, véase por ejemplo, FEIJÓO, Extinción, pp. 262 ss.; CUGAT, Comentarios, pp. 1005 s.

⁷ Como dice KELSEN, Teoría pura, p. 195, “parece, en realidad, una representación absurda pensar que pueda imponerse una pena de privación de libertad, o una pena de muerte, a una persona colectiva”; no obstante, hay que advertir que a pesar de esto, mediante una argumentación de la que aquí ahora se puede

el legislador español ha previsto en el art. 33.7 CP un catálogo de consecuencias jurídicas específicas para las personas jurídicas, a las cuales meramente denomina “penas” sin serlo realmente⁸, y cuyo contenido es la privación o la restricción de bienes y de derechos de los que son titulares semejantes entes⁹; y puesto que, también por la misma naturaleza de las cosas, ni el fundamento ni los fines de estas meramente llamadas penas para personas jurídicas pueden ser los mismos que los de las auténticas penas en sentido material¹⁰, en el art. 66 *bis* CP se han previsto unas reglas específicas de determinación de aquéllas conforme a criterios que materialmente no tienen casi nada en común con los relativos a la determinación de las auténticas penas¹¹.

2. A favor de su decisión, el legislador quiso argüir que venía exigida por numerosos instrumentos internacionales¹². Pero esta infundada y fraudulenta motiva-

prescindir, y que, en mi opinión, tiene demasiados saltos lógicos, KELSEN llega a sostener la absurda tesis de que “el orden jurídico puede estatuir una responsabilidad colectiva que se hace efectiva a través de una pena privativa de libertad o una pena de muerte”; véase KELSEN, loc. cit., p. 196 y la crítica al respecto de BACIGALUPO ZAPATER, *Teorías* 2005, pp. 53 s., con la advertencia de que el modelo de referencia de KELSEN para tal afirmación es el de la responsabilidad del Estado por la guerra (p. 53).

⁸ Fundamentando su naturaleza jurídica de “consecuencias accesorias”, a pesar de su denominación como “penas” por el Código, véase GRACIA MARTÍN, *Lecciones*^{5ª}, pp. 225 ss. y especialmente pp. 246 ss.; BOLDOVA, *EPC* nº 33 (2013), pp. 259 s. y especialmente pp. 261 s.; EL MISMO, *Lecciones*^{5ª}, p. 90; EL MISMO, *PG*, pp. 343 s.; BOLDOVA/RUEDA, *Personas jurídicas*, p. 276; MIR PUIG, *Bases constitucionales*, pp. 127 s.; EL MISMO, en *Foro FICP* nº 2014-1, pp. 29 y 31, donde se pregunta por si era verdaderamente necesario prever unas *mismas* medidas con *dos nombres* distintos, y por si no hubiera bastado con la designación unitaria de “consecuencias accesorias” (p. 31 nota 13, cursiva del autor), e igualmente MIR PUIG, en *Foro FICP* nº 2015-2, pp. 145 y 147 nota 12; negándoles también todo carácter y naturaleza de penas, véase SILVA SÁNCHEZ, *Persona jurídica*, pp. 32 s.; LUZÓN PEÑA, *LPG*^{2ª}, pp. 8 ss., 12 s., 25, 32, 154 s. y 514 s.; GÓMEZ MARTÍN, *Falsa Alarma*, pp. 382 s.; ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 14. Díez RIPOLLÉS, *JpD* nº 73 2012, pp. 48 y 49, mantiene una postura próxima pero indeterminada en su conjunto, pues aunque advierte que se trata de penas “*diferenciadas* de las penas previstas para las personas físicas” (p. 48), y que “corresponden sustancialmente con las *consecuencias accesorias*” (p. 49), no obstante “doctrinalmente” las llama en todo momento “penas” (*passim*); URRUELA, *Personas jurídicas*, p. 501, duda de la naturaleza jurídica de estas “penas”.

⁹ Véase por ejemplo, BAUCCELLS, *Comentarios*, pp. 424 ss.; Díez RIPOLLÉS, *JpD* nº 73 2012, pp. 48 ss.; FEIJÓO, *Consecuencias*, pp. 235 ss.; URRUELA, *Personas jurídicas*, pp. 492 ss.; ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 131 ss.

¹⁰ En este sentido, véase SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, pp. 6 s., 10 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Función*, pp. 558 ss. y especialmente pp. 562 ss.; BOLDOVA, *EPC* nº 33 (2013), p. 261; y MIR PUIG, *Foro FICP* nº 2014-1 (abril), pp. 28 ss.

¹¹ Sobre esto, véase, por ejemplo, GARCÍA ARÁN, *Comentarios*, pp. 638 ss.; ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 143 ss.; Díez RIPOLLÉS, *JpD* nº 73 2012, pp. 61 ss., quien estima, sin embargo, que en principio son aplicables los criterios generales de medición relativos a las penas para las personas físicas (p. 62); de otra opinión, que suscribo, SILVA SÁNCHEZ, *Persona jurídica*, pp. 32 s.; BOLDOVA, *EPC* nº 33 (2013), p. 261; EL MISMO, *Lecciones*^{5ª}, pp. 141 s.; EL MISMO, *PG*, p. 343; y MIR PUIG, *Foro FICP* nº 2014-1 (abril), p. 29, porque para graduar estas “penas” —advierte MIR— el art. 61 bis.1 establece que hay que tener en cuenta el criterio puramente preventivo de su necesidad para evitar la continuidad delictiva y criterios económicos y sociales, por lo que —concluye MIR con razón— “en cualquier caso se trata de *presupuestos distintos* de los de las demás penas” (cursiva mía).

¹² Véase el apartado VII de la Exposición de motivos de la L.O. 5/2010, *BOE* nº 152, de 23 de junio de 2010. Sobre los instrumentos europeos al respecto, véase, a fecha de 2005 el estudio de BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho europeo*, pp. 61 ss. exhaustivamente, DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO, *Marco europeo*, p. 133.

ción¹³, que junto al argumento del Derecho comparado ha estado presente desde siempre en cierta doctrina favorable a dicha decisión¹⁴, puede y debe quedar relegada aquí y ahora a un plano secundario. Pues aun suponiendo que semejante motivación fuera cierta —que como queda dicho, no lo es absoluto—, con ella en modo alguno se podría justificar ni legitimar una decisión que es frontalmente contraria a la Razón y al Derecho, ya que ninguna decisión irracional de uno mismo puede justificarse ni ampararse de ningún modo en el argumento de que es la misma que ya han tomado y realizado prácticamente otros, porque esto, evidentemente, para nada elimina la irracionalidad de quienes ya antes han procedido de ese modo y, por consiguiente, ni siquiera mitiga la de quienes, imitándoles, les siguen luego miméticamente por su misma senda equivocada¹⁵. En cambio, lo que aquí y ahora sí debe ser objeto de atención y de preocupación es el sentido de la decisión legislativa misma, y en razón de su coincidencia en lo esencial con lo demandado desde hace un tiempo por una doctrina que, ya desde su punto de partida, ha tomado una dirección visiblemente extraviada hacia una meta imposible de alcanzar, y en cuyo extraviado recorrido va formulando y dejando como hitos a constructos conceptuales carentes absolutamente del mínimo contenido *real* de naturaleza jurídica penal, y pretende mostrarlos con el ropaje nominal correspondiente a ella. Pues el análisis de los substratos u objetos reales que quedan al descubierto tras la desnormativización o deconstrucción de tales constructos revela con la mayor claridad y certeza que lo único que es posible construir a partir de ellos no es otra cosa que figuras y estructuras de responsabilidad objetiva de naturaleza inequívocamente civil o administrativa policial (no sancionadora)¹⁶ incluso en la morfología y la sintaxis de su descripción y formulación lingüísticas¹⁷.

¹³ Al respecto, véanse las argumentadas desacreditaciones de la misma formuladas por FERNÁNDEZ TERUELO, RDP (31) 2010, pp. 45 ss. y por OCTAVIO DE TOLEDO, ADPCP 2009, pp. 109 ss., éste último en relación con las Exposiciones de motivos de los precedentes Proyecto de 2007 (*BOCG, Congreso de los Diputados*, Serie A: Proyectos de Ley, nº 119-1, de 15 de enero de 2007) y Anteproyecto de 2008; véase asimismo URRUELA, *Personas jurídicas*, pp. 465 s.; ORTIZ DE URBINA, *Sanciones penales*, pp. 275 ss.; BOLDOVA, EPC nº 33 (2013), pp. 224 s.; EL MISMO, en PG, p. 332; BOLDOVA/RUEDA, *Personas jurídicas*, p. 287; también en el sentido de negar que de los instrumentos europeos se derive la “obligación” para los Estados de introducir un sistema de responsabilidad “penal” de la persona jurídica en sus legislaciones nacionales, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO, *Marco europeo*, pp. 136 ss. Asimismo véase FGE, Circular 1/2011, apartado I, y Circular 1/2016, apartado 1.

¹⁴ Con anterioridad a la L. O. 5/2010, véase, por ejemplo, sobre recomendaciones de organismos internacionales ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, pp. 70 ss.; EL MISMO, CPC (53) 1994, pp. 617 ss., y con posterioridad a dicha Ley, EL MISMO, *Responsabilidad*, pp. 30 ss.; véase también ZÚÑIGA, *Responsabilidad*, pp. 440 ss.

¹⁵ Similar SCHÜNEMANN, *Verfassungswidrigkeit*, pp. 18 s. y ZIS 1/2014, p. 12, quien contra el argumento de la “marcha triunfal” (*Siegeszug*) del constructo en el Derecho comparado, que muchos alegan a su favor con la afirmación de que un Estado que no lo introdujera se quedaría “al final de la cola” (*Schlusslichtthese*), replica acertadamente que “aunque fuera así, en un Estado de Derecho (ello) no podría llevar a que fueran copiadas leyes erróneas de otros países”.

¹⁶ En el mismo sentido, véase en la Dogmática penal, por ejemplo, ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s.; GÓMEZ MARTÍN, *Falsa alarma*, p. 383; BOLDOVA/RUEDA, *Personas jurídicas*, p. 287; en la Dogmática del Derecho administrativo, véase ZORNOZA, *Sistema*, pp. 48 s., 50 ss., 182 y 184, y A. NIETO, *DAS*^{5ª}, pp. 421 s. Sobre la inequívoca procedencia y raíz civilísticas de la *corporate criminal*

II. Breve exposición de los argumentos tradicionales contrarios a la responsabilidad penal de la persona jurídica

1. Con la positivación legal de un pretendido —y, sin embargo, como veremos, fallido— Derecho penal de personas jurídicas o de agrupaciones, el legislador español ha ignorado o pasado por alto a la más rigurosa y altamente cualificada doctrina jurídica del sistema jurídico continental, que se ha caracterizado siempre por su contundente rechazo de un constructo como este que no tomó nunca en serio¹⁸. Aún menos en serio debería tomarlo hoy en día la Ciencia jurídica del presente si se tiene en cuenta el refuerzo dado a los argumentos en contra tradicionales por las más recientes y decisivas aportaciones doctrinales contra los pretendi-

liability en el Derecho penal de los E.E.U.U., véase EHRHARDT, Unternehmensdelinquenz, pp. 94 y 95 ss.; GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, p. 73; y ORTÍZ DE URBINA, Responsabilidad, pp. 37 ss. Por otra parte, el supuesto de hecho de la imputación a la persona jurídica —al cual erráticamente se lo denomina “penal”— es asimismo idéntico o semejante en sus elementos, y en las conexiones típicamente estructurales de estos entre sí, al supuesto de hecho de la responsabilidad administrativa *policial* por la creación de “peligros” que, en el caso de personas jurídicas, habrán tenido que producir necesariamente las personas físicas que actúan para ellas, y que dan lugar a la imputación de aquella clase de responsabilidad —no penal ni sancionadora— a la persona jurídica (o a una física, si es que el causante del peligro ha sido otra dependiente de aquélla); una responsabilidad que resulta inequívocamente de una conducta *ajena*; véase al respecto, DENNINGER, Polizeirecht⁵⁷, pp. 216 ss. (sobre la responsabilidad policial —puramente objetiva— en general), y sobre los elementos y la estructura del supuesto de hecho de esta responsabilidad policial de la persona jurídica, *loc. cit.*, pp. 229 ss.

¹⁷ La naturaleza jurídica *civil* del supuesto de hecho de la llamada responsabilidad “penal” de la persona jurídica, la revela con toda claridad y de modo inequívoco ya la misma descripción o formulación lingüística y sintáctica de aquél en el art. 31 bis.1 CP, cuya *identidad* —o si se quiere *analogía*— lingüística y sintáctica con las descripciones legales de los supuestos de hecho de responsabilidad *civil* por hecho *ajeno* en el art. 120.3º y 4º CP y en el art. 1903.4º Cc. salta a la vista hasta el punto de que bastaría con sustituir en el art. 31 bis.1 la expresión “penalmente” por la de “civilmente” para que dicho precepto legal quedaría como uno sustancialmente *idéntico* —sólo con diferencias de vocabulario— a los de la responsabilidad civil por hecho ajeno de aquéllos artículos. Así por ejemplo, según el art. 120 CP: “Son también responsables *civilmente* ...: 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que son titulares, cuando *por parte de los que los dirijan o administren* [similar art. 31 bis 1. a)], *o de sus dependientes o empleados* (similar art. 31 bis 1. b), *se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad* que estén relacionados con el hecho punible cometido (similar o equivalente a la infracción de los deberes de organización implícitos en el art. 31 bis 1), de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción (similar o equivalente a la conexión exigida por el art. 31 bis 1. b, entre la comisión del hecho y la infracción de los diferentes deberes de control y de vigilancia); 4.º Las personas naturales o jurídicas ..., por los delitos que hayan cometido *sus empleados o dependientes, representantes o gestores* [o sea, sujetos similares a los del art. 31 bis.1 a) y b)] *en el desempeño de sus obligaciones o servicios* (o sea, en el ámbito funcional objetivo análogo al descrito en el art. 31 bis.1 b) como “ejercicio de actividades sociales”). Lo que en cualquier caso está fuera de discusión, es que de acuerdo con la regulación del art. 31 bis CP, el hecho penalmente típico debe cometerlo siempre y necesariamente una persona *física*, y que por lo tanto, el supuesto de hecho legal de la llamada responsabilidad penal de la persona jurídica es *idéntico* al de la responsabilidad civil por hecho ajeno; en este sentido, véase entre otros y por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, pp. 370 ss. y MIR PUIG, Foro FICP nº 2014-1 (abril), pp. 24 s. En la Dogmática alemana, JAKOBS, FS Lüderssen, p. 574, advierte también la similitud con la responsabilidad civil del § 31 BGB.

¹⁸ Como recuerda SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 1, en el pasado los fundamentos del rechazo de la responsabilidad penal de la persona jurídica no fueron nunca rebatidos *en serio*, y como afirmara KELSEN, Teoría general 1995, p. 114: “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”; véase además KELSEN, Teoría pura 1979, pp. 186 ss.

dos nuevos argumentos favorables al constructo, entre las cuales destacan sobre todo las de Bernd Schünemann, quien por medio de una rigurosa observancia del *método* jurídico ha demostrado de un modo irrefutable su imposibilidad dogmática y también la inconveniencia político-criminal del mismo¹⁹⁻²⁰, al cual ha caracterizado genialmente como un “zombi político-criminal”²¹.

2. En efecto, hasta la eclosión expansiva del fundamentalismo político criminal que imputa a la persona jurídica unas ficticias capacidades de acción, de culpabilidad, y de soportar una pena —o cualquier otra “sanción” en sentido estricto—, en la Dogmática jurídico penal auténtica que hoy se ve amenazada de demolición por aquél y por otros fundamentalismos, independientemente de la orientación metodológica que se siguiera —causalista naturalista, neokantiana, o finalista—, se rechazó la responsabilidad penal de la persona jurídica por la sencilla —pero por sí sola más que suficiente— razón de que, como demuestra y prueba con toda certeza la teoría general de la persona jurídica, en el substrato de ella están ausentes absolutamente todos los elementos materiales reales que configuran los objetos de todas y de cada una de las valoraciones jurídico penales —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— necesarias para la constitución del concepto del delito y para soportar la pena. Esto es así porque en Derecho penal los objetos tanto de las valoraciones categoriales constitutivas del supuesto de hecho delictivo, como de las determinantes del sí y de la medida de la intervención punitiva, tienen un substrato

¹⁹ Para los argumentos de SCHÜNEMANN contra la posibilidad de construir una responsabilidad penal de la persona jurídica, los cuales están estrechamente vinculados al método de construcción jurídica de conceptos, véase SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 155 ss., 172 ss. y 232 ss.; EL MISMO, *wistra* 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.); EL MISMO, *Madrid Symposium*, pp. 265 ss. (= en *Jornadas*, pp. 565 ss.); EL MISMO, *Deutsche Wiedervereinigung III*, pp. 129 ss. y 168 ss.; EL MISMO, *ADPCP 2002*, pp. 9 ss.; EL MISMO, *Constitución europea*, pp. 151 ss.; EL MISMO, *LK I^{12a}*, pp. 1841 ss.; EL MISMO, *FS Tiedemann*, pp. 429 ss.; EL MISMO, *GA 2013*, pp. 193 ss.; EL MISMO, *Verfassungswidrigkeit, passim*; EL MISMO, *ZIS 1/2014*, pp. 1 ss. Sobre mi postura coincidente con la de SCHÜNEMANN, GRACIA MARTÍN, *Actuar I*, p. 8; EL MISMO, *Personas jurídicas*, pp. 40 ss. y 63 ss.; EL MISMO, *Prólogo a Castillo Alva*, pp. 59 s.; EL MISMO, *Tratado*, pp. 546 ss. y 576 s.; EL MISMO, *Lecciones^{5a}*, pp. 246 ss.; EL MISMO, en *LH-Schünemann II*, pp. 107 ss.; EL MISMO, en *Foro FICP n° 2014-2*, pp. 16 ss.; EL MISMO, en *Foro FICP n° 2015-2*, pp. 149 ss.

²⁰ Por esto, es inexplicable que ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, en nota 35 de pp. 30 s., incluya a SCHÜNEMANN —y también a ¡ROXIN!— en la lista de autores alemanes que, según él, proporcionarían “apoyo doctrinal” “a la introducción de la pena para asociaciones”; y aún lo es más, si cabe, que ZUGALDÍA (*loc. cit.*, p. 62) atribuya a SCHÜNEMANN ser partidario de una responsabilidad nada menos que ¡“penal”! de la persona jurídica. Dado que cualquiera que conozca superficialmente el pensamiento de BERND SCHÜNEMANN al respecto sabe de su vehemente y severo rechazo del constructo, como se irá exponiendo a lo largo de esta investigación, en este momento huelga cualquier comentario sobre la a todas luces errónea afirmación de ZUGALDÍA; no obstante, como simple muestra véase lo que dice SCHÜNEMANN al respecto, reforzando su postura en contra mantenida con firmeza y sin cambios desde su primer escrito —precisamente el citado por ZUGALDÍA— sobre la materia, en SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014, passim*, a saber y por ejemplo: que hablar de acción y de culpabilidad de la persona jurídica y llamar “pena” a la sanción de la empresa supone una “contaminación semántica del lenguaje” que quebranta “los principios del habla racional” (pp. 4 y 11).

²¹ En el sentido de que una propuesta que tras un minucioso examen, ha sido ampliamente rechazada en un momento histórico determinado, es desenterrada después de un periodo de latencia y se provoca así una discusión renovada, pero en realidad con muy pocos argumentos nuevos y más bien con una preponderancia de los viejos argumentos recalentados; véase SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, p. 1.

psicológico y sensible que sólo está presente en el ser humano y completamente ausente en la llamada persona jurídica²². Aunque los argumentos tradicionales en contra del reconocimiento de la persona jurídica como sujeto penalmente responsable son suficientemente conocidos, estimo conveniente recordarlos de un modo sucinto por la sencilla razón de que los mismos tienen hoy la misma fuerza que antaño y la misma validez²³.

a) La *incapacidad de acción* de la persona jurídica resulta de cualquiera de los dos únicos conceptos de acción que pueden formar la base de la teoría del delito, el causal y el final²⁴, pues ambos remiten a un substrato constituido esencialmente por un acto *voluntario*, es decir, constituido como mínimo por un movimiento corporal generado a partir de una sinapsis neuronal e impulsado por una orden cerebral, y es evidente que nada de esto puede estar presente en ningún ser que no sea el humano²⁵. La persona jurídica, pues, no puede actuar ni omitir *típica* y *antijurídica* en el campo penal²⁶, y aunque se ha invocado a favor de la capacidad de

²² Véase por ejemplo RODRÍGUEZ MOURULLO, PG I, p. 228: “en sentido jurídico-penal la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena presupone la existencia de una voluntad en términos psicológico-naturalísticos, que, por definición, es patrimonio exclusivo de las personas individuales”. Véase también LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2⁶, 2010, p. 268: a las personas jurídicas “les faltan la conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación”, ya que éstas son “facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres”. En sentido parecido, JAKOBS, FS Lüderssen, pp. 563 s., habla de que es la persona natural la que “presta” a los elementos de la jurídica —la masa patrimonial, la agrupación de personas misma— que *per se* no pueden participar en el tráfico jurídico, “la capacidad” para que puedan hacerlo “como persona jurídica”.

²³ Así también SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 1 ss.

²⁴ Pues todos los demás conceptos de acción que se han propuesto no son más que variantes no sustanciales de los conceptos causal y final, o constructos normativos a los que meramente se les llama “acción” sin serlo realmente, como sucede con toda la maraña de conceptos sociales de acción; véase al respecto, GIMBERNAT, ¿Qué es la imputación objetiva?, pp. 209 ss.; CEREZO MIR, PG II⁶, pp. 43 ss.; ZAFFARONI, PG², pp. 408 ss. y 413 ss.

²⁵ Así véase BLAUTH, Handeln, p. 15; ERHARDT, Unternehmensdelinquenz, p. 42 y nota 1; ZAFFARONI PG², pp. 427 s.; GRACIA MARTÍN, Actuar I, pp. 9 ss.; EL MISMO, Persona jurídica, pp. 40 ss., 65, 67 s.; EL MISMO, Strafbarkeit, pp. 17 s.; ROXIN, AT I⁴, p. 262; LUZÓN PEÑA, PG², pp. 137 ss. y especialmente pp. 152 s.

²⁶ De ello resulta que la persona jurídica tampoco puede ser sujeto del juicio de peligrosidad criminal (probabilidad de *comisión* de hechos delictivos en el futuro) ni, por lo tanto, de medidas de seguridad penales; véase GRACIA MARTÍN, Actuar I, pp. 13 s.; EL MISMO, Persona jurídica, p. 41; EL MISMO, Strafbarkeit, p. 15. Sin duda alguna, a la persona jurídica —pero igualmente que a la natural— se le puede “imputar” un hecho injusto puramente objetivo absolutamente desprovisto de todo elemento o circunstancia de carácter subjetivo al que el ordenamiento jurídico asocia y hace seguir alguna consecuencia jurídica, pero un injusto puramente objetivo, se lo mire por donde se lo mire, no puede ser en ningún caso un injusto *penal*, sino sólo un injusto que se identifica con estados o situaciones de hecho no conformes con el deber ser jurídico, y que se han producido solo causalmente incluso por las fuerzas de la naturaleza, y por lo tanto independientemente de toda actividad o acción humanas; para designar a estas situaciones o estados desvalorados como injusto —pero en ningún caso penal— ya BINDING, Normen, II, p. 231 nota 8, empleó la expresión “contrariedad al ordenamiento jurídico” (*Rechtsordnungswidrigkeit*). Por esta razón, no me parece convincente la tesis de SILVA SÁNCHEZ — a pesar de que es, sin duda, y a gran distancia, la más sólida y mejor fundamentada entre todas las discrepantes de la doctrina mayoritaria y tradicional—, conforme a la cual el presupuesto de las medidas de seguridad, al menos de las aplicables a inimputables, no estaría constituido por lo injusto personal, sino por un injusto puramente objetivo totalmente desligado de los factores subjetivos del acto humano y producido por éste sólo de un modo causal-mecánico, y que por esta razón las consecuencias jurídicas aplicables a personas jurídicas ya podrían ser vistas como medidas de seguridad precisamente

acción de la persona jurídica, la famosa afirmación de v. Liszt, de que el Derecho civil le reconoce capacidad contractual, y así “quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios”²⁷, independientemente

porque aquéllas —igual que los inimputables— también realizarían un injusto *penal* objetivo contrario a la norma de *valoración* correspondiente; véase SILVA SÁNCHEZ, Consecuencias accesorias, pp. 344 s.; y sobre la conveniencia de diversificar en general lo injusto *penal* en uno puramente objetivo y en otro personal, véase más recientemente SILVA SÁNCHEZ, InDret, 3/2014, pp. 3 ss., 12 ss. y *passim*. Como no es este lugar apropiado para desarrollar una valoración detallada y pormenorizada de esta tesis de SILVA y de sus consecuencias, me limito ahora a decir que mi acuerdo con ella es casi total en cuanto a su arquitectura lógico conceptual, y que mi desacuerdo con ella concierne a la inserción y *clasificación* del injusto puramente objetivo en la especie de injusto *penal*. La razón, que he fundamentado ampliamente en otros lugares, es que a mi juicio, *materialmente* sólo puede ser y clasificarse como injusto *penal* —y asimismo como injusto sancionatorio de cualquier especie— la infracción de una norma de *determinación*, y que esto sólo puede tener lugar mediante la realización *voluntaria* de una acción o, en su caso, mediante la omisión de la realización asimismo *voluntaria* de una acción; y entre los muchos y prolijos argumentos en que sustento mi opinión, aquí formulo únicamente uno que me parece suficiente y que remite al carácter fragmentario del Derecho penal —carácter del que por lo demás también deben participar todos los demás Derechos sancionadores de cualquier especie, aunque su fragmentariedad sea más amplia que la del penal—, pues el carácter fragmentario significa, entre otras cosas, que como injusto *penal* solamente pueden ser valoradas aquéllas lesiones de normas de *valoración* que resulten de la infracción de normas de *determinación*, y por lo tanto, de una *voluntad* humana contraria a tales normas, y que por esta razón, si bien es cierto que la lesión de una norma de *valoración* constituye siempre un injusto puramente objetivo —una contrariedad al ordenamiento jurídico en el sentido de BINDING—, no es menos cierto que no todo injusto objetivo tiene carácter penal en sentido *material*; al respecto, véase muy extensamente en general GRACIA MARTÍN, Fundamentos, pp. 83-114, y en particular con respecto a lo injusto puramente objetivo imputable a la persona jurídica, que en ningún caso puede tener naturaleza penal ni ser por ello el supuesto de hecho de ninguna sanción ni medida de seguridad del Derecho penal, véase GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, pp. 63 ss.; sobre el carácter puramente objetivo de lo injusto relativo a la *peligrosidad objetiva de la cosa*, que es el típico imputable a la persona jurídica, y que por lo tanto *no puede tener naturaleza penal*, sino exclusivamente policial administrativa, véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, pp. 103 ss.; EL MISMO, Personas jurídicas, pp. 71 s., y EL MISMO, Tratado, pp. 580 s. y 584 ss. Una cuestión diferente que sin duda merece un debate de cara a encontrar una solución plausible es la de si sería posible y conveniente configurar al injusto puramente objetivo como el supuesto de hecho de las medidas de seguridad, tal y como propone SILVA SÁNCHEZ, pero de llegarse a tal solución —que por lo demás me parece muy razonable—, entonces lo procedente sería excluir del Derecho penal a las medidas de seguridad que la doctrina actualmente dominante considera de naturaleza penal, y reconocerlas como medidas de naturaleza jurídica *administrativa* aunque su aplicación se atribuya a la competencia del juez penal dentro de un proceso penal, pues a favor de esto no faltan opiniones doctrinales altamente cualificadas, como por ejemplo la de KÖHLER, AT, p. 55, al advertir con buena dosis de razón que “las medidas de corrección y seguridad en sentido propio para y contra incapaces de culpabilidad encuentran su fundamento jurídico en la asistencia policial”, por lo que, a diferencia del Derecho penal, un Derecho de medidas propiamente dicho sólo se puede fundamentar como “Derecho coercitivo” (administrativo) contra la voluntad natural de los irracionales. Que en este caso lo injusto objetivo relativo al ser humano inimputable y lo injusto objetivo imputable a la persona jurídica serían ya *materialmente análogos* por su fundamento, que no sería otro que la *peligrosidad objetiva* de ambos, es tan cierto como que ninguna medida fundamentada en semejante presupuesto puede tener naturaleza penal como, sin embargo, entiende SILVA, sino como lo advierte KÖHLER con razón, naturaleza exclusivamente administrativa de carácter coercitivo policial; véase DENNINGER, Polizeirecht²⁸ 2012, pp. 216 ss., quien habla de una responsabilidad (policial) por la relación especial de “proximidad” al peligro, para la cual “lo que importa es el peligro provocado de hecho [o de su apariencia], pero no las relaciones personales individuales del perturbador, la edad, la capacidad de acción, de obrar, de delinquir, la mayoría de edad penal, etc. de aquél, (las cuales) desempeñan (aquí) tan poco cometido como su culpabilidad (dolo o imprudencia) o como su error sobre cualesquiera circunstancias de su conducta o de la situación” (p. 218).

²⁷ Véase v. LISZT, Lehrbuch²⁴, p. 125 n. 3; en la doctrina española, el argumento de LISZT, lo asumió BARBERO SANTOS, RDM 1957, pp. 285 ss.; para mostrar que la incapacidad de acción de la persona jurídica es al menos discutible, lo invocó SÁINZ CANTERO, PG³, p. 482; y aún hoy apela a él ZUGALDÍA, Responsabi-

de que este argumento ya es insostenible en Derecho civil²⁸, aun cuando a la persona jurídica se le reconociera la capacidad de acción, la fundamentación de su responsabilidad penal y sancionatoria tropezaría con el escollo insalvable de su *incapacidad de culpabilidad y de pena*²⁹.

b) Dado que *la voluntad antijurídica* constituye el *objeto* del juicio de reproche de la culpabilidad³⁰, de la incapacidad de acción de la persona jurídica ya tiene que resultar sin más su incapacidad de culpabilidad, por lo que toda pregunta acerca de si la persona jurídica es capaz de culpabilidad debiera verse ya como innecesaria por absurda y carente de sentido³¹. No obstante, aquella incapacidad resultaría en última instancia del contenido y del sentido mismos del juicio de culpabilidad, pues éste expresa un reproche *personal* de la voluntad de realización contraria al Derecho³² que sólo puede fundarse en la capacidad de *autodeterminación* de una voluntad individual de la que evidentemente carece la persona jurídica³³.

c) Si la persona jurídica es incapaz de acción y de culpabilidad, de nuevo esto debiera bastar para no tener que preguntar por su idoneidad para ser sancionada, pues ninguna pena ni sanción se pueden imponer a quien no haya realizado culpablemente una acción antijurídica él mismo³⁴. Como afirma Stratenwerth, en la

alidad, p. 62; y en la doctrina alemana también lo asume —inexplicablemente— HIRSCH, Straffähigkeit, p. 12 n. 33.

²⁸ Por esto, carece de fundamento la opinión de CUADRADO, RJCL nº 12 2007, p. 135, en el sentido de que “en realidad, nadie niega abiertamente la capacidad de acción de las personas jurídicas”. Pues no sólo yo, sino la totalidad de los autores que la rechazan, la niegan no sólo en el Derecho penal, sino también en el Derecho civil. Como botón de muestra en el Derecho civil, véase solo la afirmación de LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2⁶, p. 268: a las personas jurídicas “les faltan la conciencia y voluntad en sentido psicológico”, ya que éstas son “facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres”. Para el Derecho penal, véase por todos RODRÍGUEZ MOURULLO, PG I, p. 228, donde afirma con razón que “no es que la persona jurídica ‘concluya’ por sí misma contratos, sino (sólo) que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos; pero el fenómeno de la representación” —prosigue RODRÍGUEZ MOURULLO— “no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito”, pues “para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena”; en sentido parecido, véase JAKOBS, FS Lüderssen, pp. 563 s., donde afirma con razón que es la persona natural la que “presta” a los elementos de la jurídica —la masa patrimonial, la agrupación de personas misma— que *per se* no pueden participar en el tráfico jurídico, “la capacidad” para que puedan hacerlo “como persona jurídica”; y desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, véase por todos KELSEN, Teoría general, p. 114: “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”; véase además KELSEN, Teoría pura, pp. 186 ss.; y sobre el concepto de voluntad en el Derecho civil, véase KELSEN, Hauptprobleme², pp. 123 ss., y también pp. 97 ss. sobre el concepto de voluntad en el Derecho en general, pp. 135 ss. sobre la voluntad en el Derecho penal, y pp. 162 ss. sobre la voluntad del Estado.

²⁹ Así, por todos, SÁINZ CANTERO, PG³, p. 482: “si la falta de capacidad de acción es discutible, no se puede siquiera poner en tela de juicio que les falta capacidad de culpabilidad y de pena”.

³⁰ En este sentido, véase sólo, por ejemplo, CEREZO MIR PG III, pp. 16, 25, 42 y 45.

³¹ Del mismo modo que sería absurda toda pregunta por la capacidad de culpabilidad de los animales y de los fenómenos y procesos naturales, a los cuales tienen que asimilarse los procesos sociales sistémicos; en este sentido, véase SCHÜNEMANN, FS Tiedemann, p. 437; EL MISMO, ZIS 1/2014, pp. 2, 5-6, 11.

³² Cfr. en sentido parecido MIR PUIG, RECPC 06-01 (2004), pp. 9 s.

³³ Véase por todos SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 2 s., 4, 6, (el reproche como culpabilidad presupone capacidad individual de evitar la infracción de la norma).

³⁴ Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 11.

persona jurídica “falta todo substrato para una pena”³⁵. No obstante, en última instancia, una pena o sanción para la persona jurídica carece de sentido desde el punto de vista tanto del concepto como de los fines de la pena. Conceptualmente, porque la pena —y cualquier sanción— es un “mal” que lleva consigo al menos la posibilidad de causarle dolor y aflicción al penado o sancionado³⁶, y es evidente que la persona jurídica carece absolutamente del substrato psicofísico sensible que hace posible experimentar tales sensaciones³⁷. Pero además, ninguna intervención imaginable sobre la persona jurídica misma podría ser idónea para la realización de los fines de la pena, ya se entiendan estos como retribución, como prevención general (intimidatoria, integradora o positiva) o como prevención especial. Pues es, al menos, una *condición de posibilidad* de la realización de la función y de los fines de la pena, que la intervención punitiva esté dirigida específicamente a producir efectos en *la voluntad* del penado³⁸ y, de un modo anónimo, también en *la voluntad* de cada individuo integrante de la comunidad social³⁹, y es evidente que esto sólo puede pretenderse con respecto al ser humano, porque la persona jurídica —que por sí misma no puede evitar ni la realización del hecho punible ni la aplicación de la

³⁵ Véase STRATENWERTH, FS R. Schmidt, p. 302.

³⁶ Véase M. KÖHLER, Begriff, pp. 15 s., 54, 61; SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 2 y 3 nota 14, que habla del potencial “destrutivo” de la pena (*Overkill*); ZAFFARONI PG^{2a}, p. 45: “la pena es (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes”; GIMBERNAT, Estudios^{3a}, pp. 146 ss., quien se refiere a la pena (o a su amenaza) como creación de “miedos reales” (p. 147), causación de “sufrimiento al delincuente” (p. 149), “intervención radical en la vida del ciudadano” portadora de “fuerza destructiva” (p. 151) o “padecimiento” (p. 153); NINO, Introducción^{2a}, p. 173: “es parte esencial de la razón por la que la pena se aplica el imponer algún *sufrimiento* a su destinatario” (cursiva del mismo autor); GRACIA MARTÍN, Tratado, p. 60. *Cfr.* nota siguiente; y con respecto a la sanción administrativa, véase HUERGO LORA, Sanciones, p. 379, quien advierte que toda sanción tiene como finalidad imponer un perjuicio al infractor.

³⁷ Pues “la reparación y la expiación” —decía KOHLER, GA 1917, p. 503— “están unidas inseparablemente a los conceptos de aflicción y de dolor; (y) esto vale para todas las penas”, puesto que con éstas “debe provocarse un sentimiento de dolor que debe servir como expiación y reparación por los excesos faltos de ética de la persona; pero todo esto” —concluye KOHLER— “se origina en fenómenos psíquicos que sólo son posibles en la personalidad individual”; también R. SCHMITT, Strafrechtliche Massnahmen, p. 108 (con referencias) y p. 196; a pesar de fundamentar la pena en la prevención general positiva, JAKOBS, Pena, pp. 135 ss., 141 ss., sostiene que “la contradicción del delito debe producirse precisamente infligiendo dolor”, pues “el dolor sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma” (p. 141); véase además, JAKOBS, System, pp. 13 ss.

³⁸ Véase HIRSCH GS-Armin Kaufmann, p. 709: “los fines de la pena o del Derecho penal se refieren, por lo tanto, a consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de instrumentos de actuación sobre el autor”; RUDOLPHI, Zweck, p. 71 (= Fin, p. 83): una realización del fin de prevención especial puede imaginarse como posible sólo “en el caso de que el autor continúe siendo capaz de observar la norma”; GRACIA MARTÍN, Prólogo a Castillo Alva, pp. 56 ss.; EL MISMO, en RDPC n° 13, 2004, pp. 480 s.; y EL MISMO, Tratado, pp. 550 ss.

³⁹ Véase GIMBERNAT, Estudios^{3a}, pp. 157, y pp. 175 ss., donde al exponer su conocida teoría de la prevención general con base en el psicoanálisis, explica cómo la finalidad de prevención general requiere que la pena se oriente a la producción de efectos inhibitorios de la voluntad de los ciudadanos, y advierte que esto sólo podrá lograrse frente a los ciudadanos *motivables* por la amenaza, o sea frente a los que tengan capacidad de motivación.

pena con que se amenaza aquélla⁴⁰ — carece de toda voluntad susceptible de ser intervenida *con el fin de orientarla* en cualquier sentido⁴¹.

III. Crítica de las pretensiones actuales de construcción de sistemas paralelos por analogía o con “equivalentes funcionales” a la acción y a la culpabilidad

1. Si algo parece estar claro actualmente, ello es que el debate sobre una posible responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica ya no es posible continuarlo en el marco definido por los argumentos tradicionales que se acaban de exponer. Pues una teoría de la responsabilidad penal y sancionatoria fundada exclusivamente en conceptos y en categorías construidos a partir del substrato del ser humano, bloquea ya *per deffinitionem* toda posibilidad de acceso de la persona jurídica a semejante clase o tipo de responsabilidad, como así tienen que reconocerlo y lo reconocen los partidarios de la punibilidad de aquélla⁴². Por esta razón, el fundamentalismo punitivista de la persona jurídica, ya en la década de los 80 del siglo pasado emprendió tímidamente su particular cruzada político criminal y pragmática contra la Dogmática jurídica que impide el acceso de aquélla a la responsabilidad penal⁴³, con el fin de aniquilarla y de poder así abrirla a la persona jurídica otras vías de acceso a la responsabilidad penal mediante la construcción arbitraria de “otros” conceptos de acción y de culpabilidad “distintos” a los de la persona natural, y sin embargo “propios” de la jurídica, para configurar con ellos “otra” Dogmática jurídico penal para ésta⁴⁴.

a) Sin duda tiene razón Zugaldía cuando advierte la obviedad de que si se pregunta “por la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción y de culpabilidad *ya dado —y exclusivamente válido— para las personas físicas*”, entonces “la respuesta será inexorablemente

⁴⁰ Así SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, pp. 3, 11; MEINI, Responsabilidad, p. 141, incluso para sanciones administrativas.

⁴¹ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 11.

⁴² Véase por ejemplo ZUGALDÍA, CPC n° 53 1994, pp. 621 s.; EL MISMO, Responsabilidad, p. 61; BACIGALUPO SAGESSE, Responsabilidad, pp. 31 s.; GALÁN MUÑOZ, Persona jurídica, pp. 534 s.; DANNECKER, GA 2001, p. 107.

⁴³ Así expresamente, las ya emblemáticas afirmaciones de ZUGALDÍA CPC n° 11 1980, p. 86 s.: “si aun subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues *peor para ésta última*” (p. 87), porque ante el conflicto entre “la conveniencia político-criminal de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas” y la imposibilidad de llevarla a cabo por las exigencias de la Dogmática jurídico-penal, lo que hay que hacer es ¡“prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro y allanar el camino para dar en el futuro nuevas soluciones”! (p. 86).

⁴⁴ Véase BAJO, Vigencia, p. 29, quien habla de “nueva Dogmática de la persona jurídica”; ZUGALDÍA, Responsabilidad, pp. 64 ss., 70 ss., denomina “dogmáticos” a todos los modelos doctrinales del constructo. Pero contra esto hay que decir ya que todas estas construcciones tienen de verdadera Dogmática jurídico penal, lo mismo que tienen de la sustancia de la acción, de la culpabilidad y de la pena, los constructos que se proponen como análogos, paralelos o equivalentes funcionales a ellas, es decir: ¡absolutamente nada!

negativa”⁴⁵, y que por eso la pregunta inicialmente correcta tiene que ser la de “si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”⁴⁶. Pero en lo que Zugaldía ya no tiene ni un ápice de razón es en su totalmente errónea suposición de que la doctrina refractaria a la responsabilidad penal de la persona jurídica, *parta* de unos conceptos de acción y de culpabilidad ya dados y exclusivamente válidos para las personas físicas, y en particular que yo *parta* de dichos conceptos, como sin embargo me atribuye expresamente para poder oponerme que así opero y procedo de un modo metodológicamente incorrecto⁴⁷.

b) Contra la mencionada errónea atribución de Zugaldía hay que decir que la afirmación de la doctrina refractaria a la responsabilidad penal de la persona jurídica, de que sólo la persona física es capaz de acción y de culpabilidad, no es ni remotamente su punto de partida, sino al contrario *el de llegada* y, por lo tanto, es precisamente la *respuesta* a la pregunta inicial acerca de si existe algún concepto de acción y de culpabilidad válido para la persona jurídica. Una respuesta que evidentemente se ignora en el momento de formular dicha pregunta, pero a la que se llega finalmente como resultado de un proceso de indagación, de análisis y de comprobaciones guiado por el método jurídico más riguroso y, por lo tanto, absolutamente correcto *porque*, en primer lugar se tienen en cuenta y se respetan los saberes que proporcionan la teoría general del Derecho, las Dogmáticas del Derecho civil y del Derecho público, e indudablemente también las reglas de la lógica formal y material, es decir, todo lo que generalmente ignora o pasa completamente por alto la doctrina que afirma arbitrariamente la responsabilidad penal de la persona jurídica⁴⁸, como es claramente perceptible con una visión rápida y superficial de sus

⁴⁵ Véase ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, pp. 621 s., y ahora igualmente ZUGALDÍA, Responsabilidad, p. 61. En el mismo sentido, GALÁN MUÑOZ, Persona jurídica, pp. 534 s., quiere afirmar ahora exactamente lo mismo respecto de la tesis de SCHÜNEMANN, al decir que éste “parte de una premisa equivocada” cuando llega a la conclusión y afirma que la persona jurídica no puede infringir normas de conducta o de determinación (p. 534). *Cfr.* en la doctrina alemana el argumento similar de DANNECKER, GA 2001, p. 107.

⁴⁶ Véase ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, p. 622; similar en la doctrina alemana, DANNECKER, GA 2001, pp. 107 s.

⁴⁷ Véase ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, p. 621, y de nuevo ZUGALDÍA, Responsabilidad, p. 61, donde ahora asciende de grado a la incorrección metodológica que me atribuye hasta lo “totalmente incorrecto”.

⁴⁸ Así lo han puesto de relieve con la mayor severidad y contundencia algunos de los más eximios juristas que se han pronunciado críticamente sobre los extravíos de dicha doctrina. Y así por ejemplo, respecto de lo primero —la ignorancia o el desprecio del saber jurídico válido— ALEJANDRO NIETO, DAS^{5*}, pp. 404 s. y 421 s., invocando la famosa frase de VON KIRCHMANN, advierte con razón que todo intento de fundamentar una culpabilidad de las personas jurídicas, solo puede emprenderse si se “envían a la papelería bibliotecas enteras de literatura jurídica” (pp. 404 s.) y si se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho (pp. 421 s.). En cualquier caso, como queda dicho en el texto, basta con una mirada rápida y superficial indagatoria sobre el caudal de doctrina que se maneja en la mayor parte de los escritos a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica, para percatarse de la ausencia en ellos de la mayor parte de las obras fundamentales e indispensables de la teoría general del Derecho y de la Dogmática civil y iuspublicista, como sucede, para poner un ejemplo extremo, con la inadmisiblemente absoluta preterición de las teorías de la persona jurídica de FERRARA y de KELSEN, a pesar de que como ya fue percibido por RECASENS SICHES, Filosofía, p. 264 —y esto a fecha de hoy no ha perdido ni un ápice de

escritos, y en segundo lugar *porque* a diferencia de lo que hace la doctrina favorable a la responsabilidad penal de la persona jurídica, la refractaria a ésta no esquiva ni elude el debate con las posturas contrarias, sino que por el contrario las rebate con argumentos y no con simples y meras afirmaciones en un vacío de teoría jurídica⁴⁹.

c) Que en mi caso la afirmación de que sólo la persona física es capaz de acción y de culpabilidad no es mi punto de partida, sino que es, justamente al revés, el de *mi llegada* en el modo expuesto, es decir, alcanzado por medio del uso del método jurídico científico más estricto, resulta más que evidente y puede percibirlo todo el que lea e interprete correctamente tanto mi planteamiento inicial de la cuestión como los desarrollos argumentativos que hago a partir de él. Y así, en mi trabajo no creo que pueda estar más claro que mi punto de partida, y voy a autocitarme *tex-*

validez— más allá de la monumental y en tantos aspectos *definitiva* teoría de FERRARA sobre la persona jurídica, la construcción kelseniana de la personalidad jurídica no sólo es una de las más certeramente desenvueltas y un acierto *decisivo*, sino que tiene un alcance mucho mayor que el que pudo sospechar el propio Kelsen —el cual sólo lo trató como un concepto jurídico puro—, pues según RECASENS (*loc. cit.*), “brinda una importante inspiración para elaborar algunos conceptos esenciales de Ontología social (círculo social, yo social de los individuos, personalidad social)”; para esto, véase RECASENS, *loc. cit.*, pp. 274 ss. Por esto, sólo en un completo vacío de teoría jurídica indisponible se puede caer en errores tan gruesos como el de hablar indistintamente de responsabilidad penal unas veces de la *empresa* y otras de la *persona jurídica*, como si la una y la otra fueran lo mismo y fungibles a capricho, cuando en la Dogmática civil, y aún más acentuadamente en la mercantilista societaria, la distinción entre empresario (persona jurídica o física) y empresa (la organización y la actividad empresarial) es una cuestión sobre la que existe un acuerdo absolutamente *unánime* que nadie tendría el atrevimiento de romper; véase al respecto, sólo SÁNCHEZ CALERO, Instituciones I²⁰¹, pp. 50 ss., donde advierte que “suele confundirse, y no solo en la terminología corriente, sino también desde un punto de vista económico o sociológico, a la persona jurídica con la empresa, y a sus dirigentes con el empresario”, pero “para el ordenamiento jurídico esto no es así: el empresario es la persona jurídica en su conjunto (la sociedad anónima, la cooperativa, la fundación ...) y la empresa la actividad organizadora que realiza y también la organización (de elementos personales y materiales) que es fruto de la actividad” (p. 52). Evidentemente, esta distinción no es desconocida por la rigurosa doctrina refractaria al constructo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y así por ejemplo SCHÜNEMANN ZIS, 1/2014, pp. 8 s., critica con razón que se ignore o se pase por alto tan elemental distinción, porque “el titular de la empresa es el *sujeto jurídico* al que se imputa el conjunto socioeconómico del sistema de acción [operativo] ‘empresa’” (corchete mío); además EL MISMO, en FS Tiedemann, pp. 439 s. La distinción, como ha puesto de relieve RANSIEK, Überlegungen, pp. 298 y 301 s., tiene una gran trascendencia tanto respecto del fundamento de la responsabilidad como para la determinación del sujeto de la consecuencia jurídica sobre todo en el caso del empresario individual.

⁴⁹ Al respecto, véase SCHÜNEMANN, en Constitución europea, pp. 151 s., quien tras reprocharle a la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica que opere en general con “el criterio siempre extendido en el *common law* y en aumento en el continente europeo, de que hay que centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, (porque esto) constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia” (p. 151); a continuación llama la atención asimismo críticamente sobre la extendida tendencia a “ignorar la crítica y posiciones de los opositores”, porque “la ciencia jurídica no sólo vive, sino que consiste incluso en la discusión vívida mantenida con opositores y críticos, de modo que quien merece reprimenda es ... en realidad quien se sustrae a ese debate, y no así sus críticos” (p. 152). No obstante, en lo que concierne al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe reconocerse como una excepción a ese rechazable modo de proceder, sobre todo al trabajo valioso de GÓMEZ-JARA, pues este autor *sí* se ha tomado en serio a los argumentos contrarios, y ha tratado de rebatirlos, si bien a mi juicio infructuosamente; véase GÓMEZ-JARA Culpabilidad 2005, pp. 77, 82 ss., 109 ss., 118 ss., y 128 ss., quien advierte con razón que “representa un error considerable prescindir de las serias objeciones planteadas por la dogmática a la responsabilidad penal empresarial” (p. 77).

tualmente, lo constituye la *pregunta* acerca de “si entre las posibles respuestas jurídicas a este fenómeno cabe optar por el establecimiento y, en su caso, por la imposición de penas a la propia persona jurídica”⁵⁰, es decir, un interrogante que en ese momento inicial de plantearlo no tiene ninguna respuesta conocida —de lo contrario ya no sería un interrogante, sino una afirmación explícita o implícita de algo ya conocido de antemano—, y un interrogante que, por eso mismo, me lleva a continuación a emprender la búsqueda de la respuesta desconocida, y para lo cual propongo como primer paso, y vuelvo a autocitarme literalmente, tener que “determinar cuáles son los elementos estructurales de la realidad de la persona jurídica”, porque únicamente “si dichos elementos son susceptibles de recibir las valoraciones del Derecho penal podrá fundamentarse la imposición de las consecuencias jurídicas de éste a la persona jurídica”⁵¹. Ahora bien, siendo esto así, resulta claro que lo que Zugaldía ha pasado completamente por alto es que habiendo partido yo de aquel interrogante —y no del que erróneamente él me atribuye—, y habiendo desarrollado y efectuado después el minucioso y *metódico* análisis planificado para resolverlo, el *resultado* obtenido es precisamente el de que en el sustrato real de la persona jurídica no se ha podido encontrar absolutamente nada que se parezca ni en una mínima partícula a la acción y a la culpabilidad, y que así ha quedado contestada aquella pregunta inicialmente correcta precisamente en el sentido de que *no se pueden construir en absoluto ningún concepto de acción ni de culpabilidad de la persona jurídica sin quebrantar las reglas del pensamiento y del habla racionales*, y por añadidura —lógicamente— que absolutamente nada de lo que pueda imponerse a ella podrá tener la naturaleza de una sanción en sentido estricto y menos aún la de una pena⁵². Una respuesta que es rotundamente negativa, entre otras muchas razones, porque así resulta de la teoría jurídica permanentemente válida e indisponible que encuentra su máximo exponente en el tajante y apodíctico juicio de Kelsen —como también en los de Henkel y de Alcalá Zamora y Castillo— de que “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones *sólo* pueden existir en relación con los *seres humanos*”, y que “cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de *seres humanos*”⁵³.

⁵⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 37.

⁵¹ Véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 38.

⁵² *Cfr.* en el mismo sentido SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 2, 3 s. y especialmente p. 12, donde afirma que “hay una total abundancia de razones que marcan a la construcción de una sanción contra agrupaciones en paralelo a la pena criminal como tentativa inidónea”.

⁵³ Véase KELSEN, *Teoría general*, p. 114 (cursiva mía); EL MISMO, *Teoría pura*, pp. 186 ss.; en sentido similar, HENKEL, *Introducción*, pp. 267-308 y especialmente pp. 309 ss. argumenta profunda y prolijamente en la dirección de que el estrato “espiritual” del ser humano, es la *única* dimensión respecto de la que es *posible* pensar normas jurídicas de conducta y conceptos de acción (injusto) y de culpabilidad; y también en sentido similar, en este caso desde el punto de vista procesal, el sorprendente y muy riguroso opúsculo de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Enjuiciamiento*, pp. 26 ss. y 35 s., afirmando que el proceso “se compone de una serie de actos o actuaciones, concebidos como *manifestaciones de voluntad*, atinentes a su marcha y finalidad, que sólo pueden emanar de seres *racionales*” (p. 26, cursiva mía) y que, por esto, un proceso “relacionado con la *responsabilidad penal de las*

Y que esto es así, se explica, en definitiva, porque al substrato real de la persona jurídica en cuanto tal le falta absolutamente toda propiedad con potencial adecuado para realizar u omitir *acciones* y, por consiguiente, como es obvio, para obrar de modo culpable en el sentido del Derecho penal, porque como ha dicho Jakobs, después de haberse dado cuenta de lo erróneo de su primitiva postura, clara y contundentemente y ahora con toda razón, por parte de “la persona jurídica misma no puede darse ninguna desautorización de la norma”, pues ella “no puede desempeñar el rol de un autor, en el sentido del Derecho penal, por carecer de una dotación suficiente para ello”⁵⁴, y porque “el concepto de culpabilidad, que se desarrolló para las personas naturales, cuya identidad se establece por medio de la unidad de la conciencia atribuida a ellas, no se puede extender o torcer de tal modo que comprenda también a las personas jurídicas, cuya identidad se garantiza por medio de su constitución”⁵⁵.

d) Naturalmente, a la conclusión negativa descrita se llega sólo —y sólo a ella tendrá que llegarse necesariamente— si no se ignora o elude, y se respeta el *minimum minimorum* permanentemente válido del saber jurídico y si se respetan también las estructuras del mundo para el que se construyen los conceptos jurídicos que tienen que operar en él. Si, por el contrario, como plantea expresamente y hace de hecho Zugaldía, se prescinde de aquél saber (de la Dogmática) en tanto en cuanto represente un obstáculo que impida llegar al fin inicialmente querido y pretendido a toda costa, de hacer a la persona jurídica un sujeto jurídico-penal completo⁵⁶, así entonces sí quedará allanado el camino para elaborar ya *cualquier* construcción de una responsabilidad penal de la persona jurídica diferente en sus contenidos y en su estructura a la del ser humano, pero así no será menos cierto también que semejantes constructos ya no serán admisibles por diversas razones que el espacio disponible aquí me impide exponer, pero de las que ya he dado cuenta en otro lugar al que me remito⁵⁷. No obstante, sí quiero dejar aquí meramente apuntado lo siguiente: a) que es evidente que Zugaldía es absolutamente fiel a su propuesta inicial y, como también hace toda la doctrina que va en su misma dirección, desde luego prescinde ostensiblemente de la Dogmática jurídico penal, lo que ya es por sí mismo criticable y rechazable, pero la cuestión es que no sólo prescinde de aquélla, porque en realidad de lo que prescinde es de la teoría general del Derecho y de las Dogmáticas del Derecho civil, del mercantil y de Derecho público; y b) que proponer prescindir de la Dogmática y luego hacerlo efectivamente, es el indicio más claro de que lo que Zugaldía plantea en *su* punto inicial, no es la

personas morales o jurídicas” (cursiva del autor), estaría más próximo a “los procesos contra animales” que a “los seguidos contra personas físicas” (p. 35).

⁵⁴ Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 571.

⁵⁵ Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 570.

⁵⁶ Véase de nuevo la cita de ZUGALDÍA al respecto, *supra* nota 43.

⁵⁷ Véase GRACIA MARTÍN, Foro FICP 2015-2, pp. 171 ss.

pregunta que según él mismo sería la correcta —y que sin duda lo es— acerca de si es posible construir conceptos de acción y de culpabilidad válidos para la persona jurídica, sino que lo que en la realidad pone en su punto de partida es su previa toma de postura favorable absolutamente *apriórica* que le lleva finalmente a afirmar categórica y apodícticamente —insisto, *ya en su punto de partida y antes de cualquier verificación*—, y le cito textualmente, que “*¡existen! también unos conceptos de acción y de culpabilidad propios de la persona jurídica*”⁵⁸ y que luego tiene que hallar y definir como sea⁵⁹.

2. Volviendo a lo inicialmente dicho en el núm. 1 de este epígrafe, la cruzada antidogmática para poder sortear o eludir los obstáculos insalvables que imposibilitan fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, ciertamente ha ido ganando terreno a pasos gigantescos, y hasta el punto de que los ejércitos que la han librado y la continúan librando con sus generales al frente, pueden hoy entonar una marcha triunfal para conmemorar las indiscutibles victorias que han logrado con su palabrería político criminal producida a distancia de la Ciencia del Derecho y articulada por ello en un vacío de saber jurídico científicamente fundado⁶⁰. Todos los intentos de construcción tienen en común el terminar colgando a los constructos que fabrican para la persona jurídica los nombres o las etiquetas categoriales del delito: acción y culpabilidad, y los de pena o medida de seguridad para las consecuencias jurídicas del supuesto “delito de la persona jurídica”, y se diferencian en los procedimientos de construcción de aquellos. El fundamentalismo punitivista de la persona jurídica utiliza dos modelos de procedimiento orientados al fin de la apertura de accesos a la punibilidad para aquélla, si bien debido a sus perceptibles solapamientos, incluso terminológicos, no es posible determinar ninguna línea divisoria clara entre ellos.

3. a) El primer modelo, propuesto sobre todo por Tiedemann, es el de la *analogía*⁶¹. Influido por la tesis de v. Liszt más atrás expuesta⁶², y a partir del supuesto

⁵⁸ Véase ZUGALDÍA, Responsabilidad, p. 61.

⁵⁹ Lo cual no es de extrañar en absoluto, pues el *apriorismo* es precisamente la actitud propia y típica de las doctrinas proclives a ver en la persona jurídica un ser místico y misterioso dotado de todas las propiedades y atributos imaginables; véase en ese sentido FERRARA, Teoría, p. 158, donde califica al proceder de la teoría orgánica como un “defecto de método” por “operar sobre conceptos apriorísticos ... en vez de partir de fenómenos de la vida”.

⁶⁰ Cfr. supra nota 48.

⁶¹ También considera que la responsabilidad de la persona jurídica debe fundamentarse de un modo análogo a la del Derecho penal individual HEINE, Verantwortlichkeit, pp. 256 ss., 271 ss., pero véase *infra* el siguiente apartado 4 y nota 71. Es preciso advertir que en un principio TIEDEMANN, NJW 1988, pp. 1171 s., no ideó su modelo analógico como uno de responsabilidad propiamente “penal” de las personas jurídicas, sino como uno aplicable sólo al supuesto de hecho de la multa contravencional prevista para ellas en el § 30 OWIG. Por eso, el discípulo de TIEDEMANN que desarrolló inmediatamente su modelo, BRENDER, Verbands-täterschaft, pp. 59 ss., advirtió que únicamente podía buscarse una capacidad de culpabilidad de las agrupaciones *fuera* de las categorías del Derecho penal. No obstante, con el tiempo TIEDEMANN, EuAT⁴, pp. 164 ss. n° 374 ss., ha extendido ya su modelo al ámbito penal, y su concepto de “culpabilidad por la organización” es absolutamente dominante, pues ha sido asumido mayoritariamente por casi todos los partidarios del constructo independientemente de cuál sea el modelo constructivo que sigan.

dato de que la persona jurídica, *igual* que la física, sería destinataria de las normas de conducta —mandatos y prohibiciones— que rigen para su giro o tráfico, y de que por esto, *debe* desarrollar su actividad con observancia de dichas normas, Tiedemann deduce que la persona jurídica tiene que tener por fuerza capacidad de acción, porque una norma de conducta solo puede estar dirigida a quien tenga capacidad de cumplirla y, por esto, también de infringirla⁶³. Por otra parte, también sería posible construir un concepto de culpabilidad propia de la persona jurídica *análogo* al de la física. Su fundamento radicaría en el “defecto de organización” de la persona jurídica a consecuencia de la infracción de su “deber de autoorganización” conforme a Derecho, es decir, en la omisión de las medidas de precaución necesarias para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de su actividad (culpabilidad por la organización). Esta culpabilidad propia de la persona jurídica sería *semejante*, esto es, *análoga* a la de la persona física en supuestos como los de *actio libera in causa* o de comisión de un delito en estado de embriaguez, pues en éstos la culpabilidad no se fundamenta en el hecho lesivo mismo cometido en la situación y en el momento de ausencia de culpabilidad, sino en el hecho *anterior* de no haber tomado las medidas de precaución necesarias —por ejemplo, no embriagarse— para evitar la comisión de hechos delictivos⁶⁴.

b) Como ya hice hace tiempo en otro lugar, y a ello me remito aquí porque mi opinión al respecto es hoy la misma que entonces y en los mismos términos, el modelo de Tiedemann, si bien es muy valioso y útil para fundamentar la responsabilidad (no penal ni sancionatoria) de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones por las personas físicas que actúan para ella, es totalmente inviable para el Derecho penal y para el sancionador administrativo. Resumidamente, porque: a) a la persona jurídica únicamente se la puede someter a normas de valoración o de distribución en el sentido de Joseph Esser⁶⁵, pero no a normas de conducta (de determinación) precisamente porque no tiene capacidad de acción y no

⁶² Cfr. *supra* II.2.a)

⁶³ Véase TIEDEMANN, NJW 1988, pp. 1171 s.; EL MISMO, Strafbarkeit, pp. 45 ss.; EL MISMO, EuAT⁴, p. 164 n° 374; en el mismo sentido BRENDER, Verbandstäterschaft, pp. 117 ss.; DANNECKER, GA 2001, p. 111; e inexplicablemente HIRSCH, Straffähigkeit, p. 10; considera también que la persona jurídica es destinataria de normas de conducta SCHROTH, Unternehmen, pp. 13 ss., y asume la tesis de éste VOGEL, StV 2012, p. 429. En la doctrina española, véase ZUGALDÍA, Responsabilidad, pp. 61 s. Los dos primeros autores entienden que el hecho de que la persona jurídica tenga que llevar a cabo su actividad necesariamente por medio de acciones de sus órganos y representantes no supone obstáculo alguno para fundamentar la capacidad de acción propia y la autoría de aquélla, y para vencer la posible objeción de que con esto se estaría fundamentando una responsabilidad penal por el hecho ajeno, argumentan que el supuesto es *análogo* a los de autoría mediata y coautoría de las personas físicas, en los cuales se imputan al coautor o al autor mediato hechos que no han realizado ellos mismos, sino otro coautor o el instrumento respectivamente; así TIEDEMANN, NJW 1988, p. 1172; EL MISMO, Lecciones, p. 234; BRENDER, Verbandstäterschaft, p. 58.

⁶⁴ Véase TIEDEMANN, NJW 1988, pp. 1172 ss.; EL MISMO, Strafbarkeit, pp. 48 ss.; EL MISMO, EuAT⁴, pp. 164 ss. n° 375 ss.; BRENDER, Verbandstäterschaft, pp. 108 ss.; y en la doctrina española, véase en el mismo sentido CUADRADO, RJCL n° 12, pp. 137 ss.; ZUGALDÍA, Responsabilidad, pp. 92 ss.

⁶⁵ Véase JOSEPH ESSER, Grundbegriffe, pp. 136 ss., especialmente 138 s.; también ARMIN KAUFMANN, Normentheorie, pp. 70 s., 127 y 264 ss.; y GRACIA MARTÍN, Fundamentos, pp. 84 ss.

puede infringirlas⁶⁶; b) el defecto de organización de la persona jurídica no tiene nada que ver con la culpabilidad en ningún sentido, pues no es más que un “estado” objetivo resultante de infracciones de deberes de organización que sólo cometen las personas físicas que sirven a la jurídica, y que son las únicas destinatarias de las normas *de conducta* que los imponen; y c) respecto de la persona jurídica misma, el defecto de organización no puede entenderse nada más que como un injusto puramente objetivo contrario a las norma de valoración⁶⁷. A lo anterior quiero añadir ahora que la construcción de Tiedemann no se ajusta en nada a las reglas de la analogía, pero como éstas las iré invocando al hilo de mis críticas a las otras construcciones, me remito a lo que diré respecto de la analogía en cada momento de lo que sigue⁶⁸.

4. La mayoría de la doctrina punitivista de la persona jurídica, trata de construir un sistema de responsabilidad penal (en) *paralelo* al de la persona física con “las mismas” categorías dogmáticas, pero “revisándolas” para “adaptar” o para “modular” sus contenidos y sus estructuras hasta donde lo requieran la naturaleza del ser y el modo de funcionar propios de la persona jurídica⁶⁹.

a) A diferencia del modelo anterior, que trata de desenvolverse con el método auténticamente *jurídico* de construcción de conceptos mediante la analogía creadora de Derecho, si bien estirándolo más allá de lo que permiten sus reglas, los que vamos a exponer a continuación operan de un modo totalmente libre y arbitrario, y construyen así conceptos “paralelos” o simplemente diferentes únicamente por medio de síntesis completamente ligadas *a posteriori* con los más variados y plurales elementos —reales o inventados—, y una vez formulados aquéllos, los presentan con las etiquetas categoriales de la teoría del delito apostilladas con signos distintivos propios como los de “paralelos”⁷⁰, “funcionalmente análogos”⁷¹, o “equivalentes funcionales”⁷² a la acción y a la culpabilidad de la persona física. A la consecuencia

⁶⁶ Véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, pp. 63 ss.

⁶⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, pp. 68 s.

⁶⁸ En todo caso, véase ahora SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 4, negando con razón que la construcción de TIEDEMANN sea una realmente analógica.

⁶⁹ Esta es la vía emprendida y desarrollada con esa expresa denominación en la doctrina alemana sobre todo por HEINE, *Verantwortlichkeit*, pp. 271 ss. y 310 ss.; EL MISMO, *Responsabilidad*, pp. 66 ss.; CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder^{27a}, comentario previo al § 25 n° 129 = HEINE, Schönke/Schröder^{29a}; VOGEL, StV 2012, pp. 430 ss., quien habla de un “paralelismo de mínimos” (*Mindestparallelität*) con el Derecho penal tradicional de la persona física; en la doctrina española, de *lege ferenda* antes de la regulación legal vigente introducida por la L.O. 5/2010, véase ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, pp. 86 s.; EL MISMO, CPC (53) 1994, pp. 620 s. Como la tentativa inidónea, que tiene los grados absoluto y relativo, la de la pretensión de construir un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica alcanza el grado de absolutamente inidónea en la declaración de GÓMEZ TOMILLO, *Introducción*², p. 31, de “la necesidad de mantener un concepto de delito *idéntico* para personas físicas y jurídicas”.

⁷⁰ Así HEINE, en Schönke/Schröder^{29a} 2014, comentario previo al § 25 n° 129.

⁷¹ Así HEINE, *Verantwortlichkeit* 1995, pp. 271 ss. y 310 ss.

⁷² Así por todos GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad*, pp. 52 s., y extensamente todo el capítulo V, pp. 201-300 *passim*, y en concreto, para el equivalente funcional de la acción pp. 229 ss., y para el de la culpabilidad, pp. 262 ss.

jurídica, en cambio, ya no se la adjetiva, sino que se la llama “pena” sin más, del mismo modo que si a capricho, o queriendo ponerse como César por encima de la Gramática, se tuvieran ocurrencias como las de llamar sin más, purasangre inglés, al pobre asno de Buridán; corcel, al rocín flaco de nuestro universal ingenioso y enjuto hidalgo de adarga antigua y sayo de velarte; o para utilizar la gracia popularizada del famoso spot publicitario, llamar animal de compañía a un pulpo.

b) En cuanto a los *contenidos*, el modelo de la analogía y el de los sistemas paralelos, comparten el rechazo generalizado del llamado sistema de “transferencia”, caracterizado por que a la persona jurídica se le *imputan* la acción y la culpabilidad de la persona física autora del hecho, pues dicho sistema —se dice— da lugar a una responsabilidad por el hecho “ajeno” que es incompatible con el principio de culpabilidad⁷³. Por eso, partiendo de la falsa creencia de que puede haber otra posibilidad —falsa porque no hay ninguna en absoluto—, ambos modelos convergen también en el intento de fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho *propio* (por su acción y culpabilidad *propias*), y en un ejercicio de menosprecio de la advertencia de Inmanuel Kant, tratando de hacer realidad que el César se ponga por encima de la Gramática, no se tiene ni el mínimo empucho en llamar hecho *propio* de la persona jurídica a la acción, al dolo y a la imprudencia *de la persona física* autora del hecho real que meramente se le *imputan* a la jurídica nada más que *como si* fueran —porque realmente *no son*— propios de ella⁷⁴; y del mismo modo, se llama culpabilidad *propia* de la persona jurídica al

⁷³ En este sentido véase por ejemplo, DOPICO, *Personas jurídicas*, p. 18 n° 162-163, y respecto del Derecho sancionador administrativo, véase REBOLLO PUIG, *Potestad*, pp. 609 y 610 s.

⁷⁴ Así, entre otros muchos, y cada uno con diferentes explicaciones, véase por ahora, por ejemplo, en la doctrina alemana —inconsecuente e inexplicablemente— HIRSCH, *Strafffähigkeit*, pp. 10 ss., afirmando que la acción de la persona jurídica es una “forma del actuar *propio por medio de otro*” (p. 10), y que en paralelo a la culpabilidad individual, también en las agrupaciones se da el “fenómeno de la culpabilidad de la agrupación” (p. 16); en la doctrina suiza ROTH, *Responsabilidad*, pp. 184 ss., para quien “la persona jurídica o la empresa tienen los medios para forjarse una voluntad colectiva y concretizar *esta voluntad en actos*” (p. 194) y “en el nivel de los principios, nada se opone al reconocimiento de una *culpabilidad de empresa*” (p. 195). En la doctrina española, por ejemplo, DOPICO, *Personas jurídicas*, p. 18 n° 162-163; pero aquí el clímax lo alcanza ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 73 ss., y 75 ss., pues para él se trata de “valorar el soporte humano en su justa medida fijando los criterios (normativos) de imputación que permitan poner a cargo de la persona jurídica, como *propio* de ella, el comportamiento llevado a cabo en su seno *por una persona física*” (p. 74), es decir, que la responsabilidad propia de la persona jurídica consiste en una “*transferencia* de responsabilidad (o de responsabilidad por contaminación) *de la persona física a la jurídica*” (p. 75); de este modo la persona jurídica actúa con dolo cuando se le pueda *imputar* “el conocimiento poseído por las personas competentes” (p. 90) y su culpabilidad propia trae su causa de “la actitud reprochable del autor (el defecto de organización)”, porque es esa actitud “lo que permite *imputar* a la persona jurídica *el hecho* ilícito (de conexión o de referencia), *realizado por una persona física*” (p. 92). Es realmente asombroso cómo al mismo tiempo que se reniega del modelo de la transferencia, se defiende uno en el que todo aquello a lo que se llama *propio* de la persona jurídica es justamente lo que ha hecho la persona física y que luego le es *transferido* a la jurídica, es decir, es realmente insólito cómo a algo absolutamente “ajeno” se lo transforma y convierte en “propio” de la persona jurídica en virtud de una simple y sencilla “imputación” a ésta. Sin embargo, y afortunadamente, disponemos del auxilio del gran KELSEN para salir del asombro gracias a la comprobación de que semejante transformación es simplemente imposible, pues como nos enseña el máximo artífice de la teoría pura del Derecho “referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es *imputar* dicho acto a la comunidad misma”, pero siendo esto sí, lo

estado de desorganización de ésta⁷⁵, es decir, a un estado que obviamente no ha podido resultar ni de la escritura constitutiva de la sociedad, ni del asiento en el Registro mercantil, ni tampoco de la masa patrimonial de elementos y bienes materiales o incorpóreos de la organización, como la maquinaria, los edificios, los ordenadores, etc., y que no hay otra posibilidad de definir más que como el “resultado” exclusivamente de las infracciones dolosas o imprudentes, y en su caso culpables, de las normas de organización, realizadas *por las personas físicas* que actúan para la jurídica en el ejercicio de sus funciones en sus correspondientes ámbitos de competencia⁷⁶.

5. En la doctrina española, Gómez-Jara ha tratado de vencer a la disfasia lingüística de ese llamar “propio” a lo que es inequívocamente ajeno y sólo es imputado *como si* fuera propio, y para ello ha intentado construir con métodos funcionalistas sistémicos una responsabilidad penal verdaderamente *propia* de la persona jurídica, pero como no podría ser de otro modo, su intento resulta estrepitosamente fallido con certeza ante la Ciencia *jurídica*⁷⁷.

que no hay que perder de vista es que “ésta es, sin embargo, *otra* especie de imputación, *diferente* de aquella a que nos referimos al tratar el problema de la *imputabilidad* como capacidad jurídica de cometer un *acto violatorio*”; véase KELSEN, Teoría general, p. 116 (cursiva mía); KELSEN, Teoría general, p. 125: “es este un caso de responsabilidad vicaria o indirecta”; según KELSEN (loc. cit., p. 82), la responsabilidad colectiva es *siempre* y sin excepción, absoluta, esto es, vicaria; véase también RECASENS, Filosofía, p. 268, “la colectividad no es una realidad sustante, con conducta propia; *no hay más conducta* que la que realizan *los individuos*”. En el mismo sentido de que *todo* sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica es sin excepción uno de *imputación* o de *transferencia*, sin que haya ninguna otra posibilidad, véase SCHÜNEMANN, LK^{12a}, comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840; EL MISMO, ZIS 1/2014, p. 4; ROXIN, AT I^{4a}, § 8 C n° 63, p. 264; ROBLES PLANAS, Diario La Ley n° 7705, 29 Sept. 2011, p. 5, advierte con razón que el llamado “modelo de la «culpabilidad propia» de la persona jurídica no es más que una variante refinada del modelo de la transferencia o de la atribución”; véase también ROBLES PLANAS, In Dret 2/2009, p. 5; y en el mismo sentido, BOLDOVA, EPC n° 33 (2013), pp. 232 s. y 237 s., al decir con razón del modelo —sólo así “llamado” y, por ello, “falso”— de autorresponsabilidad, que en él todo lo que “finalmente se imputa a la persona jurídica es ontológicamente ajeno a ella” (pp. 233); EL MISMO, en PG, p. 335; BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, pp. 277 y 287: “a la persona jurídica no se le puede atribuir la autoría directa del delito, así como tampoco la autoría mediata ni la coautoría” (p. 277), pues “su responsabilidad está basada en hechos ajenos” (p. 287). En el mismo sentido véase FGE, Circular 1/2011, apartado III.1, y Circular 1/2016, apartado 2.1.

⁷⁵ Véase sólo ZUGALDÍA, Responsabilidad, pp. 92 ss.

⁷⁶ Véase ahora en este sentido solo SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 4 s.

⁷⁷ En justicia, tengo que manifestar aquí que pese a su fracaso, la obra de GÓMEZ-JARA, *sí* merece un respeto científico, pues a diferencia de casi todas las demás en que se trata de fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, él *sí* dota a sus afirmaciones de una argumentación suficiente, y sobre todo no elude —sino que entra de lleno en— el debate con los argumentos contrarios; véase GÓMEZ-JARA Culpabilidad, pp. 77, 82 ss., 109 ss., 118 ss., y 128 ss., quien advierte con razón que “representa un error considerable prescindir de las serias objeciones planteadas por la dogmática a la responsabilidad penal empresarial” (p. 77). Por eso, a GÓMEZ-JARA no se le puede objetar nada en el plano de la actitud científica, sino sólo en el del método que utiliza y en el de los resultados a los que llega, los cuales son exclusivamente sociológicos y para nada jurídicos; por lo demás, también creo que algunos de los materiales *sociológicos* que proporciona la investigación de GÓMEZ-JARA son valiosos y aprovechables para formar la base *prejurídica* sobre la que debe construirse con el método jurídico la responsabilidad *civil* y sobre todo la *administrativa policial* de la persona jurídica —absolutamente en ningún caso *penal* ni *sancionatoria*— por la comisión de hechos delictivos e infracciones por las personas físicas relacionadas con ella y que actúan para ella.

a) Partiendo de la idea y de la propuesta anterior de Silvina Bacigalupo, de reconstruir primero al “sujeto” del Derecho penal, para vincular después las categorías penales de acción y de culpabilidad a elementos propios del substrato de ese sujeto reconstruido⁷⁸, entiende Gómez-Jara que el Derecho penal tiene que partir no del individuo empírico, sino de la *persona* como construcción del sistema jurídico⁷⁹, y anuncia que a partir de dicho entendimiento va a *intentar* “desarrollar el concepto de persona jurídico-penal de tal forma que incluya bajo su seno tanto a individuos como a organizaciones empresariales”⁸⁰. Pero si fuese cierto que el sujeto del Derecho penal fuera la “persona”, entonces el autor español debería haber caído en la cuenta de que el concepto de “persona” comprende ya *per deffinitionem* tanto a la física como a la jurídica⁸¹, y en que ya sólo por esto su *intento* tenía que ser uno *ex ante* tan baldío e inútil como lo sería, por ejemplo, el de elaborar un concepto de batracio que comprenda a la vez a ranas y a sapos a pesar de que aquél ya está definido desde hace mucho tiempo en la taxonomía zoológica con esa inequívoca extensión. No obstante, Gómez-Jara procede lógicamente desde su errónea premisa a construir para la persona jurídica (empresa) “equivalentes funcionales” a la acción y a la culpabilidad de la persona física⁸², que serían *proprios de ella* porque sus objetos estarían ya dados en el substrato mismo de la persona

⁷⁸ Véase SILVINA BACIGALUPO, Responsabilidad, pp. 31 s., y especialmente pp. 354 ss.

⁷⁹ Véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, pp. 221 s. Que interpreta inicialmente en el sentido sociológico de LUHMANN como construcción social en el proceso de la comunicación social, pero termina identificándolo finalmente con la *paráfrasis* de JAKOBS del concepto de persona de KELSEN, como “haz de derechos y deberes, como un estatus, como un punto fijo de expectativas, el cual —por lo que se refiere a los derechos— permite ciertas libertades y —por lo que se refiere a los deberes— recorta la libertad en torno al cumplimiento de los deberes”; véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, pp. 225 s. El concepto de “persona” desvinculado del ser humano (individuo) y superpuesto a éste, que define JAKOBS como “destino de expectativas normativas correspondientes a roles”, es uno substancialmente coincidente con el de KELSEN y, en todo caso, tiene la misma raíz; véase JAKOBS, Sociedad 1996, pp. 30 s., 50, 53, 72 ss. y 80 ss.; JAKOBS, Idea de la normativización, pp. 69 s.; EL MISMO, Obligación jurídica, pp. 18, 39, 47 s.; EL MISMO, FS Lüderssen, pp. 560 s.; siguiendo a JAKOBS, véase PAWLIK, GA 1998, p. 369. Véase KELSEN, Teoría general, pp. 111 ss.: “la persona física (o natural), como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes y derechos, sino simplemente una personificación de esos derechos y deberes” (p. 111).

⁸⁰ Véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, p. 230.

⁸¹ No creo que esta cuestión esté necesitada de ninguna argumentación; además de la cita de KELSEN hecha supra en la nota anterior, véase a mayor abundamiento KELSEN, Teoría general, pp. 109 ss.: “hombre es un concepto de la biología y de la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales; *persona* es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas” (p. 111); KELSEN, Teoría pura, p. 184: “la denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes”, y “*en este sentido*” —concluye KELSEN— “la llamada persona física es una persona *jurídica*”; RECASENS, Filosofía, p. 261, “lo que funciona como persona física en el área del Derecho no es la plenitud del sujeto individual con su propia e intransferible existencia, sino tan sólo ciertas dimensiones genéricas y comunes, objetivadas y unificadas por el ordenamiento jurídico”, de modo, pues, que “la personalidad jurídica individual está constituida por esa objetivación unificada que el ordenamiento jurídico ha construido con unas determinadas calidades genéricas y funcionales (las calidades de ciudadano, comprador, contribuyente, hijo, marido, testador, heredero, etc., etc.)”.

⁸² Cfr. sobre el método de los equivalentes funcionales GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, pp. 52 s.

jurídica misma. Y así, la “capacidad de autoorganización” de que, según el autor, estaría dotada la persona jurídica misma sería el equivalente funcional de la capacidad de acción⁸³, y la “libertad de autoorganización o de autoadministración” de que también estaría dotada la persona jurídica misma, sería el equivalente funcional de la capacidad de culpabilidad⁸⁴, la cual se actualizaría como culpabilidad mediante un ejercicio de la libertad de autoorganización de modo contrario al Derecho, y que así generaría una “cultura empresarial de infidelidad al Derecho”⁸⁵.

b) Exponer una crítica detallada de la construcción de Gómez-Jara, requeriría de un espacio que desbordaría al aquí disponible, pero sí se puede decir en síntesis lo siguiente⁸⁶:

aa) En general, y sin perjuicio de reconocer como ya he dicho antes⁸⁷ el mérito y el esfuerzo de Gómez-Jara por elaborar y construir un material prejurídico —en este caso de carácter sociológico—, que sin duda resulta muy valioso y útil para la Ciencia jurídica, hay que decir ya —y esto tendría que ser objeto de otro debate—, que la Ciencia *jurídica* debe liberarse de una vez por todas y para siempre del intrusismo usurpador de su método jurídico por el sociologismo⁸⁸, y en particular por el llamado

⁸³ Véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, pp. 228 ss.

⁸⁴ Véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, pp. 278 ss.

⁸⁵ Véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, pp. 270 ss., 286 ss.

⁸⁶ Véase mi crítica relativamente extensa al equivalente funcional de la culpabilidad construido y propuesto por GÓMEZ-JARA, en GRACIA MARTÍN, Foro FICP 2015-2, nota 244 de pp. 215 s.

⁸⁷ Cfr. *supra* notas 49 y 77.

⁸⁸ En este sentido, véase ya QUINTANO, ADPCP 1957, p. 290, quien advirtió hace más de medio siglo sobre “la intrusión del sociologismo en el Derecho” y especialmente acerca de cómo “en ninguna rama de él los estragos han sido tan visibles como en el penal, donde la tónica confusionista es casi la regla” con “una mezcla inconsiderada de conceptos”. Por eso, hay que rechazar con toda contundencia afirmaciones como las de NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 22, quien pretende rechazar el concepto *jurídico* de peligrosidad objetiva de la persona jurídica como fundamento de su responsabilidad no sancionatoria, con el inadmisibles argumento de que mantener esto supondría “desconocer las aportaciones de la criminología, la sociología y la organización empresarial”, ignorando así que aquel concepto es uno elaborado primariamente con los conocimientos precisamente de *esas tres disciplinas* y luego transformado en concepto *jurídico*. Por esto, la Ciencia jurídica no puede pasar por alto ni permanecer indiferente ante semejante opinión absolutamente infundada de Nieto, respecto de la cual hay que decir en su contra todo esto que la desvirtúa completamente: a) que el concepto de peligrosidad objetiva y otros similares, está construido inequívocamente, y sin la mínima duda, sobre la base precisamente de todas aquellas aportaciones a las que remite NIETO, las cuales no son desconocidas sino al contrario muy bien conocidas por quienes formulamos dicho concepto; b) que esto lo podrá corroborar todo el que se preocupe de conocer el origen del concepto *jurídico* de peligrosidad objetiva, el cual fue elaborado y formulado técnicamente en 1958 por R. SCHMITT, *Strafrechtliche Massnahmen*, pp. 135 s., 200, a partir, en primer lugar, y como dice expresamente el autor citado, del criterio puramente *sociológico* del “abuso del poder de la agrupación” (p. 135), y en segundo lugar con base —como dice R. SCHMITT literalmente— en “los progresos de la *Criminología* que permiten (hacer) un pronóstico de peligrosidad también con base en otras circunstancias de hecho” distintas a una acción cometida por un individuo (p. 200); c) y para que no falten también las aportaciones de la “organización empresarial” invocadas por NIETO, que BERND SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 9 s., 13 s. 15 s., 19 ss. y 30 ss., coloca en el punto de partida de su investigación precisamente, y en primer lugar, a los conocimientos de la *Criminología* (pp. 13 ss.), y en segundo lugar —con gran extensión— a todo el aparato conceptual de la “sociología de la organización” empresarial (pp. 30 ss.), y que son estos conocimientos criminológicos y sociológicos previos los que tiene en cuenta para desarrollar luego con el método jurídico más exquisito los fundamentos y los límites de las consecuencias jurídicas *no penales* aplicables a la empresa, siendo el “estado de necesidad” de defensa de los bienes jurídicos (por tanto el peligro objetivo) el punto arquimédico

funcionalismo sistémico que ya le ha hecho demasiado daño⁸⁹, porque casi todo lo que éste proporciona no son más que metáforas en el metanivel del lenguaje que no tienen ninguna o que tienen muy poca correspondencia material con el nivel empírico de los objetos del mundo real que interesan al Derecho, entrando con este mundo real a menudo en una clara contradicción frontal⁹⁰ que es fuente de una muy alta peligrosidad política⁹¹. Esto es así porque como ya nos enseñara Radbruch, si bien es cierto que “con los conceptos jurídicos relevantes, la construcción conceptual jurídica se apoya en conceptos precientíficos (porque) la materia de la Ciencia jurídica no es el conjunto amorfo de datos, sino una realidad previamente formada por conceptos precientíficos o científicos extrajurídicos”, y por esto “la Ciencia del Derecho es en gran parte elaboración conceptual de segundo grado que debe sus conceptos a una previa elaboración científica extrajurídica”, sin embargo no es menos cierto y debe estar absolutamente “claro que la Ciencia del Derecho no adopta a ningún concepto científico extrajurídico *sin transformarlo* al mismo tiempo”⁹².

del supuesto de hecho que fundamenta y legitima aquellas consecuencias para nada vinculadas a la culpabilidad; y d) que lo que sí representa un error muy grave e intolerable es “desconocer” la Ciencia y el método jurídicos cuando lo que se pretende es crear *Derecho* y no algo distinto a éste, como es todo lo que resulta de aquellas otras disciplinas en cuyo ámbito parece querer quedarse NIETO, porque con un solo paso adentro de la Ciencia jurídica, habría podido percatarse de que la construcción de una tercera vía de medidas *penales* como la que él propone para la persona jurídica no puede ser en absoluto asimilada por la Ciencia *jurídica*, tal y como ya lo advirtió así el propio R. SCHMITT (loc. cit., p. 135), al decir claramente que “seguramente el abuso del poder de la agrupación es tan correcto *como criterio sociológico*, como difícil de transformar en criterio *jurídico*”.

⁸⁹ Véase en este sentido, por ejemplo, particularmente GIMBERNAT, LH Schünemann I, pp. 289 s., advirtiendo que frente a la concepción *jurídica* normativa de la imputación objetiva, JAKOBS ha introducido criterios *sociológicos*, concretamente la teoría de los roles de LUHMANN, y que “al sociologizar la imputación objetiva, da entrada a unos criterios difusos y racionalmente incontrolables”, por lo que JAKOBS, ciertamente, “no ha prestado ningún buen servicio” al desarrollo de la teoría de la imputación objetiva.

⁹⁰ Véase la crítica de SCHÜNEMANN, ZStW 2014, pp. 10 s. y *passim*, a la “semántica de la conducta” de JAKOBS.

⁹¹ Pues como dice ZAFFARONI PG^{2a}, p. 387, cuando en el Derecho no se respetan los límites ónticos, los conceptos que se construyen así resultan perversos porque no son más que invenciones de “lo que en el mundo no existe”, y porque “al inventar el mundo lo único que se puede obtener es una coherencia interna del discurso, pero nunca se sabrá cuál es su función y, por lo tanto, no podrá ser dotado de intencionalidad (teleológica), o sea saber *a dónde va políticamente*”; por lo demás, como advierte ZAFFARONI PG^{2a}, pp. 386 ss., la necesidad de respetar datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen en la realidad social los objetivos político-criminales en función de los cuales se construye el concepto jurídico, porque representaría “una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad” (p. 386) —o afirmando la presencia de datos inexistentes—, y porque así se “caería en la ilusión o en la alucinación”, y esto “equivaldría a inventar el mundo mismo” dando lugar a “un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, *al servicio de cualquier objetivo político*” (p. 387). Sobre los peligros de extensión ilimitada de los conceptos jurídicos en virtud de su arbitraria construcción al margen de la analogía, véase PHILIPPS, Rechtsbegriffe, pp. 91 ss. Véase además ZAFFARONI, PG^{2a}, p. 476, donde advierte que “la transferencia sin límites del concepto de rol de una disciplina descriptiva a una normativa es metodológicamente incorrecta y *políticamente peligrosa*”; y a mayor abundamiento, sobre la gran amenaza de aniquilación del Estado de Derecho que representa el funcionalismo sistémico, véase ZAFFARONI, PG^{2a}, pp. 346 ss., y en particular p. 350, donde advierte que “se trata de un discurso que lleva la ficción de modernidad realizada hasta el límite de lo antimoderno, llegando a ser *antiilustrado*”.

⁹² RADBRUCH, Rechtsphilosophie^{2a}, pp. 114 s.

bb) De ningún modo se puede afirmar seriamente que la “persona” es el sujeto del Derecho penal ni de cualquier otro orden sancionador de infracciones de normas de *conducta*. Esto debería estar claro para todo el que conozca y respete la irrefutable demostración de Ferrara de que la personalidad, es decir, la persona sólo “es una *forma jurídica*” y de ningún modo “un *ente en sí*”⁹³. Sólo el ser humano empírico de carne y de hueso, el *homo phenomenon* kantiano, puede ser pensado como sujeto de todo orden jurídico sancionador, y especialmente del punitivo⁹⁴. Pues —sintetizando—, si la persona no es más que “la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan *a uno y el mismo hombre*”⁹⁵; y si la persona como conjunto —o haz— de deberes y de derechos, no es más que el concepto técnico jurídico mediante el que se expone la personificación de esos derechos y deberes, pero no el ser humano mismo “*cuya conducta constituye (precisamente) el contenido de tales deberes y derechos*”⁹⁶; de todo esto no puede resultar nada más que el ejercicio, la abstención, el cumplimiento o el incumplimiento *reales y actuales* de los derechos y de los deberes *del individuo*, no pueden tener lugar *por medio de la persona misma* —esto sería como decir que los derechos y los deberes se realizan y cumplen o no se realizan e incumplen *a sí mismos por ellos mismos*⁹⁷— sino exclusivamente *por medio de los seres humanos empíricos* que realizan ellos mismos por sí mismos las *conductas concretas y reales* que son los contenidos de los derechos y de los deberes *imputados* a sus *personas*⁹⁸, incluyendo entre estos, por supuesto, a sus deberes en cuanto órganos o representantes de otro⁹⁹.

⁹³ Véase FERRARA, Teoría, pp. 256 ss.

⁹⁴ Pues como afirma acertadamente MAIWALD, ZStW 1966, p. 54, en Derecho penal “sujeto de la imputación es el *hombre*, si y en la medida en que actúa responsablemente”; en el mismo sentido HARDWIG, Zurechnung, pp. 117 s.; véase extensamente GRACIA MARTÍN, Horizonte, pp. 214 ss., con una detallada crítica de la tesis de que sea la “persona” el sujeto de la imputación en el Derecho penal; véase además EL MISMO, Foro FICP 2014-2, pp. 68 ss., y EL MISMO, Foro FICP 2015-2, pp. 216 ss.

⁹⁵ Véase KELSEN, Teoría pura, p. 184

⁹⁶ Véase KELSEN, Teoría general, pp. 111 ss.

⁹⁷ O para decirlo con KELSEN, Teoría general, p. 112, “tiene indudablemente un buen sentido decir que el derecho impone deberes y confiere derechos *a los seres humanos*”, pero no tiene ningún sentido “decir que el derecho impone deberes y confiere derechos *a las personas*”, porque esta absurda afirmación “equivale a la de que el derecho impone deberes *a los deberes* y confiere derechos *a los derechos*”.

⁹⁸ Véase KELSEN, Teoría general, pp. 3 s. y sobre todo pp. 110 ss.: “únicamente los seres humanos —no las personas— pueden ser pasibles de deberes y titulares de derechos, pues sólo *la conducta de los seres humanos* puede formar el contenido de las normas jurídicas”, y por esto, “la identificación del hombre con la *persona* física tiene la peligrosa consecuencia de obscurecer un principio fundamental en una ciencia jurídica libre de ficciones”. Por esta razón, hacer sujeto del Derecho penal —que se ocupa de normas de *conducta*— a la persona en lugar de al ser humano supone algo así como confundir la estática con la dinámica o la velocidad con el movimiento; y puesto que desde el punto de vista ahora del ejercicio real del poder punitivo, es aún más evidente, por ser un dato de la experiencia, que la pena se aplica al ser humano, y no a la persona, entonces, como dice SCHÜNEMANN, Ontologismo, p. 655, “el reemplazo del individuo por la persona como simple portador de un rol en Derecho penal destruye justamente su legitimación”, y “por esta razón, debe ser también rechazado”.

⁹⁹ Véase en este sentido ya FRANK, ZStW, 1917, p. 31, y sobre todo NAGLER, Teilnahme, p. 55, observando que el ordenamiento jurídico no impone deberes de obediencia a estos sujetos (sc. a órganos y representantes) “en cuanto órganos de la vida jurídica ajena”, sino “en su ser por sí mismos”, y dado que nuestra cultura jurídica no reconoce una representación criminal, la actividad de la voluntad en estos casos y,

cc) En concreto, la Ciencia *jurídica* no debería despilfarrar más tiempo en argumentar sobre evidencias tales como que la “capacidad y la libertad de autoorganización” no son conceptos referidos a un ente abstracto y místico que se organiza a sí mismo de manera autónoma con una energía propia. Pues más allá de lo fantástico y de lo poético, no se ve a qué otras realidades empíricas podrían referirse tales conceptos que no sean las siguientes: a) el de la capacidad de organización, a la *posibilidad* de constituir y de *organizar* a un colectivo que puede ser reconocido por el Derecho como *persona*, pero por cierto no como persona “colectiva”, sino como personificación de un colectivo de individuos, porque como ya advirtiera el gran Ferrara, en correspondencia con Hölder, “toda asociación resulta de determinados individuos y no tiene existencia alguna fuera de su vida”, y por esto, “no se trata de personas colectivas, sino de colectividad de personas”¹⁰⁰; y b) el de libertad de organización, a la capacidad de *elección* entre modos *alternativos* de organizar y de hacer funcionar luego al colectivo en la realidad empírica factual. Ahora bien, es evidente que tanto la existencia, como luego la puesta en práctica y la actualización real de semejante capacidad y de semejante libertad de organización, sólo pueden ser pensadas con respecto a *individuos humanos*¹⁰¹; sólo es posible llevar a cabo realmente la organización de una persona jurídica (o de una empresa) por medio de la puesta en práctica de la capacidad de acción de *individuos humanos*¹⁰², y por esto mismo, sólo individuos humanos pueden ser destinatarios de las *normas de conducta* relativas a la *organización* del colectivo de individuos y al modo de hacer funcionar luego a dicha organización en la realidad empírica, porque sólo individuos humanos pueden observar o infringir normas de conducta¹⁰³.

dd) De lo dicho resulta que absolutamente todo lo que sucede en una organización de seres humanos, tiene lugar exclusivamente a causa de las acciones y omisiones individuales de éstos, y que la “cultura empresarial” que Gómez-Jara parece ver como emanada de una fuente anónima, impersonal y mística, que se ha creado y se recrea luego a sí misma de un modo misterioso, es un concepto ya demasiado viejo¹⁰⁴ que solo se explica antropológicamente como el producto de la suma de

por lo tanto, la responsabilidad criminal, no pueden alcanzar en modo alguno al representado sino exclusivamente “al representante en cuanto individuo que actúa”; véase en el mismo sentido, JAKOBS, FS Lüderssen, pp. 566, 573 y 574; GRACIA MARTÍN, Foro FICP 2014-2, pp. 68 ss., y EL MISMO, Foro FICP 2015-2, pp. 216 ss.

¹⁰⁰ Véase FERRARA, Teoría, p. 161.

¹⁰¹ Contundentemente en este sentido GÖHLER, OWiG¹⁶, comentario previo al § 1 núm. 31: “el defecto de organización es obra humana”.

¹⁰² Véase RANSIEK, Überlegungen, pp. 297 s.: “siempre son personas naturales las que determinan la disposición criminal de la agrupación o las que la organizan mal”; igualmente SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 9.

¹⁰³ Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 4 s., 9.

¹⁰⁴ Así, ya en 1933, BUSCH, Grundfragen, pp. 113 s., 165, 185 s., advirtió que con las diferentes actividades de los miembros de la agrupación —los órganos, los funcionarios, etc.— se va creando una atmósfera, una actitud viva de la agrupación, a la cual denominó como el “espíritu normativo de la agrupación” que anima y condiciona las decisiones y actividades individuales de cada miembro de la organización, de modo

multitud de *acciones individuales* de los diferentes seres humanos que forman parte de la organización y que actúan para ella¹⁰⁵. No parece que sea necesario insistir en que conceptos como los utilizados por Gómez-Jara, que en última instancia remiten al “estado” o al “clima” *permanentes y continuados* —al contexto o al entorno concretos— en que *cada individuo* realiza sus *acciones individuales*, no tienen ni pueden tener nada que ver con el concepto de *culpabilidad por el hecho*¹⁰⁶. Sobre que esto es así, y sobre que un concepto de culpabilidad colectiva —empresarial— fundado en una supuesta “cultura infiel al Derecho” del colectivo empresarial mismo es simplemente inconcebible en todo y en cualquier plano que no sea el de las acrobacias metalingüísticas, no es posible añadir ya nada nuevo, más preciso, ni mejor a lo ya dicho y explicado por Ferrara en contra de la fantasía antropomórfica de Gierke de ver a la persona colectiva como una “unidad de vida corporal-espiritual”. Concretamente contra la pretensión de Gierke de inducir la existencia de un sujeto colectivo, de la existencia de fenómenos que, como el Derecho, la moral, el lenguaje, y en definitiva la civilización o la cultura, no podrían explicarse simplemente por una suma de fuerzas individuales porque no pueden ser producidos parcialmente por individuos aislados, Ferrara le objeta con razón que esto es inferir la existencia del sujeto colectivo “de sus efectos”, siendo así que éstos

que los delitos que cometen éstos se pueden interpretar como “expresión” de aquel espíritu normativo y, por tanto, como “delitos de agrupación”; en 1979, esta idea la retoma BERND SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 22, 26 s.; EL MISMO, *wistra* 1982, pp. 42 s., llamando al fenómeno “actitud criminal de la agrupación” (*kriminelle Verbandsattitüde*), pero entendiéndolo sólo como un *factor criminógeno* que favorece la comisión de delitos por los miembros individuales de la agrupación a consecuencia del escaso o nulo poder de resistencia del individuo integrado en la agrupación frente a la actitud colectiva —en este caso criminal— de ésta; y de manera similar, MARXEN, *JZ* 1988, p. 290, habla de una “disposición criminal de la agrupación” (*kriminelle Disposition des Verbandes*), que sería el motivo de la mayor parte de los comportamientos delictivos de los miembros individuales de la agrupación.

¹⁰⁵ Véase en este sentido SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, pp. 4 s.

¹⁰⁶ En este sentido, véase SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, p. 4: “con la expresión culpabilidad por la organización se describe un mero estado de la organización, pero no una lesión de la norma”, y la expresión “cultura empresarial marcada por la falta de fidelidad al Derecho” —semejante a la de “actitud criminal de la agrupación”— hace referencia a los actos *individuales* de organización deficiente, y no a actos de la persona jurídica misma; EL MISMO, *Constitución europea*, pp. 154 s.; ROBLES PLANAS, *InDret* 2/2009, p. 5; y BOLDOVA, *EPC* n° 33 2013, pp. 252 s. Por otra parte el elemento del substrato de la persona jurídica que fundamenta la imputación a ella de toda posible responsabilidad jurídica, es la “relación jurídica” existente entre la persona jurídica y la física que necesariamente tiene que haber realizado materialmente el hecho del que se responsabiliza a la primera, pero es evidente que una relación jurídica nada tiene que ver ni remotamente con ninguna acción ni culpabilidad propias de la persona jurídica; pues como enseña KELSEN, *Teoría general*, pp. 81 s., “cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma (...) *no es su conducta, sino su relación específica* con los autores del acto lo que constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos” (p. 81); y en todo caso, “la *responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por *persona distinta del responsable nunca* puede basarse en la *culpa de éste*” (p. 82); véase además, KELSEN, *Teoría pura*, pp. 189 ss. Por otra parte, sólo en virtud de una gruesa falta de respeto a la nomenclatura jurídica se puede explicar que se cuelguen las etiquetas de la acción y de la culpabilidad a factores de la dinámica de procesos meramente “sistémicos” que, en lo esencial, en nada se distinguen de los procesos causales desencadenados por la naturaleza, pues es evidente que aquéllos como éstos, tal y como lo advierte acertadamente SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal*, p. 283, “no tiene nada que ver con un injusto personal”; así también, véase SCHÜNEMANN, *FS Tiedemann*, p. 437; EL MISMO, *ZIS* 1/2014, pp. 2, 5-6, 11;

solamente se explican “por la vida de relación en que el individuo está con los demás hombres y por los efectos psíquicos que se determinan entre sí”, pero “no porque haya un ente misterioso colectivo que los produzca”, puesto que “toda asociación resulta de determinados individuos y no tiene existencia alguna fuera de su vida”, de modo que “no se trata de personas colectivas, sino de colectividad de personas”¹⁰⁷.

ee) Por si todo lo anterior no bastara, finalmente aún queda llamar la atención sobre la total relatividad del concepto de “equivalencia funcional”, que por sí mismo nada dice sobre las cualidades de los objetos entre los que se establece, ni tampoco sobre el *fin* específico de la función que pueda explicar la equivalencia. Si el fin se piensa *en abstracto*, entonces se podrán establecer equivalencias funcionales entre objetos absolutamente dispares¹⁰⁸, y si se piensa *en concreto*, entonces sólo será posible establecer una equivalencia funcional entre objetos “análogos”, pues de lo contrario, la equivalencia funcional que se predique no será real, sino nada más que un producto de la arbitrariedad y de la fantasía de quien la afirma¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Véase FERRARA, Teoría, pp. 160 ss.; para las citas textuales, p. 161.

¹⁰⁸ Y así, porque cumplen la *misma* función abstracta de fundamentar y de graduar sus respectivas consecuencias jurídicas, nada puede impedir afirmar, por ejemplo, que el hecho económico de la vida *constitutivo* del “hecho imponible tributario”, es el “equivalente funcional” a la acción o a la omisión *constitutivas* del “tipo de lo injusto punible”; que la “no sujeción” al impuesto es el equivalente funcional de las “causas de atipicidad”; que el hecho económico *constitutivo* de una “exención” tributaria *funciona* en el ámbito tributario, de un modo *equivalente* a como lo hacen en el Derecho penal los hechos *constitutivos* de una causa de “atipicidad” o de “justificación”; o, finalmente, que las circunstancias individuales que fundamentan determinadas “desgravaciones” personales en un tributo, son en el Derecho tributario los equivalentes funcionales de las circunstancias personales del autor que determinan la individualización de su culpabilidad y que concretan la pena en el Derecho penal, pues unas y otras cumplen en sus respectivos ámbitos *la misma función* de *concretar* la ley de la norma correspondiente —tributaria y penal respectivamente— para el caso individual, y así en el Derecho tributario con respecto a la capacidad contributiva del sujeto del tributo, y en el Derecho penal con respecto a la culpabilidad del individuo. Ahora bien, hay que insistir en que todo esto sólo puede verse y entenderse desde el punto de vista del método *jurídico* y de la Ciencia *jurídica*; quien como GÓMEZ-JARA se desenvuelva en otros campos, como el de la sociología, es evidente que no podrá captar ni comprender en absoluto esta dimensión *jurídica*, pero lo que no puede pretender así es imponer a la Ciencia jurídica conceptos sociológicos o de otra índole en cuanto tales, es decir, sin haberlos hecho pasar por los filtros del método jurídico; sobre esto *cfr.* de nuevo RADBRUCH, Rechtsphilosophie^{2a}, pp. 114 s.

¹⁰⁹ Simplemente porque como advierte ARTHUR KAUFMANN, Analogie^{2a}, pp. 10 s., una “norma” es un criterio o una pauta “para el tratamiento de lo igual y para evitar la arbitrariedad”; también SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 4. Me parece pues rechazable el método de la equivalencia funcional que sigue GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, pp. 52 s.; y en el supuesto de que en Sociología —que es el campo estricto en el que se desenvuelve— sea posible e incluso adecuado establecer correspondencias funcionales al margen del método de la analogía, lo que *sí* afirmo con toda contundencia en contra de la opinión de GÓMEZ-JARA es lo siguiente: a) que absolutamente ningún producto de la Sociología puede pretender alcanzar *por sí mismo* el rango de concepto *jurídico*; y b) que en contra de lo que él supone (*loc. cit.*, p. 52 s. y nota 79), en el *Derecho* no sólo es que *sí* resulta exacto relacionar el equivalente funcional con la analogía, sino que ello es, simplemente, *obligatorio*, pues en caso contrario, si un equivalente funcional no muestra ninguna analogía con su otro equivalente, entonces aquél ya no podrá ser aceptado de ningún modo como un concepto del *Derecho*. Por lo tanto, a la advertencia de GÓMEZ-JARA (*loc. cit.* p. 52 nota 79 *in fine*), de que “la teoría de sistemas no argumenta analógicamente, pero sí emplea el método del equivalente funcional”, hay que oponerle que dicha teoría ya puede construir así todos los equivalentes funcionales que quiera al margen de la analogía, pero que lo que no puede pretender es contaminar a la Ciencia jurídica con constructos no jurídicos, y por eso ésta tiene que reaccionar con toda energía —como yo estoy haciéndolo aquí en mi

Pues como ya demostrara Arthur Kaufmann con una validez epistemológica hasta ahora no rebatida en lo más mínimo, únicamente *la analogía* es apropiada para la correcta construcción jurídica y para la producción de auténtico conocimiento jurídico, pues “sin concordancia, esto es, en la completa heterogeneidad y total falta de reciprocidad de las cosas, no existiría ninguna posibilidad de comparación ni, con esto, de conocimiento”¹¹⁰. Por otra parte, como advierte Foucault “los enunciados diferentes en su forma, distintos en el tiempo, constituyen un conjunto si se refieren a un solo y mismo objeto”¹¹¹, y por eso hace inmediatamente la importante observación de que los conjuntos de enunciados mismos no se refieren siempre al *mismo* objeto¹¹². Y por todo lo explicado, absolutamente nada de lo existente en cualquier colectivo de personas (persona jurídica, empresa, etc.) puede verse como “equivalente funcional” de ninguna propiedad o cualidad del ser humano desde el punto de vista de los elementos categoriales del concepto del delito. Esto es así por la más absoluta imposibilidad de establecer la mínima analogía entre los substratos del ser humano y de un colectivo de seres humanos (*analogía entis*)¹¹³, pero también por la imposibilidad de establecer a partir del substrato de la persona jurídica ni una mínima *correspondencia funcional*, en el sentido de Joseph Esser¹¹⁴, con los conceptos de acción y de culpabilidad (*analogia iuris*)¹¹⁵.

condición de *jurista*— con las defensas que le proporciona el método *jurídico* para impedir su demolición por los impactos de los constructos meramente sociológicos o no jurídicos de cualquier otra especie.

¹¹⁰ Véase Arthur KAUFMANN, *Analogie*^{2a}, *passim*, especialmente pp. 21 ss., y para la cita p. 22. Véase también en el mismo sentido, SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 232, donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar exista una “comunidad” [sic.; identidad] previa”; en general, véase EL MISMO, FS-Arthur Kaufmann, pp. 312 s.

¹¹¹ Véase FOUCAULT, *L'archéologie*, pp. 45 s. (para la cita, cfr. p. 45).

¹¹² Pues por ejemplo el objeto de los enunciados médicos de los siglos XVII y XVIII sobre la locura no es el mismo objeto que se dibuja a través de las sentencias jurídicas o de las medidas policíacas; y es que simplemente: “no son los mismos locos”; véase FOUCAULT, *L'archéologie*, pp. 45 s.

¹¹³ Sobre el carácter *analógico* del Derecho, en el sentido de que todo Derecho solo puede crearse y concretarse estableciendo correspondencias objetivas *per analogiam* entre el “deber ser” y el “ser”, es decir, entre el concepto jurídico normativo y su contenido objetual, entre la valoración del objeto y el objeto de la valoración, véase ARTHUR KAUFMANN, *Analogie*^{2a}, *passim*, especialmente pp. 18 ss., 29 ss., 44 ss.: “la norma, como un deber ser, en absoluto puede producir a partir de sí misma Derecho real; (para esto) hay que añadir un correspondiente del ser (*ein Seinshaftes*)”, y por esto, “sólo se origina Derecho real allí donde norma y situación vital concreta, es decir, deber ser y ser, son puestos en correspondencia el uno con el otro”, porque “Derecho es la correspondencia del deber ser y del ser” y “correspondencia significa *analogía*” (p. 18); véase además ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*^{2a}, pp. 152 ss., pp. 156 ss.; véase también SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte*, pp. 229 s., 231 ss., donde aplica de forma modélica el método analógico a la equiparación de la omisión a la acción; en el mismo sentido me he pronunciado también para la identidad entre la acción y la omisión, véase GRACIA MARTÍN, *Delitos*, pp. 78 ss.; EL MISMO, *Comisión por omisión*, pp. 82 ss.; y más recientemente, EL MISMO, *Prólogo a M^a Ángeles Rueda*, pp. 23 ss.

¹¹⁴ Véase JOSEPH ESSER, *Principio y norma*, pp. 40 ss., 130 ss. y 442 ss. en general, y sobre el método de la *comparación funcional* a partir de los “principios estructurales”, pp. 40 ss., 430 ss., 448 ss., 453 ss. y 469 ss.

¹¹⁵ Véase Arthur KAUFMANN, *Analogie*^{2a}, p. 32, donde advierte sobre cómo no se comprende en su justa medida el concepto análogo de la persona jurídica cuando se supone que “su modo de ser sea el mismo que el de la persona natural y se deduce así su capacidad de acción, de honor y de delinquir”. A la vista de que el concepto de culpabilidad basado en el poder actuar de otro modo ha sido sumamente cuestionado, y de que la doctrina crítica con dicho concepto ha recurrido a “otros” criterios para fundamentarla y explicarla,

GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, pp. 83 s., pretende hacer valer que la fundamentación de una culpabilidad de la persona jurídica —para él de la empresa— mediante el recurso también a “otros” argumentos distintos del poder actuar de otro modo no daría lugar ni a una vulneración del concepto penal de culpabilidad ni a la “invención” de un nuevo fundamento porque —según él— lo que de tal modo se estaría haciendo sería precisamente seguir “*el mismo camino* emprendido por numerosos autores respecto de la culpabilidad individual” (las cursivas y el paréntesis son míos). Pero esta afirmación de GÓMEZ-JARA no puede convencer, pues es evidente que la totalidad de los criterios alternativos al poder actuar de otro modo que proponen los penalistas críticos como reemplazo de éste en la base de la culpabilidad o en la de su equivalente como fundamento de la pena, son criterios que, ya sean descriptivos, ya sean valorativos, tienen por objeto en todo caso a alguna condición, facultad o propiedad exclusivamente *humanas*, como por ejemplo, y dada la evidencia de ello, sin que sea preciso abundar aquí con un prolijo listado de referencias, sucede con el criterio de la “motivabilidad” por la amenaza de la pena formulado por GIMBERNAT, Estudios³, pp. 175 ss., o con el de la “capacidad de motivación normal por las normas jurídicas”, de MIR PUIG, Estado social, pp. 85 ss. y PG⁹ 2011, pp. 547 ss. Por esto, contra lo que pretende GÓMEZ-JARA, hay que decir que todo concepto de culpabilidad o de su equivalente como fundamento de la pena, que no remita *en todo caso* a un substrato humano individual, *sí* es uno completamente “inventado” y, por lo tanto, uno que *sí* vulnera el concepto penal de culpabilidad, o el de su equivalente incluso en el caso de que el criterio rector que lleve a la formulación de tal equivalente sea uno distinto y alternativo al poder actuar de otro modo (motivabilidad, capacidad de motivación normal, etc.). Por otra parte, GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, pp. 85 s., quiere fundamentar el concepto de culpabilidad con argumentos vinculados a un entendimiento concreto de la “prevención general positiva”, y así fundamentar también la culpabilidad de la empresa por la “compatibilidad de la organización empresarial con dicho fundamento” (p. 86). Pero tampoco puede aceptarse como “culpabilidad” lo que así llega a formular y a “denominar” como tal GÓMEZ-JARA. Aunque resulta ciertamente muy difícil identificar cuál sea ese entendimiento concreto de la prevención general positiva del que dice derivar la “culpabilidad” de la empresa (véase la sucinta exposición que hace en Culpabilidad, pp. 296 ss.), no hay motivo alguno para poner en duda que GÓMEZ-JARA tenga algún criterio en virtud del cual pueda establecer algún vínculo entre la “organización empresarial” y su concreto entendimiento de la “prevención general positiva”, pero sea cual sea dicho criterio, lo que *sí* puede y debe, al menos, ser puesto en duda es —a mi juicio, debe negarse rotundamente— que lo que GÓMEZ-JARA construye y quiere presentar como culpabilidad con este mismo nombre sea un concepto cuyo substrato tenga la substancia de la “culpabilidad”. Ciertamente, los límites de este espacio hacen imposible toda argumentación detallada al respecto, pero para negarle todo carácter de “culpabilidad” a la “libertad de organización de la empresa”, que GÓMEZ-JARA (lug. cit. pp. 278 ss.) presenta como el “equivalente funcional” de aquélla, y así como fundamento de la pena para la persona jurídica (la empresa), me parece suficiente la siguiente argumentación de carácter lógico-abstracto. Como hemos visto, GÓMEZ-JARA parte de la premisa de que el sujeto jurídico-penal sería en todo y en cualquier caso la “persona” comprensiva tanto de la jurídica como de la física, es decir, un sujeto con substrato carente de toda propiedad humana porque todas se han abstraído de él (*loc. cit.*, pp. 219 ss.), y si esto es así, de aquí tiene que resultar que aquella libertad de organización ya no debe poder ser entendida más que como una abstracción asimismo desvinculada de toda propiedad humana. Pero entonces, debería estar claro que una libertad de organización como esta ya no puede presentarse ni como culpabilidad ni tampoco como “equivalente funcional” de ésta. De “equivalente” funcional se puede hablar solo respecto de un objeto que, cuando se lo coloca en el lugar de “otro distinto”, tiene la capacidad de producir el mismo efecto que éste, y por esto se trata en realidad de un “sustitutivo” funcional, mientras que sería absurdo y carecería de sentido establecer una “equivalencia” funcional entre dos concreciones singulares de un “mismo” objeto: así la firma electrónica es un equivalente funcional de la autógrafa, pero sería absurdo llamar equivalente funcional de una firma autógrafa estampada a bolígrafo a otra también autógrafa pero estampada a pluma estilográfica. Pues bien, si aquella abstracta libertad de organización se predica de la “persona”, entonces tendrá que ser la “misma” para la persona jurídica y para la natural, pero en tal caso ya no podrá presentarse como un dato de la persona jurídica que sea equivalente funcional de algún otro distinto de la persona física. Dicho de otro modo: lo que hace GÓMEZ-JARA es vaciar completamente la culpabilidad de la persona física para así poder luego configurar un equivalente funcional para la persona jurídica, pero tal equivalente ya no puede serlo de la “culpabilidad” de la persona física, sino de lo que ha quedado de ésta después de haberlo vaciado. Pues si la pena se fundamenta en un concepto de imputación a la persona fundamentado en esa abstracta libertad de organización desvinculada de toda propiedad humana, entonces se destruye o se prescinde por completo del concepto de “culpabilidad” ya respecto de la misma persona natural (en sentido similar, véase sólo ROXIN AT I⁴, p. 867 n° 35, quien dice sobre las concepciones de la culpabilidad fundadas en teorías sistémicas que: “así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en

ff) En definitiva, ningún enunciado de la supuesta e imaginada responsabilidad *penal* de la persona jurídica tiene ni puede tener el “mismo” objeto que los relativos a la responsabilidad penal de la persona natural, y esto por la simple razón de que en el sustrato real de la primera no existe ni un solo elemento que pueda ser objeto de las valoraciones específicas del Derecho penal ni siquiera por analogía¹¹⁶. Pero así, por mucho que a los enunciados relativos a la responsabilidad de la persona jurídica se los resuma y denomine arbitrariamente como acción y culpabilidad propias de ella, lo único que se logra es mantener unos nombres a costa de modificar los conceptos¹¹⁷, y así dichos enunciados, recordando lo dicho por Foucault, al no tener el mismo objeto que los relativos a la responsabilidad penal de la persona natural, no pueden formar ningún conjunto con éstos ni es posible asociarles las mismas consecuencias jurídicas que a los de la responsabilidad personal del individuo humano. No obstante, tan cierto como esto es que el ser de la persona jurídica tiene sin duda aspectos absolutamente análogos a la persona natural contemplada ésta no en tanto que individuo humano, sino en cuanto personificación¹¹⁸, y por lo

una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad”), y resulta absurdo buscar un equivalente funcional de la culpabilidad para la persona jurídica porque éste, además de completamente innecesario e inútil, no será nada más que uno completamente inventado. Mas allá de esto, aún hay que insistir en que, como se dijo *supra* en nota 108, el concepto de “equivalente funcional” ni mucho menos remite siempre a una auténtica semejanza ni analogía de los términos que se contemplan como “equivalentes”. Cuando se dice que algo es un equivalente funcional de otro algo, para nada se dice con ello ni que los términos equivalentes sean ni siquiera parecidos, ni que los efectos que produce cada uno de dichos términos “equivalentes” sean los mismos. Y así, culpabilidad y peligrosidad son conceptos completamente distintos que producen también consecuencias distintas, pero nada impide afirmar que la peligrosidad es a la medida de seguridad, lo que la culpabilidad es a la pena, es decir, que una y otra tienen y cumplen la misma *función* de *fundamentar* y de ser *presupuesto* cada una de *su* respectiva, singular y diferente consecuencia; sobre esto, llamando la atención sobre los peligros políticos de los equivalentes funcionales que no tienen nada en común con el objeto respecto del cual se lo quiere presentar como “equivalente”, y en particular para el caso mencionado de la equivalencia funcional de la culpabilidad con respecto a la peligrosidad, véase ZAFFARONI PG², pp. 659 s.

¹¹⁶ Epistemológicamente hay distintas “figuras de la semejanza”. *Convenientia* es la semejanza que se establece entre objetos diferentes sólo por su “proximidad”, como por ejemplo entre un ciervo y las hojas de los árboles que se le enredan en la cornamenta. *Aemulatio* es la que se establece entre objetos distintos, y además distantes, que se “imitan” entre sí (*imitatio*), como por ejemplo entre las estrellas del cielo y las luces de una ciudad divisada por la noche desde una cierta lejanía. *Analogía* es la semejanza que se establece entre objetos diversos por la “identidad” de sus proporciones o de sus propiedades materiales en relación con algo determinado, como por ejemplo entre una tijera y un cortaúñas o entre una firma autógrafa y una digital; Sobre las “figuras de la semejanza” (epistemológicas), véase FOUCAULT, *Mots*, pp. 32 ss., donde añade a las mencionadas en el texto la de la *simpatía*. Después de todo lo dicho, no es necesario ningún despliegue argumentativo adicional para demostrar que las semejanzas que pueden establecerse entre la persona jurídica y el individuo humano no pueden ser otras que las propias de la *convenientia* y de la *aemulatio*, y de ningún modo las de la *analogía*; véase, además de la nota anterior, con numerosas referencias, GRACIA MARTÍN, Foro FICP 2014-2, pp. 39 ss., 49 ss. y EL MISMO, Foro FICP 2015-2, pp. 187 ss. y 197 ss.

¹¹⁷ Véase en este sentido SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 37: “con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el *concepto*” (cursivas del mismo autor).

¹¹⁸ Como advierte Federico DE CASTRO, recordando a FLORENTINO, la *analogía* entre la persona jurídica y la natural, a los efectos jurídicos, encuentra su fundamento, sólo en el hecho de que la persona jurídica *funciona* (*fungitur*) en ciertas relaciones como una persona humana, y absolutamente en nada más; véase Federico DE CASTRO, *Persona jurídica*, p. 264, y en sentido parecido LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2*⁶, pp. 267 s.

tanto que aquí, por supuesto y sin la menor duda, sí se pueden formular enunciados de responsabilidad de la persona jurídica que tienen el mismo objeto que los relativos a la responsabilidad de la persona natural y que por ello, sí forman con estos un conjunto de enunciados a los que cabe asociar idénticas consecuencias jurídicas. Sin embargo, no es preciso ningún derroche de argumentación para llegar a la conclusión de que la responsabilidad determinada por este conjunto de enunciados referidos al mismo objeto existente y presente en ambas especies de personas, no puede ser de ningún modo que se la mire una de naturaleza penal, sino una de naturaleza civil o, en su caso, de naturaleza policial administrativa, y por todo esto, que las consecuencias jurídicas que pueden asociarse a los supuestos de hecho de estas clases de responsabilidad no pueden ser, ni remotamente, penas ni sanciones en sentido estricto, sino medidas reparadoras y compensatorias de naturaleza civil o, en su caso, medidas coercitivas de policía preventivas de peligros objetivos¹¹⁹.

6. Un sector de la doctrina prescinde de toda búsqueda de una analogía y de la idea de sistema “paralelo”, y propone configurar un Derecho *penal* propio de la persona jurídica como una *tercera vía*. Un exponente de este modelo es el que propone Bajo Fernández, quien tras haberse dejado contaminar por la doctrina favorable al constructo¹²⁰, admite ahora abiertamente que “la persona jurídica comete acciones típicas”¹²¹, que “responde culpablemente de sus propios actos”¹²², y por esto propone construir “un Derecho *penal* de las personas jurídicas como Derecho accesorio, al estilo del Derecho penal de menores o el de inimputables adultos peligrosos”¹²³. Probablemente haya que adscribir a este modelo también al

¹¹⁹ Véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, pp. 71 s. Como dice FERRARA, *Teoría*, p. 647: “las medidas de policía que adopta a veces el Estado en el ejercicio de su derecho de vigilancia contra las personas jurídicas (revocación de privilegios o supresión de los mismos) tienen carácter administrativo y no penal”; y como afirma JAKOBS, *FS Lüderssen 2002*, p. 572: “el sentido no es jurídico penal, sino puramente jurídico civil”

¹²⁰ Pues ya han quedado atrás los tiempos en que BAJO FERNÁNDEZ afirmara con el mismo grado de contundencia que de razón, que “quien sostiene la imputabilidad o culpabilidad de las corporaciones” simplemente “*está hablando un idioma desconocido*” (véase BAJO, *ADPCP 1981*, p. 378).

¹²¹ Véase BAJO, *Vigencia*, pp. 32 ss.

¹²² Véase BAJO, *Vigencia*, pp. 36 ss.

¹²³ Véase BAJO, *Vigencia*, p. 25. Esto, sin embargo, no es posible. Pues BAJO no tiene en cuenta nada de todo esto: a) que el Derecho penal de menores y el de la peligrosidad criminal, si son Derecho *penal*, ello se debe a que, en primer lugar, ambos se sustentan tanto en una evidente *analogía entis* existente entre determinados elementos de sus respectivos sustratos empíricos y los del sustrato del Derecho penal de la culpabilidad con que se los compara y puede establecerse la correspondencia analógica, pues en todos se trata de seres humanos que *actúan por sí mismos*, y en segundo lugar, también está fundamentada una evidente *analogía iuris*, pues tanto la pena como las medidas para menores e inimputables consisten en intervenciones directas sobre un sujeto con capacidad de *sentir* sus efectos y de reaccionar a partir de éstos personalmente en la dirección —por ejemplo correccional— que constituye el *fin* —en exclusiva o junto con otros fines— de todas esas consecuencias jurídicas que son ciertamente diferentes, pero que tienen por lo menos el punto de correspondencia *per analogiam* indicado; b) que si bien entre los sustratos de la persona física y de la jurídica también existen sin la menor duda puntos *análogos* con correspondencias, también sin la menor duda hay que decir que dichas analogías en ningún caso podrían establecerse en el campo jurídico *penal* ni dar lugar, por ello, a la constitución de ningún Derecho penal de personas jurídicas ni siquiera en el sentido accesorio o especial que propone BAJO; y c) que todo esto es así, porque además de lo que, como ya

propuesto por Díez Ripollés¹²⁴. Sin embargo, tal modelo parece alcanzar su clímax

hemos visto, nos explica ARTHUR KAUFMANN sobre la analogía (*cf. supra* nota 113), como ya nos enseñara RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*³, pp. 34 ss., 38 s., tampoco a partir sólo del ser podemos llegar a producir Derecho; esto sólo podrá hacerse a partir de la “idea” del Derecho, en la cual se encuentran los *conceptos jurídicos a priori* como instrumentos *científicos* propios del conocimiento jurídico, y sólo por medio de ellos podrá llegarse en la realidad a la *concreción* del Derecho en proposiciones y en conceptos jurídicos “universales”; véase también ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*², pp. 16 ss., 83 ss., 96 s., 98 ss.; y EL MISMO, *Analogie*², pp. 12 ss. Pues ni se puede establecer ninguna relación de analogía en el nivel normativo (*analogía iuris*) sin referencia a una analogía entre objetos de la realidad (*analogía entis*), ni se puede tampoco establecer ninguna analogía entre objetos del mundo real en cuanto tales, sino sólo “desde un punto de vista que se muestra esencial”; véase ARTHUR KAUFMANN, *Analogie*², pp. 26 y 29 ss.; JOSEPH ESSER, como *supra* en nota 114; y EL MISMO, *Rechtsfiktionen*², pp. 25 y 26 ss. En definitiva, y como ya se ha razonado aquí hasta el hartazgo, dado que *desde el punto de vista de las valoraciones y de los fines del Derecho penal*, no es posible hallar en los substratos de la persona física y la jurídica ni un sólo punto con correspondencia análoga, no es posible construir ningún Derecho *penal* ni tampoco *sancionatorio* para la persona jurídica; como, sin embargo y por el contrario, entre los substratos de la una y de la otra *sí* existe una correspondencia casi total *desde el punto de vista del Derecho privado y del público no sancionador*, de esto resulta que a la persona jurídica *sí se la puede y se la debe hacer responsable*, bajo determinadas condiciones, por los delitos que cometan las personas físicas relacionadas con ella por algún determinado vínculo y que actúan para ella, pero “responsable”, obviamente, sólo en términos jurídico *civil y administrativo policial* (en ningún caso sancionador).

¹²⁴ Véase Díez Ripollés, *InDret* 1/2012, *passim*, pues aunque diga partir del carácter al menos “cuestionable” tanto de la posibilidad de un constructo de responsabilidad penal de la persona jurídica como de su necesidad o conveniencia político criminales (pp. 2 ss.), sin embargo luego, por una parte, tras afirmar primero que “un amplio acuerdo social” en el sentido de aceptar al constructo “no parece suscitar demasiados problemas” (p. 5), y segundo que las diferentes variantes del llamado modelo de autorresponsabilidad “ya no infringen directamente el principio de exclusión de la responsabilidad por el hecho ajeno” (p. 8), concluye que “la variante que hemos llamado de hecho delictivo societario, que imputa a la sociedad, como hecho delictivo propio, el ejecutado materialmente por sus representantes o empleados, *marca la vía correcta a seguir*”, y que para llevar a cabo el recorrido habrá que “configurar un nuevo sujeto de imputación, la persona jurídica, y un sistema de responsabilidad *penal* ajustado a sus características, sin que la deseable semejanza de ese modelo de autorresponsabilidad al vigente para la responsabilidad de la persona física deba condicionar decisivamente su construcción” (pp. 9 s); y por otra parte, en coherencia con todo esto, ya en el desarrollo de su interpretación de la regulación legal española del art. 31 bis CP, afirma, por ejemplo, que “la culpabilidad y la punibilidad son las *propias* de la persona jurídica” porque la primera es “un juicio desvalorativo de carácter general, que reprocha *a la sociedad* el concreto comportamiento antijurídico realizado en su seno a su cuenta y provecho, sin que puedan tomarse en cuenta elementos fácticos concurrentes *en ella* que pudieran matizar o *excluir* ese reproche en el caso concreto”, y en relación con esto llega incluso a sugerir que esta culpabilidad propia de la persona jurídica, “en alguna medida recuerda ... al concepto de culpabilidad propio de la concepción normativa pura *welzeliana*” (p. 16). No hace falta que me extienda en exponer que mi discrepancia con Díez Ripollés es absoluta y radical, y que lo es muy especialmente con respecto a su sugerencia de que un modelo de reproche de culpabilidad de la persona jurídica pueda recordar a la concepción normativa *welzeliana* de la culpabilidad. Frente a esto hay que decir que si a la concepción de la culpabilidad de WELZEL se la denomina “normativa” —y esto es correcto— e incluso normativa “pura”, ello no se debe más que a que WELZEL —a partir de su precursor GRAF ZU DOHNA— *descargó* precisamente al concepto “normativo” ya iniciado con FRANK y continuado por GOLDSCHMIDT y por FREUDENTHAL, del dolo y de la imprudencia que aún quedaban en la culpabilidad como residuos psíquicos; con esto lo único que hizo WELZEL fue separar al objeto de la valoración —el dolo y la imprudencia— del juicio de valor mismo, dejando a éste ya —conforme lo explican MAURACH/ZIPF, AT I³, § 30 n° 22—, como un “puro juicio de valor” (concepto normativo puro); sin embargo, esto no puede dar lugar al equívoco de que la culpabilidad en WELZEL —como cualquier otra categoría— quede reducida a un puro constructo “normativo”, pues como es evidente —y conoce perfectamente Díez Ripollés—, el “poder obrar de otro modo” —es decir la capacidad individual de evitabilidad como se dice de otra manera— es nada menos que la estructura lógico-objetiva que es *condición de posibilidad* del juicio de reproche de la culpabilidad; sobre todo esto, véase sólo la exposición de ROXIN, AT I⁴, § 19 n° 10-14 y n° 20-22, pp. 855-858 y pp. 860 s. Por consiguiente, si ya en general no es posible afirmar que la persona jurídica pueda

en la propuesta gravemente contradictoria de Nieto Martín, y por eso ésta merece un examen individualizado.

7. Según Nieto, yo y todos quienes rechazan hablar de acción, de culpabilidad y de pena con respecto a la persona jurídica, habríamos caído en el ¡“mal del nominalismo”!, y por esto aquí estaríamos ante un “debate puramente nominal”, porque — así lo dice— cuando se deja de llamar “pena” a la consecuencia jurídica y se la “denomina con otro nombre, como el de medida de seguridad, consecuencia accesoria, etc., *los obstáculos se esfuman*”¹²⁵. Por consiguiente, como para Nieto la nomenclatura jurídica carece de todo valor y utilidad, y es indiferente, él mismo autocalifica a su trabajo y nos advierte de que éste es uno “semánticamente impreciso y ambiguo” y además realizado por él “conscientemente” de ese modo¹²⁶. Y desde luego nos advierte bien de esta dimensión de su discurso, pues en efecto, la mayor parte de todo lo que desarrolla a continuación es realmente impreciso, ambiguo, y sobre todo confuso. Pero esta indiferencia terminológica proclamada por Nieto conlleva un inadmisibles desprecio total de la Ciencia jurídica. Pues dado que los conceptos jurídicos sólo pueden derivarse de la “idea” del Derecho a la que le es consubstancial la de *igualdad*, la Ciencia jurídica tiene que ser por fuerza una Ciencia clasificatoria que, como la Botánica o la Zoología, tiene que proveerse de un rígido código de nomenclatura cuya estricta observancia es indispensable para no caer en errores lógico-objetivos que impidan realizar aquella idea del Derecho porque a partir de ellos no se pueden captar identidades ni diferencias entre los fenómenos a tratar. Por todo esto no puedo permanecer indiferente ante tales afirmaciones, y antes de someter a examen crítico sus enunciados y proposiciones más significativos, considero conveniente y oportuno tratar la cuestión de la terminología y de la nomenclatura, y precisamente no sólo como una réplica exclusiva a la postura de Nieto, sino como una crítica que debe extenderse más allá a la totalidad de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, porque toda ella es un paradigma del desprecio de la taxonomía y de la nomenclatura jurídicas que la Ciencia jurídica no debe admitir sino rechazar con la mayor firmeza con argumentos rigurosos y sólidamente fundados en el método jurídico.

ser sujeto del juicio de reproche de la culpabilidad *penal* a partir de ningún concepto de culpabilidad que respete los límites ontológicos, desde el concepto de culpabilidad del finalismo, y particularmente desde el welzeliano, aquélla es una posibilidad que ni siquiera debe poder ser pensada en absoluto.

¹²⁵ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, pp. 19 s., y nota 10 en p. 20. También ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, p. 622 y EL MISMO, Responsabilidad, p. 61, me atribuye estar “jugando con las etiquetas” o hacer “un alarde de logomaquia” al rechazar aquellos términos; en la doctrina alemana VOGEL, StV 7/2012, pp. 430 s., no sólo es indiferente ante la nomenclatura, sino que yendo aún más allá, también lo es ante la rama del Derecho en que se regule la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues según él, si bien las investigaciones empíricas permiten presumir que el (mero) “etiquetamiento” de las sanciones contra empresas como penas criminales, apenas ofrece provechos preventivos, no obstante sí puede plantearse la cuestión de si tal etiquetamiento podría llevar consigo un provecho *simbólico* determinante, teniendo en cuenta que la estructura de la responsabilidad de la persona jurídica es *una y la misma* (sic) tanto si su regulación se inserta en un contexto penal como en uno administrativo sancionador e incluso en el derecho civil de daños.

¹²⁶ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 22.

a) La Ciencia jurídica —la Dogmática— es teleológica, clasificatoria y sistemática. Elabora y construye sus conceptos con el *fin* de realizar por medio de ellos la idea del Derecho, y puesto que la *igualdad* —el tratamiento igual de lo que es igual, y desigual de lo desigual— es consubstancial a la idea del Derecho¹²⁷, para poder hacerla real y efectivamente como *debe ser* los conceptos jurídicos *diferencian* y *clasifican* a la materia jurídica en órdenes, clases, especies, etc. y finalmente los ordena en un Sistema¹²⁸. Sin embargo, dado que la materia jurídica es normativa, los conceptos jurídicos no pueden recortarla y aprehenderla de un modo absoluta y puramente clasificatorio. Como observa Radbruch, los conceptos clasificatorios están compuestos de elementos cuya existencia sólo cabe o afirmar o negar —y así o se verifica, o se niega el concepto mismo— en relación con un fenómeno individual¹²⁹, y en palabras de Arthur Kaufmann, “el concepto (entendido aquí siempre como concepto general-abstracto, como ‘concepto de género’, ‘clasificatorio’) es cerrado, (pues) conoce sólo el cortante “o esto, o lo otro”, el concepto separa, el pensamiento conceptual es ‘pensamiento divisorio’”¹³⁰. Así, un concepto clasificatorio puro es, por ejemplo, el de triángulo, pues todo polígono individual que tenga tres lados “será” tal sin que haya otra posibilidad, y todos los que no tengan tres lados, “no lo serán” en absoluto. Pero en el Derecho no hay conceptos clasificatorios puros, porque los conceptos jurídicos, además de clasificatorios, son también ordenadores o tipológicos¹³¹. La idea del Derecho es “abstracta general”, y la materia jurídica que hay que determinar a partir de aquélla se compone de situa-

¹²⁷ Véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*^{2a}, pp. 34 ss. Como advierte ARTHUR KAUFMANN, *Analogie*^{2a}, pp. 10 s., una “norma” es un criterio o una pauta “para el tratamiento de lo igual y para evitar la arbitrariedad”.

¹²⁸ Sobre el método específicamente jurídico —dogmático y clasificatorio—, y así sobre las funciones de la Ciencia jurídica, de elaboración “categorial” y “teleológica” del Derecho a partir de —y *para* realizar— la “idea” del Derecho, véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*^{2a}, pp. 106 ss., especialmente pp. 113 ss.; y ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*^{2a}, pp. 98 ss. Sobre el carácter clasificatorio de la Ciencia jurídica, véase OPPENHEIM, *Natürliche Ordnung*, pp. 117 ss., especialmente, pp. 120 s. y 125 ss., y RADBRUCH, *Klassenbegriffe*, pp. 170 ss. En su análisis comparado de la Dogmática del Derecho penal alemana con la doctrina penal americana, DUBBER, *Strafrechtsdogmatik als Botanik*, pp. 253 s., sugiere la existencia de una cierta semejanza entre la Dogmática y la Botánica y la Zoología, dado que la primera sería una Ciencia clasificatoria que al igual que aquéllas, siguiendo un método *taxonómico*, asigna a cada elemento de la Dogmática su lugar correcto en la *taxonomía* del Derecho penal, de lo cual resulta que si a un problema se lo “clasifica” correctamente, también se lo resolverá correctamente.

¹²⁹ Véase RADBRUCH, *Klassenbegriffe*, p. 167.

¹³⁰ Véase ARTHUR KAUFMANN, *Analogie*^{2a}, pp. 40 ss., 44 ss. y para la cita pp. 47 s. Sobre la lógica conceptual clasificatoria en general véase, por todos, HEMPEL/OPPENHEIM, *Typusbegriff*, pp. 1 ss., 10 ss., 21 ss., 44 ss. y *passim*; ya antes OPPENHEIM, *Natürliche Ordnung*, pp. 71, 77, 81, 99, 204 s., 224, y sobre la lógica conceptual clasificatoria *jurídica* en particular, véase por todos RADBRUCH, *Klassenbegriffe*, pp. 167 ss., y *passim*.

¹³¹ Sobre la distinción y la relación entre conceptos clasificatorios y ordenadores —tipológicos— en general, véase la obra fundamental de HEMPEL/OPPENHEIM, *Typusbegriff*, pp. 1 ss., 10 ss., 21 ss., 44 ss. y *passim*; y ya antes OPPENHEIM, *Natürliche Ordnung*, pp. 71, 77, 81, 99, 204 s., 224; sobre la distinción en la Ciencia jurídica en general, y respecto de los elementos del delito, véase RADBRUCH, *Klassenbegriffe*, pp. 167 ss.; además ARTHUR KAUFMANN, *Analogie*^{2a}, pp. 40 ss., 44 ss.; EL MISMO, *Rechtsphilosophie*^{2a}, pp. 91 s., 124 ss., 127 ss.

ciones vitales de *sentido* a las que se atribuyen los valores de la idea del Derecho, pero dichas situaciones vitales comprenden multitud de casos individuales cada uno de los cuales es *diferente* en su individualidad. Por esta razón, para que la “idea” del Derecho pueda realizarse en todos y en cada uno de los casos individuales, es preciso *concretarla* antes mediante la descripción de “modelos abstractos” en que puedan luego subsumirse los diferentes casos individuales del acontecer real. En rigor, estos modelos no pueden ser “definidos”. Sólo pueden “describirse” de un modo abstracto los caracteres esenciales que desde un punto de vista previamente determinado, son comunes a toda una multiplicidad de casos individuales reales y que, por esto, hacen a todos ellos “semejantes”, es decir, jurídicamente equiparables con el efecto de su igual tratamiento. La mayor parte de los conceptos jurídicos, pues, son “ordenadores” y se describen como “tipos” (conceptos tipológicos). Como describe Radbruch, los conceptos ordenadores están formados por propiedades “graduables” que se pueden atribuir a variados y diversos objetos, y a cada uno en “mayor o en menor grado”¹³², y según Arthur Kaufmann, “el tipo (el ‘concepto de orden’, el ‘concepto de función’, el ‘concepto de sentido’), por el contrario, se acomoda al ‘más o menos’ de la variada realidad”, y por esto, en un tipo no se puede subsumir como en un concepto, sino sólo “coordinar un hecho concreto en mayor o en menor grado”, es decir, “ponerlo en correspondencia con él”¹³³. Por todo lo dicho, la gran mayoría de los conceptos jurídicos categoriales son a la vez *clasificatorios* y *tipológicos*, sin que sea posible separar estos dos caracteres al uno del otro más que a efectos meramente explicativos o expositivos, porque en el proceso de construcción del concepto jurídico, y luego finalmente en el ser operativo y funcional del concepto, ambos caracteres —el clasificatorio y el tipológico— se muestran inseparablemente unidos. La creación del Derecho mediante su concreción en tipos formados mediante el establecimiento de analogías en las cosas a partir de los valores jurídicos de referencia que entran en consideración para cada sector de la realidad, hace de la Ciencia jurídica, como se dijo, una Ciencia clasificatoria y diferenciadora, y por eso la dotación —y luego el uso— de una nomenclatura jurídica precisa tiene la máxima trascendencia para la realización de la idea del Derecho como *ordenación* de la vida en común, y para que el acontecer real de dicha ordenación curse en el modo *justo* que es consubstancial a aquella idea, es decir, de conformidad con las exigencias del principio de igualdad, y no arbitrariamente¹³⁴. Como afirma Delgado Echeverría, en el metalenguaje de los juristas “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”¹³⁵, y como dice Schünemann, si “la

¹³² Véase RADBRUCH, *Klassenbegriffe*, p. 167.

¹³³ Véase ARTHUR KAUFMANN, *Analogie*^{2a}, pp. 47 s.; y EL MISMO, *Rechtsphilosophie*^{2a}, pp. 91 s., 124 ss., 127 ss.

¹³⁴ Sobre los peligros de extensión ilimitada de los conceptos jurídicos en virtud de su arbitraria construcción al margen de la analogía, véase PHILIPPS, *Rechtsbegriffe*, pp. 91 ss.

¹³⁵ Véase DELGADO ECHEVERRÍA, *Vigor*, pp. 11 s., quien advierte, con razón, que “en ocasiones, habrá que estipular sentidos técnicos de términos de uso común”, pero también que “en ciertos casos, se (tenga que

lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo”, entonces “toda errónea nomenclatura será también un error sobre las cosas”¹³⁶ que dará lugar a un tratamiento arbitrario de éstas, pues de la “prohibición de la arbitrariedad”, forman parte “(1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la Gramática”, y así se conculcan los principios del habla racional y se incurre en arbitrariedad “cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes”¹³⁷.

b) Como nos enseña —y sabemos desde— la Ilustración griega del siglo V a. C., no debiera minimizarse, ni muchos menos ignorarse, que si se llama a algo con un nombre propio, determinado y preciso, es para distinguirlo claramente de todo lo demás que es diferente en la *substancia*, y a lo cual entonces, y por ello mismo, ya se lo tendrá que denominar con *otro* nombre propio distinto¹³⁸. Y esto es así por

crear) un término más o menos artificial, específico de este lenguaje técnico”. Sobre los caracteres del lenguaje científico-técnico, que lo diferencian, por un lado, de los usos cotidianos del lenguaje en la vida común, especialmente de los “argots” y de las “jergas”, y por otro lado, de los lenguajes “sectoriales”, propios de las actividades profesionales, véase SOLER COSTA, Poder, pp. 26 ss. y, especialmente, p. 33, donde la autora precisa que una propiedad del lenguaje científico-técnico es “que su léxico específico es semánticamente único”, lo cual significa que “en un término científico-técnico, no cabe esperar polisemia”; en el Derecho —observa la autora— se utilizan ciertamente “numerosos términos simples” (quiere decir del lenguaje cotidiano), pero no obstante “especializados”; véase HORN, Rechtssprache, pp. 21 ss. y 97 ss.

¹³⁶ Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 15.

¹³⁷ Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 4 para la cita, y además pp. 8, 11, 12, 15, 16; ya antes SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität, pp. 37, 234 s.; EL MISMO, FS Tiedemann, 431 ss.; y EL MISMO, GA 2013, p. 200. A este respecto, ya Francis BACON advirtió con carácter general sobre el pernicioso vicio de aplicar indiferentemente “un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza”; véase el resumen y la glosa que hace FOUCAULT del pensamiento de F. BACON en su *Novum organum* de 1620; según FOUCAULT, Mots, p. 65, la crítica de la semejanza en BACON concierne “a los tipos de espíritu y a las formas de ilusión a los que pueden estar sujetas”, de modo que no serían más que “los *ídolos de la caverna* y los del *teatro*” los que nos harían “creer que las cosas se asemejan entre sí”, pues —y esta es la cita textual de BACON, *loc. cit.*, pp. 65 s.— “el espíritu humano se inclina naturalmente a suponer en las cosas un orden y una semejanza mayores de los que en ellas se encuentran; y aunque la naturaleza está llena de excepciones y de diferencias, el espíritu ve por doquier armonía, acuerdo y similitud”. Pero esto —ahora según interpreta FOUCAULT, *loc. cit.*, p. 66— no son más que “*ídolos de la tribu*, ficciones espontáneas del espíritu” y “a ellos se añaden —efectos y a veces causas— las confusiones del lenguaje: un mismo y único nombre se aplica indiferentemente a cosas que no son de la misma naturaleza, son los *ídolos del foro*, y” —concluye FOUCAULT advirtiendo— “sólo la prudencia del espíritu puede disiparlos, si renuncia a su prisa y a su ligereza natural para hacerse ‘penetrante’ y percibir finalmente las diferencias propias de la naturaleza”.

¹³⁸ Sobre esto, que se resume en el aforismo de que “el nombre no hace a la cosa”, véase el extenso y enjundioso diálogo de SÓCRATES con CRÁTILLO acerca de las correspondencias y disimilitudes entre los nombres y las substancias o esencias de las cosas, en PLATÓN, Crátilo 428c-440e, donde SÓCRATES, ciertamente sostiene finalmente que la verdad no se extrae de los nombres, sino en última instancia del conocimiento de la cosa en sí (436a-440e), pero reconoce que sólo se habla correctamente cuando existe correspondencia entre el nombre que se utiliza y la substancia de la cosa (428e), mientras que se habla incorrecta y falsamente cuando no se da semejante correspondencia, sino desigualdad, entre el nombre y la cosa (430d); por otra parte, en lo que se refiere a la relación entre los nombres con que se designan los objetos y el “conocimiento” de éstos, SÓCRATES alecciona a CRÁTILLO sobre el hecho de que llamar a las cosas con nombres inapropiados que no les corresponden, supone que al que así lo hace le falta el conocimiento correcto de las cosas a las que les pone los nombres errados, e incurre de este modo en una “contradicción consigo mismo” (438c); y por todo esto SÓCRATES le advierte a CRÁTILLO sobre el peligro de

mucho que en el principio o en el origen, la elección del término propio y específico para denominar a un objeto totalmente determinado haya tenido lugar de un modo absolutamente *convencional*, pues lo decisivo es que una vez elegido y fijado el término, su uso ya resulta vinculante *pro futuro* para hablar y comunicar sobre el objeto específico al que se lo asoció en el origen¹³⁹. Ignoro si Nieto daría aprobado —yo desde luego que no— por ejemplo al estudiante o al opositor a la judicatura que en un examen u oposición llamaran “pena” a lo que es realmente una medida de seguridad o una reparación del daño, confundiendo así evidentemente conceptos que remiten a objetos reales —en este caso “tipos” de consecuencias jurídicas— tan diferentes porque también son sustancialmente diferentes los supuestos de hecho que las fundamentan; pero mucho menos aún se pueden admitir semejantes confusiones en la doctrina científica.

c) Cuando se habla de “pena”, se piensa sin duda en algo sustancialmente distinto a lo que se piensa cuando se habla de “medida de seguridad”, lo mismo que también se piensa en un objeto sustancialmente diferente a los anteriores cuando se habla de “reparación, restitución o indemnización”, y también cuando se habla de “consecuencia accesoria”¹⁴⁰. Y es que reiterando una vez más la aguda adver-

engañarnos (436*b*), y así de no poder llegar al conocimiento de las cosas (439*b* y 440*a*), si cayendo en la insensatez (440*c*), nos dejamos guiar y engatusar por quienes, no juzgando correctamente, ponen luego a las cosas los nombres erróneos que sólo corresponden a sus errados juicios (436*b* y 440*c* y *d*). Por todo esto, y por consiguiente, hay que recordar una vez más la acertada admonición de SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 4 y 15, en el sentido de que emplear las mismas expresiones de acción, culpabilidad y pena, para llamar a objetos cuya substancia es absolutamente distinta a la de los genuinos conceptos que se designan propiamente con tales palabras, es quebrantar las “reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional” (p. 4), y en particular, que llamar “pena” a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo, lleva a una contaminación semántica que arrastra consigo graves defectos del pensamiento y que produce también muy graves consecuencias dogmáticas y político-criminales (p. 15), porque si “la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo”, entonces “toda errónea nomenclatura es también un error sobre (la substancia de) las cosas” (p. 15).

¹³⁹ Véase en el mismo sentido, en relación con el significado del diálogo entre SÓCRATES y CRÁTILLO, expuesto en la nota precedente, el agudo comentario de GUTHRIE, Historia V, pp. 26-41, y en concreto su afortunada y certera conclusión de que ciertamente “los nombres no proporcionan ayuda en el descubrimiento de las naturalezas esenciales de las cosas”, pero “sirven para *comunicar* esas naturalezas *una vez conocidas*” (p. 41). En general, véase al respecto también el trabajo de la Profesora de Pedagogía SOLER COSTA, Poder, pp. 26 ss. y, especialmente, p. 33 y pp. 37 ss., quien apoyándose en la opinión de RODRÍGUEZ DÍAZ (en el sentido de que en los lenguajes científico-técnicos, el signo lingüístico se rige por el “principio de consubstancialidad cuantitativa”, que implica que en aquél la relación entre el significante y el significado no puede ser arbitraria porque es necesaria y biunívoca —p. 37—), hace la muy acertada y esclarecedora observación de que “los lenguajes científico-técnicos contienen un léxico descrito antológicamente”, lo cual significa que “en un término de una disciplina científica antes de su utilización, *ya se ha establecido una asignación convencional de un nombre a una noción*” (pp. 38 s.), lo cual tiene que llevar a reconocer —concluye la autora— que “los lenguajes científico-técnicos *sí* contienen *dominios léxicos o conceptuales*, y que en tales dominios —citando en apoyo de su afirmación de nuevo a RODRÍGUEZ DÍAZ— “las estructuraciones científicas presentan un carácter *apriórico* e intencionalmente *convencional*” (p. 39, la cursiva es mía).

¹⁴⁰ Sobre todo esto, véase por ahora sólo BOTTKE, Assoziationsprävention, pp. 10 ss., donde enfatiza con razón en la importancia de la terminología en relación con los “fundamentos” del análisis “conceptual” de los *diferentes* tipos de consecuencias jurídicas que pueden entrar en consideración a partir de la comisión de un hecho punible, y con la *diferente* finalidad de cada tipo de consecuencia; véase además BOTTKE, LH

tencia de Delgado Echeverría, en el metalenguaje de los juristas “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”¹⁴¹. Por esto, es cierto que llamar “consecuencias accesorias” a las reacciones jurídicas contra personas jurídicas da lugar a que los obstáculos —como dice Nieto— “se esfumen”, pero que esto sea así, no se debe evidentemente a ningún ejercicio conciliador o tranquilizador de una caprichosa y arbitraria utilización de los términos, sino que se debe, más bien y simplemente, a que, como han puesto de relieve Boldova/Rueda, entre otros muchos autores, “la responsabilidad (de la persona jurídica) sería de carácter no penal (civil o administrativa)”¹⁴², y por esta razón, si aquél nombre de “consecuencias accesorias” lleva ciertamente a que los obstáculos “se esfumen”, ello no se debe sólo a la mera corrección denotativa del significante, sino sobre todo, y primordialmente, a la fuerza connotativa que tiene el mismo para remitir de un modo inequívoco al objeto real concreto y preciso al que se refiere genuinamente dicho término, o dicho de otro modo: a la exacta y precisa correspondencia o concordancia *analógicas* del término (“consecuencias accesorias”) con la *naturaleza de la cosa*¹⁴³. Pues el delito que comete el que actúa para la persona jurídica, y por el que *sólo* su autor responderá —él *sí*— *criminalmente*, es un acto relacionado con la administración del patrimonio de aquélla por éste, y por ello el patrimonio de la persona jurídica también debe *responder* de las consecuencias derivadas de los actos relativos a su administración, pero una intervención en un patrimonio que está administrado por otro, como afirma contundentemente Jakobs, “no tiene absolutamente nada que ver con una *pena*”¹⁴⁴, y por esto, “para evitar confusiones, no se debería bautizar con el nombre de *pena*”¹⁴⁵.

d) Pero es que el vicio lingüístico y semántico descrito lleva irremisiblemente a un segundo vicio que es su consecuencia, y que consiste en ignorar o en pasar por alto y no respetar de un modo inadmisibile para el pensamiento jurídico y para la

Roxin, pp. 43 ss., donde explica que la apertura de un proceso conlleva consecuencias jurídicas de distinta naturaleza y finalidad que en concreto, según los casos, y *de acuerdo con su terminología*, podrán ser consecuencias *condictivas*, esto es, de incautación de las ventajas reportadas por el hecho punible, consecuencias de carácter *restitutorio*, o sea, de reparación de los perjuicios ocasionados por el hecho delictivo, y consecuencias “consistentes en la producción de costes”, en forma de pérdida de libertades o de fortuna, las cuales pueden ser, a su vez, de carácter *retributivo* de la culpabilidad o *preventivo* de la peligrosidad. Expresamente contra la indiferencia de NIETO MARTÍN ante la terminología, véase con razón FEIJÓO, Autorregulación, p. 238, advirtiendo que el modelo que defiende el mencionado autor “no puede ser denominado Derecho penal ni responsabilidad penal” y que “no se trata de una mera cuestión terminológica, sino de legitimación material” porque “la pena tiene ciertas características estructurales ... que impiden que se pueda denominar pena a cualquier tipo de mal que imponga el Estado”.

¹⁴¹ Cfr. *supra* nota 135 *in toto*.

¹⁴² Véase BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 287.

¹⁴³ Sobre la analogía —correspondencias y semejanzas— de los nombres con la naturaleza de las cosas que designan, véase de nuevo el diálogo entre SÓCRATES y CRÁTILLO, en PLATÓN, Crátilo, 433a-435e. Para el Derecho, véase ahora solo ARTHUR KAUFMANN, *Analogie*² 1984, pp. 44 ss.; y sobre el concepto de “consecuencias accesorias”, véase GRACIA MARTÍN, Lecciones⁵, pp. 225 ss.

¹⁴⁴ Véase JAKOBS, FS Lüderssen, p. 573.

¹⁴⁵ Así JAKOBS, FS Lüderssen, p. 574.

construcción jurídica, la elemental y fundamental exigencia, tan acertada y brillantemente explicada por Engisch, de que entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de toda proposición jurídica debe existir una exacta y perfecta correspondencia estructural y funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que fundamentan y gradúan la consecuencia jurídica, pero *sólo* ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho, y ello por cierto en relación con cualquier ámbito del Derecho y no sólo en el penal¹⁴⁶. Esta indeclinable exigencia, sin embargo, se burla del modo más absoluto cuando, como hace la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a un supuesto de hecho del cual están completamente ausentes una acción y una culpabilidad materiales —es decir, reales, no inventadas y sólo así arbitrariamente denominadas— se le quiere asociar luego una “pena” como consecuencia jurídica. Son, pues, los corifeos de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no quienes la rechazamos, quienes realmente juegan arbitrariamente con etiquetas al llamar acción, culpabilidad y pena a objetos que carecen de toda y la mínima substancia para poderlos subsumir en semejantes conceptos, y que juegan así poniendo en relación de muy grave hostilidad a las palabras y a las cosas.

e) Ahora bien, para evitar las confusiones de un modo total y en *todos* los ámbitos, es preciso ir más allá de lo dicho e impedir también de igual modo etiquetar a las consecuencias jurídicas aplicables a la persona jurídica con el término de “sanciones”, porque también éste es inapropiado para ellas¹⁴⁷. Esto es así, ya en primer

¹⁴⁶ Véase ENGISCH, Einführung^{11a}, pp. 52, 69 ss., 119 s. En la doctrina española, Laura ZÚÑIGA, Bases^{3a}, p. 269, *sí* advierte correctamente, que lo decisivo para determinar el carácter y la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas es su “presupuesto”, pero luego no acierta a desarrollar esto en modo correcto y coherente.

¹⁴⁷ En la doctrina alemana son realmente exageradas la volubilidad y la confusión terminológicas de DANNECKER, GA 2001, pp. 101 ss. *passim*, hablando de “sanciones” sin más (p. 103), de “sanciones penales” (p. 102), de “sanciones o penas criminales” (p. 104), de “otras sanciones penales” (p. 105), de “penas criminales no clásicas” (pp. 108 y 125), y de “pena de multa”, pero “no como pena criminal en sentido clásico”, sino como “un concepto autónomo de *multa punitiva*” —*ein eigenständiger Begriff des Straf-geld*— (p. 125). Por otro lado, la confusión de DANNECKER se agrava cuando a todas las consecuencias que él denomina con tan variados nombres, termina asignándoles y programándoles justo los *mismos* fines de la “pena” (retribución, prevención general y prevención especial), pero con la particularidad de que dichos fines, sin embargo, hay que entenderlos en un sentido ¡“no clásico”!; véase DANNECKER, GA 2001, pp. 114 s.: “junto a las penas criminales clásicas contra individuos, es necesaria y posible la imposición contra agrupaciones, de sanciones orientadas a la peligrosidad” (p. 114), que cumplirían en todo los fines de las penas criminales —se supone que los “clásicos”— pues “desde el punto de vista de la prevención general”, los efectos sobre otras agrupaciones “serían comparables a los que ejerce una pena de multa impuesta a una persona individual sobre otras personas” (p. 114); desde el punto de vista de la prevención especial, “una agrupación penada, lo mismo que una persona natural penada, se cuidará antes de caer de nuevo en conflicto con la ley correspondiente” (p. 114); y, además, también la sanción impuesta a la agrupación satisface el sentido retributivo de la pena porque “pone de manifiesto la vigencia de la norma” (p. 115). Me parece totalmente rechazable semejante “artesanía de nombres”; en PLATÓN, Crátilo 431d-e, SÓCRATES advierte respecto de quienes ponen nombres a las cosas que “unos nombres estarán bien elaborados y otros mal” (431d), y que en consecuencia, resultará que entre aquéllos, “uno será un buen artesano de nombres y otro malo” (431e). Moderadamente, JAKOBS, FS Lüdersen, p. 560 nota 6, ve a DANNECKER “terminológicamente inseguro”.

lugar, porque a causa de sus fundamentos jurídicos —diversos en función de cada una de sus especies—, las consecuencias aplicables a personas jurídicas no pueden tener ninguna correspondencia con el “concepto” propio y estricto de sanción, toda vez que únicamente debe conceptuarse y designarse como sanción a la reacción jurídica frente a una infracción de una norma de determinación de conductas realizada culpablemente¹⁴⁸. Pero también debe ser así, en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, porque por medio de las reacciones jurídicas —incluida la multa¹⁴⁹— aplicables a personas jurídicas, evidentemente tampoco pueden realizar-

¹⁴⁸ Véase en este sentido, GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, pp. 45 y 72 s.; también SUAY RINCÓN, *Sanciones*, p. 64: “las sanciones administrativas *son consecuencia* de la comisión de una *infracción* administrativa. Constituyen, pues, una represión, *presuponen* la realización de un *comportamiento prohibido* y representan, en fin, un *posterius*”. Véase, además, STRATENWERTH, FS R. Schmitt, p. 307; MITSCH, *Ordnungswidrigkeiten*² 2005, pp. 41 ss.: “la caracterización de una conducta como ‘contravención’ expresa que esta conducta cumple todos los presupuestos de la *sanción* ‘multa’ del Derecho de contravenciones” y “la estructura de la contravención es la misma que la del hecho punible” (p. 41), es decir, una acción típica, antijurídica y reprochable (p. 42). Como afirma, si bien ciertamente sin exactitud ni precisión, SCHNEIDER, *Verhaltensnorm*, pp. 37 y 76, las normas de sanción disponen consecuencias jurídicas que se llaman “sanciones”, las cuales están previstas “para determinadas infracciones de deberes de *conducta*”, y las normas de conducta se dirigen solo a personas naturales (p. 76); minimizando la importancia del “fundamento jurídico” para determinar la naturaleza de la consecuencia jurídica, pero a mi juicio de modo contradictorio, véase GEIGER, *Rechtsnatur*, pp. 67 s. De acuerdo con los resultados de la rigurosa investigación de DELGADO ECHEVERRÍA, *Vigor*, pp. 26 ss. y 58, aunque la voz “sanción” ya entró en RAE en 1780, la incorporación como tercera acepción de la voz con el sentido punitivo o de castigo, no tuvo lugar hasta RAE U 1869, describiéndola como “La *pena* que establece la ley para *el que la infringe*”. Así se mantiene en 1884, 1899 y 1914. En RAE U 1925, se mantiene dicha tercera acepción sin otra modificación que la concerniente a la supresión del artículo determinado “la” relativo al sustantivo pena, y se añade una cuarta como “*Mal* dimanado de alguna *culpa* o *yerro* y que es como *su castigo* o *pena*”. Así se mantiene en las sucesivas ediciones posteriores hasta RAE U 2001, en que la acepción de “*pena* que una ley o un reglamento establece *para sus infractores*” pasa a ser la primera, manteniéndose como cuarta la misma incorporada a RAE U 1925. Por su parte, “sancionar” entra por primera vez en RAE S 1803, pero hasta RAE U 1953 no se incorpora —como tercera— la acepción de “aplicar una sanción o castigo”. Como puede observarse, el concepto y la definición de “sanción” están indisolublemente ligados a la previa comisión de una “infracción” por “culpa o yerro”, a la cual la sanción sigue como consecuencia típica, y a su vez, el concepto de infracción remite a una acción u omisión contraria a una *norma de conducta* realizada por un “infractor” que tiene que haber actuado con culpa o yerro, lo cual presupone evidente y lógicamente su *capacidad* de “infringir”. Puesto que el concepto de infracción sólo tiene sentido si se refiere a la transgresión o contravención de normas de determinación (de conducta) —pues las leyes físico-naturales al ser *necesarias* no pueden “infringirse”—, de todo lo explicado tiene que resultar que en un sentido técnico-jurídico estricto sólo puede ser tenida como “sanción” la reacción —como consecuencia— jurídica que tenga como presupuesto la infracción de una norma de conducta, y que para evitar confusiones deberá evitarse utilizar dicho término para toda reacción jurídica cuyo presupuesto no sea una infracción en el sentido definido; sobre esto, véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 45.

¹⁴⁹ Véase ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* n° 7705, 29 Sep. 2011, p. 9; MIR PUIG, *Foro FICP* n° 2014-1 (abril), p. 30, y ya antes, aunque, a mi juicio, llamando inapropiadamente “pena” o “sanción” a la multa para personas jurídicas, pero considerándola materialmente como una consecuencia no punitiva, véase MIR PUIG, *RECPC* 06-01 (2004), p. 15; de otra opinión, por ejemplo, Díez Ripollés, *JpD* n° 73 2012, p. 56, para quien “la pena de multa societaria” comparte “el fundamento de la pena de multa en general”. También la jurisprudencia constitucional española se ha pronunciado en ese sentido con carácter y alcance generales, y así, según la STC 164/1995, FJ. 4, “una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción”, pues es preciso tener en cuenta que “entre la indemnización y la sanción propiamente dicha pueda haber otro tipo de figuras con finalidades características, que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos”; véase también las SSTC 239/1988, 276/2000 y 121/2010,

se adecuadamente los fines de una sanción en sentido estricto, sino sólo otros fines diversos —según el caso— de tipo reparador, de remoción del enriquecimiento ilícito, de policía de prevención de peligros¹⁵⁰ y, en última instancia, de mera —pero necesaria— reposición del deber ser mediante su reafirmación contrafáctica, real o simbólica, con la actualización de alguna respuesta jurídica adecuada y proporcionada frente a la situación de hecho producida, y realmente existente, contraria al deber ser¹⁵¹. Pero entonces, cuando se etiqueta a las consecuencias jurídicas aplicables a la persona jurídica —en principio correctamente— con algún nombre distinto al de pena o sanción, como por ej. con los de consecuencias o medidas *sui generis*, con mayor razón aún, y también con la misma contundencia, debe de rechazarse que luego se le asocie al sustantivo correspondiente algún predicado connotativo de significados punitivos o sancionadores —incluido el de medidas de seguridad *penales*— que tales consecuencias no pueden tener en absoluto¹⁵², pues con esto, en el resultado, se sucumbe totalmente ante la falacia del

diciendo la primera sobre las llamadas multas *coercitivas* que con ellas “no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo... sino que consiste en una medida de constreñimiento económico... tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa”; en la doctrina peruana, véase en el mismo sentido, MEINI, Responsabilidad, pp. 140 s. También la doctrina alemana absolutamente dominante ve a la multa para agrupaciones del § 30 OWiG como una consecuencia cuyos fines no son estrictamente sancionadores (*cf. infra* V).

¹⁵⁰ Véase en este sentido, extensamente GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, pp. 69 ss.; EL MISMO, Tratado, pp. 552 ss.; y ya antes EL MISMO, Responsabilidad, pp. 98, 100 s., 104; y en el mismo sentido, ya sea en general o en relación con la naturaleza de cada consecuencia o grupo de consecuencias en particular, véase ROMEO CASABONA, Peligrosidad, pp. 72 s.; MAPELLI, RPen n.º 1 1998, pp. 48, 49 y 50; SERRANO BUTRAGUEÑO, CP 1995, p. 866; DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, Responsabilidad, p. 42: “no se trata de medidas eminentemente *sancionadoras*”; MANZANARES SAMANIEGO, REP, n.º 216 1977, p. 35, 36 ss.; EL MISMO, Penas patrimoniales, p. 256 s.; EL MISMO, ADPCP, 1980, pp. 616 s., 620; EL MISMO, RDPC, n.º 2, 1992, p. 439; SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas, pp. 60 s., 64; en la doctrina alemana, véase por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, AT⁵⁷, pp. 785, 792, 796, 799, quienes sostienen con respecto al comiso de aseguramiento que el mismo «no tiene ningún carácter punitivo, sino que sirve únicamente al *fin de policía* de protección de la población frente a peligros, especialmente frente a la comisión de hechos punibles» (p. 799); ZIPF, AT 2, p. 525 n.º 3; MÜLLER-DIETZ, Grundfragen, pp. 67 ss. ESER, Sanktionen, pp. 57, 83 ss., 89 ss., 284 ss.; EL MISMO, en Schönke/Schröder²⁶ 2001, comentario previo al § 73 n.º 18; SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen, pp. 199 ss., 219, y 230 ss.; SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen, pp. 258 ss.; GÜNTERT, Gewinnabschöpfung, p. 17; SCHMIDHÄUSER AT StB², p. 838; LACKNER StGB¹⁸ 1989, § 73 n.º 1; § 74 nm. 1 ss.; GEIGER, Rechtsnatur, pp. 57 nota 176 (sobre los medios coercitivos para la ejecución administrativa), y pp. 199 ss., 229 ss. (sobre el comiso de los efectos e instrumentos del delito y las ganancias derivadas de éste).

¹⁵¹ Pues como explica ENGISCH, las proposiciones jurídicas expresan un deber ser de modo hipotético (si se da *S*, entonces debe seguir *C*), y por esto, el supuesto de hecho (*S*) de las mismas tiene que abarcar *todas*, pero *sólo*, las circunstancias determinantes —positiva o negativamente— *del deber ser*, mientras que la consecuencia jurídica (*C*) tiene que comprender a todo aquello que determina el “contenido” del deber ser, con lo cual la aplicación efectiva de toda consecuencia jurídica se traduce siempre en una *actualización* del deber ser; véase ENGISCH, Einführung¹¹ 2010, pp. 52, 70, 79 s.; en el mismo sentido, véanse HENKEL, Introducción, pp. 115 ss. (quien considera que el deber ser de la consecuencia jurídica se actualiza ya como vigente con la realización del supuesto de hecho, aunque luego aquella no pueda ser realizada en concreto [p. 116]) y LARENZ, Methodenlehre⁴ 1979, pp. 234 s.

¹⁵² Sin embargo, así lo hizo con diversos matices, a mi juicio erróneamente, la doctrina española mayoritaria en relación con las “consecuencias accesorias” en general, y en particular con las que eran aplicables a las personas jurídicas conforme al art. 129 CP anterior a la reforma de la L.O. 5/2010; véase LUZÓN PEÑA, PG I¹ 1996, p. 58: “las consecuencias accesorias son de naturaleza jurídico-*penal*”; EL MISMO, EP-Ruiz

quaternio terminorum, se incurre asimismo en el fraude de etiquetas que son típicos de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y, en definitiva, por mucho que se diga y proclame rechazar a ésta, se claudica totalmente ante ella y se termina aceptándola en el resultado.

8. No creo que sea preciso añadir nada más a lo dicho para rechazar la actitud de Nieto ante la cuestión terminológica y de nomenclatura, y para desvirtuar sus afirmaciones de que quienes rechazamos al insostenible constructo de una responsabilidad penal de las personas jurídicas caigamos en el mal del nominalismo y que

Antón, pp. 546, 547 y 549: “*tertium genus* de sanciones penales” (p. 546), “tercera vía de sanciones criminales” (p. 547), “tercera clase de sanciones criminales, o consecuencias jurídicopenales en sentido amplio” (p. 549); MUÑOZ CONDE, RPen n.º 1 1998, p. 71: “sanciones de carácter penal aplicables a personas jurídicas”; MARTÍNEZ-BUJÁN, PG¹ 1998, p. 232 y PG² 2007, p. 540: “no son meramente administrativas, sino propias del Derecho penal”; ARROYO ZAPATERO, RPen n.º 1 1998, p. 14: “consecuencias accesorias con idénticos efectos preventivos a las penas”; TERRADILLOS, RPen n.º 1 1998, p. 80: “otro tipo de consecuencias jurídicopenales”; AGUADO CORREA, Comiso, p. 36: “las consecuencias accesorias tienen carácter de sanción penal”; FERNÁNDEZ PANTOJA, en ComCP IV, pp. 945 s.; FERNÁNDEZ TERUELO, LH-Valle, p. 280: “nueva categoría penal con características propias”; DE LA CUESTA ARZAMENDI, LH-Barbero Santos I, pp. 980 s. (“nueva categoría penal de respuesta al delito”); FEIJOO, Sanciones, pp. 109, 139 y 147: “se trata, pues, de consecuencias que pertenecen al Derecho penal”; OCTAVIO DE TOLEDO, LH-Cerezo, p. 1129: “las consecuencias accesorias de que se ocupa el artículo 129 CP poseen carácter penal”; TAMARIT, LH-Cerezo, p. 1163: “tercera forma de sanciones penales”; GUARDIOLA LAGO, Responsabilidad, p. 117: “naturaleza de sanciones penales en sentido amplio”. Esta fue también la tesis de la jurisprudencia, como se aprecia en *STS de 20 de septiembre de 2002*, al decir ésta respecto del comiso que si bien ciertamente “no constituye una pena por no incluirse en el catálogo del art. 33 CP” ello no impide “que esté sometido a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad”. Un sector de la doctrina que, a diferencia de los autores mencionados, negó a las consecuencias jurídicas el carácter de sanciones o de consecuencias “penales”, consideró que su naturaleza sería la propia de las “medidas de seguridad penales”; véase en este sentido, por ejemplo, MAPELLI, RPen n.º 1 1998, p. 53: “consecuencias muy próximas a las medidas de seguridad”, si bien MAPELLI, en *Consecuencias*⁴ 2005, p. 352, se decantó ya correctamente por negarles también la naturaleza de medidas de seguridad; SILVA SÁNCHEZ, *Consecuencias accesorias*, p. 347, consideró que la naturaleza de las consecuencias accesorias para personas jurídicas era la propia de las “medidas de seguridad jurídicopenales” porque, a su juicio, también la peligrosidad de la persona física se basa en la mera lesión de normas de valoración y en el pronóstico de futuras lesiones de esa misma clase de normas (loc. cit., pp. 344 s.); véase además SILVA SÁNCHEZ, DPyC, vol. 29 n.º 86-87, 2008, pp. 147 ss.; completamente de acuerdo con la tesis de SILVA, si bien de *lege ferenda*, se pronunció MIR PUIG, REPC 06-01 (2004), p. 6 nota 19. Con posterioridad a la introducción por la L.O. 5/2010, de las llamadas “penas” para personas jurídicas en el art. 33.7 CP, y al mantenimiento, por dicha Ley, de las consecuencias accesorias de contenido semejante para entes sin personalidad jurídica en el art. 129, la mayor parte de quienes niegan a las primeras el carácter material de penas, se mantienen en la misma tesis de que se trata de consecuencias o medidas *sui generis* de naturaleza penal y con fines penales, y lo mismo mantienen con respecto a las consecuencias nominalmente accesorias del art. 129 CP; véase, por ejemplo, MAPELLI, *Consecuencias*⁵ 2011, p. 49: “aun cuando el legislador les otorgue la naturaleza jurídica de penas, las sanciones previstas para las personas jurídicas se encuentran a mitad de camino entre aquéllas y las medidas de seguridad”, mientras que se mantiene en su opinión de que las consecuencias accesorias del art. 129 CP no son penas ni medidas de seguridad (loc. cit., p. 408); LUZÓN PEÑA, PG² 2012, pp. 8 ss.: “sanciones criminales o penales a las personas jurídicas, que no son penas ni medidas de seguridad (aunque en la reforma del CP en 2010 se las llame penas, como en algunas otras legislaciones), sino un *tertium genus*, un tercer género o clase de sanciones del Derecho penal” (p. 8) “similares a las medidas de seguridad” (p. 10); SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, pp. 32 ss.: „no son penas, sino medidas de seguridad“ (p. 32); son „consecuencias jurídicopenales“ (pp. 35 s.); „constituyen en realidad medidas de seguridad“ (p. 37); = SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos*, pp. 277 ss., y concretamente pp. 278, 284 y 287; FEIJÓO, Art. 129, p. 268, llama aquí a las „penas“ contra personas jurídicas „sanciones o penas interdictivas“, y las equipara a las consecuencias accesorias por su indudable parentesco en cuanto a los fines político-criminales, que serían los mismos de prevención especial.

el debate sobre dicha cuestión sea uno solo nominal. Pero veamos cómo esta actitud de Nieto, mucho más allá de la imprecisión y de la ambigüedad que él mismo atribuye a su trabajo, le lleva más bien a incurrir en graves errores lógico-objetivos y a confusiones conceptuales. Como estas graves contradicciones y confusiones conceptuales saltan por sí mismas y de inmediato a la vista en el texto mismo de Nieto, me limito a resumir dicho texto e insertaré las observaciones críticas que me parezcan oportunas en los pies de página.

a) Propone Nieto configurar un Derecho penal de personas jurídicas como una *tercera vía*¹⁵³, porque en su opinión aquél: a) tendría como ventaja indudable la de que “nos libera del enojoso y algo artificial trabajo de establecer un sistema único para ambos sujetos”¹⁵⁴; y b) además evitará “un debate estéril, puramente semántico, en cuanto que permite un punto de convergencia que creo que puede asumirse, más fácilmente, por los partidarios de ambas posiciones”¹⁵⁵. Esa tercera vía consistiría en establecer unas “medidas penales contra personas jurídicas” como unas “formas *distintas* de actuación del derecho penal”, y esto porque: a) no pueden ser penas, pues el *hecho psicológico* de la intimidación que se persigue con éstas “es imposible de apreciar en las personas jurídicas como tales”¹⁵⁶, y sin embargo, *sí*

¹⁵³ Hay que llamar la atención sobre el hecho de que NIETO, Responsabilidad, nota 12 de pp. 20-21, incluya a MIR PUIG como defensor de esta “tercera vía”, pues es evidente que aunque MIR utilice en el título de su artículo ese término, su rechazo de la responsabilidad penal de la persona jurídica es inequívocamente “absoluto”; véase, para la situación anterior a la L.O. 5/2010, MIR PUIG, RECPC 06-01 (2004), pp. 8 ss.; EL MISMO, LH Ruiz Antón, pp. 749 ss.; y manteniendo la misma tesis incluso después de la entrada en vigor del art. 31 bis CP por obra de aquella ley, véase EL MISMO, en Foro FICP nº 2014-1 (abril), pp. 28 ss., donde muy claramente se pregunta por si “¿era verdaderamente necesario prever unas *mismas* medidas con *dos nombres* distintos?” y por si ¿no bastaba con la designación unitaria de ‘consecuencias accesorias’, ampliando y precisando en la medida necesaria sus presupuestos?” (p. 31 nota 13, cursiva del autor); e igualmente MIR PUIG, en Foro FICP nº 2015-2 (julio), pp. 145 y 147 nota 12. Por cierto, que para MIR (RECPC 06-01 (2004), p. 4; y EL MISMO, LH Ruiz Antón, p. 745), el fundamento de las medidas aplicables a las personas jurídicas no es otro, con razón, que la “peligrosidad objetiva” de la persona jurídica en cuanto instrumento para la comisión de delitos por personas físicas, que NIETO MARTÍN pretende rechazar con argumentos que ya he rebatido de modo suficientemente contundente *supra* en nota 88.

¹⁵⁴ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, pp. 24 s. Sin embargo, como estamos viendo, si algo hay que caracteriza claramente a la discusión *actual* sobre la cuestión, es que absolutamente nadie pretende ya establecer un sistema *único* para ambos sujetos, sino construir para la persona jurídica “otro” distinto, bien sea por analogía, o bien en paralelo con categorías funcionalmente análogas o equivalentes. Por tanto, es obvio que la tercera vía no puede liberar a la doctrina penal de algo de lo que ésta ya se ha liberado completamente.

¹⁵⁵ Se refiere obviamente a las posiciones respectivamente favorable y contraria a la responsabilidad penal de la persona jurídica que ha expuesto antes; véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 21. Pero que la posición contraria a toda atracción de la persona jurídica al campo jurídico penal, no puede converger ni en un solo punto —ni siquiera el más ínfimo— precisamente con el modo en que NIETO MARTÍN piensa a la cosa —utilizo aquí el término en el sentido más riguroso de la doctrina y del método de la “naturaleza de la cosa”—, es algo que tendría que estar absolutamente claro a partir del rechazo radical de su postura que expongo aquí y que, sin la menor duda, suscribiría todo aquél que, sin vacilación alguna, sea refractario a semejante constructo. Y sobre que no se trata de ningún debate puramente semántico, me remito a lo dicho en el anterior inmediato apartado 7.

¹⁵⁶ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 22. En esto —pero solo en esto— NIETO sí tiene toda la razón, y no cae en la ficción de otros que *sí* ven realizables los fines de la pena con la consecuencia que se impone a la propia persona jurídica, como es el caso por ejemplo, de DANNECKER, GA 2001, pp. 114 s.

que tienen que ser “penales”, porque comparten con la pena la producción, si bien indirectamente, del fin de “la *motivación* del substrato humano que integra la persona jurídica”¹⁵⁷; y b) tampoco son medidas de seguridad propiamente dichas, pero *sí* están próximas a éstas porque comparten con ellas “que su finalidad primordial es la autorregulación —en términos clásicos, un tipo de corrección— de quien va a ser sancionado”¹⁵⁸. Pero por si todo esto fuera poco, y ahora en lo que respecta al “supuesto de hecho” de tan extrañas medidas “penales”, para Nieto Martín: a) la persona jurídica —afirma— es ciertamente capaz de culpabilidad *ella misma*, pero cuando se hable de “culpabilidad de la empresa” —advierte— hay que entender que no se hace referencia “a un juicio de reproche similar al que se proyecta sobre las personas físicas”¹⁵⁹; no obstante —desde su lógica de la indiferencia

¹⁵⁷ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 23. Es decir: *no* pueden producir un efecto como la intimidación debido al carácter *psicológico* de ésta, pero sí pueden producir otro como la “motivación” que es *tan psicológico* o más —en todo caso, más complejo— que el de la intimidación (?). Frente a esto, NIETO MARTÍN podría replicar —y en principio no sin razón— que, como es obvio, la motivación a la que se refiere es la de las personas físicas que actúan para la jurídica, y no la de ésta misma. Pero con esto no podría salvar tampoco su tesis de que las medidas contra la persona jurídica tengan que tener una naturaleza precisamente “penal”, pues los más conspicuos detractores de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica —como es precisamente mi caso y el de ROBLES PLANAS— ya proponemos contra la persona jurídica *misma* medidas que *ni siquiera tienen un mínimo carácter sancionador* de ninguna especie, y cuyo fin inequívoco es, sin embargo, ese mismo de *motivar* al substrato humano de la persona jurídica del que habla NIETO; véase GRACIA MARTÍN, Persona jurídica, pp. 70 s.; EL MISMO, Lecciones⁵, p. 253; ROBLES PLANAS, Diario La Ley n° 7705, 29 Sep. 2011, pp. 9 y 12 s.; y en el mismo sentido BOLDOVA, EPC n° 33 (2013), pp. 261 ss.; EL MISMO, PG, p. 343; MIR PUIG, Foro FICP n° 2014-1 (abril), p. 30; EL MISMO, Foro FICP n° 2-2015, pp. 146 s. El ejemplo más apropiado para explicar todo esto —por su extrema simplicidad y sencillez— es el de la llamada “multa coercitiva”, la cual no tiene ni la naturaleza ni los fines ni siquiera de una sanción administrativa en sentido estricto; al respecto véase, por ejemplo, T.R. FERNÁNDEZ, Curso I¹⁵, pp. 824 ss.; SUAY RINCÓN, Sanciones, pp. 60 ss.; I. PEMÁN, Sistema, pp. 88 ss.; GRACIA MARTÍN, Tratado, pp. 546 s.; y en la doctrina alemana, para la multa coercitiva del Derecho de policía, véase, por ejemplo, RACHOR, en Polizeirecht⁵, E nm. 829, p. 562; también GEIGER, Rechtsnatur, p. 57 nota 176. Por lo demás, también la jurisprudencia constitucional española —tan disparatada en general respecto de la cuestión que nos ocupa— se ha pronunciado en ese sentido, y así, según la STC 164/1995, FJ. 4, “una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una *finalidad disuasoria* de determinados comportamientos sea una sanción”, pues es preciso tener en cuenta que “entre la indemnización y la sanción propiamente dicha pueda haber otro tipo de figuras con finalidades características, que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos”; véase también las SSTC 239/1988, 276/2000 y 121/2010, diciendo la primera, sobre las llamadas multas *coercitivas*, que con ellas “no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo ... sino que consiste en una medida de constreñimiento económico ... tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa” (es decir, tendente a *motivar* a un comportamiento).

¹⁵⁸ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 23. Sin embargo, quien “va a ser sancionada” es “la persona jurídica misma”, y es obvio que ésta no puede *corregirse a sí misma*; quien tendrá que “corregirla” será “el componente humano de la empresa”, es decir, los individuos que actúan para ella, implantando “las medidas de organización necesarias” (loc. cit., p. 24). Es decir, que las medidas contra la persona jurídica no pueden tener otro fin *inmediato* que el de corregir a los individuos que la gobiernan y administran para que éstos finalmente “corrijan” a la persona jurídica. Sobre todo esto ya creo haber dicho más que suficiente en las críticas a las tesis anteriormente examinadas, tanto en el texto como en las notas, y no puedo volver a repetir las aquí.

¹⁵⁹ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 21. También en esto lleva razón, pues es evidente que el reproche como culpabilidad presupone capacidad individual de evitar la infracción de la norma; véase por todos SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 2 s., 4, 6. Pero si no existe “similitud”, entonces es más que seguro que

ante la nomenclatura jurídica— Nieto llama culpabilidad a algo que tiene que ser por fuerza materialmente distinto de la culpabilidad¹⁶⁰; b) lo que el Derecho le reprocha a la persona jurídica “es la infracción de una norma de *valoración*, en virtud de la cual el legislador desvalora un *estado*, si se quiere, una *forma de ser* de la persona jurídica”¹⁶¹, y por esto aquí estaríamos ante “una suerte de derecho penal de autor, constitucionalmente admisible”¹⁶²; no obstante, c) todo ello “no quiere decir que en algún caso no deban existir equivalentes funcionales”¹⁶³ (hay que suponer que de las categorías del delito).

b) Finalmente, y como clave de bóveda de la arquitectura *no-jurídica* de Nieto, según él, la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica: a) en todo caso es objeto de “una decisión de política criminal en manos del legislador” sólo “condicionada, eso sí, como cualquier otra, por el derecho penal constitucional”¹⁶⁴; porque b) “en un Estado constitucional la dogmática penal, ni mucho menos una determinada concepción de la teoría del delito, no representa ninguna barrera infranqueable de” —*sic.*, mejor: “para”— “la política criminal, cuyo único límite se encuentra en la Constitución”¹⁶⁵; y c) por todo esto, no puede mantenerse “seriamente” que una decisión del legislador a favor de la imposición de sanciones penales a la persona jurídica sea contraria a la Constitución¹⁶⁶. Nieto Martín se suma así a la cruzada contra la Dogmática iniciada en 1980 por Zugaldía con su famoso lema de que si la misma impide penar a la persona jurídica, entonces “peor para ella”¹⁶⁷, y con su consigna de que para superar el obstáculo se debería —*¡sic et simpliciter!*— “prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro”¹⁶⁸, porque de lo que aquí se trata es de dar una respuesta práctica a un problema de

sea el que sea el substrato al que NIETO le cuelga la etiqueta de culpabilidad de la persona jurídica, dicho substrato será cualquier cosa menos culpabilidad.

¹⁶⁰ Como lo es “el déficit de organización permanente”; NIETO MARTÍN, Responsabilidad, pp. 146 ss. Pero así la persona jurídica desorganizada no es culpable por un hecho concreto, sino que se encuentra en un “estado permanente de culpabilidad”; por otra parte, NIETO debería explicarnos la extraña combinación entre “culpabilidad” y “medidas” que tiene lugar en su propuesta.

¹⁶¹ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 22, citando en apoyo de esto la tesis de SILVA SÁNCHEZ, que sin embargo es radicalmente incompatible con lo que NIETO afirma. Que el juicio de reproche de la culpabilidad no puede tener por objeto en ningún caso la infracción de una norma de “valoración”, es algo básico y elemental, pues es mucho más que evidente que la infracción de una norma de valoración ni siquiera puede ser objeto del juicio de lo injusto *personal*, sino como mucho del juicio de “injusto puramente objetivo”, y a nadie se le ha ocurrido nunca hacer de dicha infracción el objeto del juicio de “culpabilidad”; al respecto, véase sólo la clara y completa exposición de MIR PUIG, PG⁹, pp. 68 ss.

¹⁶² Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 23. Sobre esto, la prudencia aconseja no hacer aquí ningún comentario.

¹⁶³ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 25. No voy a repetir aquí lo que ya he dicho antes sobre el método y las tesis del “equivalente funcional”.

¹⁶⁴ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 17.

¹⁶⁵ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 17.

¹⁶⁶ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, pp. 17 y 102 ss.

¹⁶⁷ Así, lisa y contundentemente, sin más, ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, p. 87.

¹⁶⁸ Véase ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, p. 86.

criminalidad, y entonces —como también ha reivindicado más recientemente Vogel— la Dogmática tiene que perder en favor de la política criminal¹⁶⁹.

c) Frente a estos deslices hacia un positivismo legal incompatible con el *Derecho*, y resumiendo la extensa crítica que ya he formulado en otro lugar¹⁷⁰, hay que decir: a) que en un Estado de Derecho, el legislador no puede tener el poder omnímodo que quieren concederle estos autores, y que es inadmisibles identificar a la legislación con el *Derecho*¹⁷¹, pues la legislación no es más que un instrumento *político* de carácter técnico para la *concreción* del *Derecho*¹⁷²; por esto, no deben poder ser reconocidas como *Derecho* las leyes que, porque lo contradicen, son por ello *antijurídicas*¹⁷³; b) que el *Derecho* penal se tiene que concebir como el conjunto de principios y de reglas que tienen que limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo en todas sus manifestaciones, y puesto que la competencia para su elaboración y formulación corresponde al “saber” jurídico-penal, el *Derecho* penal se identifica con la Ciencia o Dogmática jurídico-penal¹⁷⁴; pero entonces, c) prescindir de la Dogmática por razones pragmáticas —o por cualquier otra— supone liquidar de raíz a la Ciencia jurídica¹⁷⁵, es decir, al Derecho mismo, y caer así, como indica-

¹⁶⁹ Véase, VOGEL, StV 7/2012, p. 428, afirmando que el legislador no estaría limitado por la Dogmática jurídica, sino que estaría legitimado democráticamente para la determinación del Derecho de un modo libre y soberano, y así entonces para configurar un injusto de la acción y una culpabilidad propios de la persona jurídica, esto es, desviados y diferentes de los correspondientes a la persona natural.

¹⁷⁰ Véase GRACIA MARTÍN, Foro FICP nº 2-2014, pp. 42 ss.; EL MISMO, Foro FICP nº 2-2015, pp. 190 ss.

¹⁷¹ Véase, en particular respecto de la relación entre Derecho y legislación, GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso I¹⁵, p. 38: “el Derecho no es un producto de la ‘voluntad del Estado’, sino una función de la comunidad ... que nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de Leyes y de Reglamentos”. El art. 103.1 CE 1978 distingue claramente entre *ley* y *Derecho* como instancias a las que debe someterse la actividad de la Administración, y los arts. 1.1, 9.1 y 96.1 remiten al “ordenamiento jurídico”, es decir, al Derecho, como instancia superior a la que deben someterse todos los poderes públicos, y por tanto, también el legislador; véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso I¹⁵, pp. 77 y 95; en el mismo sentido para la Ley Fundamental de Bonn, véase BENDA, Estado social, pp. 498 ss.

¹⁷² Cfr. sobre este complejo problema ENGISCH, Konkretisierung, 1953, *passim*, y ahora especialmente pp. 75 ss. y pp. 85 ss. Según ENGISCH “se da también concreción como determinación en el plano de la *legislación*, allí donde ‘ideas abstractas’ o ‘planes inconcretos’ pretendan alcanzar la ‘forma concreta’ de normas jurídicas” (p. 77).

¹⁷³ Véase en sentido parecido SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte, 1971, p. 40: “el legislador se encuentra en cada etapa histórica ciertos *valores básicos* preexistentes, que surgen de las relaciones sociales y culturales sobre la base de un convencimiento común en la sociedad y, por tanto, a la postre, sobre la base de la naturaleza de las cosas. El catalizador reside aquí en la *evidencia* de estos valores, avalada por la convicción general. El respeto a estos valores básicos lo consideramos —enlazando aquí con MAIHOFER— como condición previa para la validez de cualquier ley positiva, (y) para el *Derecho penal* de ahí se deduce sólo que las leyes penales que vulneran estos valores básicos ... *no alcanzan a crear Derecho*” (las últimas cursivas son mías, las demás del propio autor citado).

¹⁷⁴ En este sentido véase insistentemente ZAFFARONI, PG² 2002., pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; similar SCHÜNEMANN, FS Herzberg, *passim*, donde enfatiza que la función social de la Ciencia del Derecho es “el control mediante la razón de la arbitrariedad de quienes ostentan el poder” (p. 40), y sostiene también que en relación con determinados principios, la Dogmática jurídico-penal “incluso tiene que hacer las veces de la legislación” (p. 49); SCHÜNEMANN, FS Roxin 2001, pp. 1, 8; EL MISMO, ZStW 2014, pp. 2 s.; GRACIA MARTÍN, Foro FICP 2014-2, pp. 44 ss.; EL MISMO, Foro FICP 2015-2, pp. 191 ss.; véase en general, WELZEL, Introducción, p. 193, y ENGISCH, Konkretisierung, pp. 231 ss.

¹⁷⁵ Véase SCHÜNEMANN, en Constitución europea, pp. 151 s., criticando esto en el sentido de que “el criterio siempre extendido en el common law y en aumento en el continente europeo, de que hay que

ra Hirsch, en una arbitrariedad destructiva del Estado de Derecho¹⁷⁶; d) si los principios *nulla iniuria sine "actione"* y *nulla iniuria sine "culpa"* son exigencias indeclinables de la ética republicana y del Estado de Derecho¹⁷⁷; y si ningún concepto de acción y de culpabilidad *en el sentido del Derecho penal* que se construyan para la persona jurídica pueden ser nada más que una invención sin el mínimo soporte empírico en el mundo real en que tiene que operar e influir el Derecho¹⁷⁸; entonces unos conceptos así contruidos e inventados por el legislador, en contra de lo que piensa Vogel, no deben poder verse nada más que como expresión de un ejercicio *arbitrario* de poder de un Estado de policía¹⁷⁹, que el Estado de Derecho y su Constitución no deben tolerar y mucho menos reconocer como Derecho¹⁸⁰, por ser la arbitrariedad absolutamente incompatible con éste¹⁸¹; y finalmente, e) a modo de conclusión, y frente a la afirmación de Nieto, de que no puede sostenerse “seriamente” que la sanción penal contra personas jurídicas sea inconstitucional, hay que decir que la verdadera falta de “seriedad”, por falta de rigor dogmático e incluso político, reside precisamente en la configuración de una figura de responsabili-

centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia” (p. 151).

¹⁷⁶ Véase HIRSCH, *Strafrechtsdogmatik*, p. 64 (= Dogmática penal, p. 17): “una minimización de la Dogmática abre el camino a la arbitrariedad y consecuentemente a la pérdida del Estado de Derecho”; y en fin, recuérdense las emblemáticas reflexiones de GIMBERNAT, en sus *Estudios*³, pp. 158 ss., sobre la función de la Dogmática penal, que se resumen en sus palabras, asimismo emblemáticas, mediante las que expresó que ella es la que “hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación” (p. 158); ZAFFARONI, *Política*, p. 73, donde llama la atención sobre “la inmensa tarea de elaboración dogmática llevada a cabo en los últimos cien años, que de ningún modo puede desperdiciarse quien pretenda reducir racionalmente el ejercicio del poder punitivo”.

¹⁷⁷ Véase ZAFFARONI, *PG*², pp. 399 ss. (para la acción), y 139 ss. (para la culpabilidad), y en particular para el concepto de acción p. 414, donde dice con razón que “el *nullum crimen sine conducta* reclama un concepto pretípico de acción que, por imperativo *constitucional e internacional*, debe imponerse incluso al poder criminalizante primario, pero si para construirlo se lo funda en los actos de criminalización primaria (los tipos legales), el refugio no será otra cosa que una jaula de leones”; véase además FERRAJOLI, *Derecho y razón*⁵, pp. 480 (para la acción) y pp. 487 (para la culpabilidad); DÍEZ RIPOLLÉS, *Racionalidad*², pp. 147 s. (para la acción) y 152 ss. (para la culpabilidad); PAREDES CASTAÑÓN, *Justificación*, pp. 298 s. y 304 ss.

¹⁷⁸ Véase ZAFFARONI, *PG*², pp. 386 ss. en general, y en particular sobre los intentos de construir un concepto de acción para la persona jurídica, p. 428: “los argumentos que estos discursos punitivos ensayan no alcanzan a inhibir el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante”.

¹⁷⁹ En contra de la insostenible e inadmisibile habilitación que se pretende reconocer y dar al legislador para formular unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica, advierte SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, p. 4, con toda la razón, y de un modo que no puede ser más contundente, sobre cómo ello daría lugar a una violación clara de la “prohibición de la arbitrariedad”, toda vez que de ésta forman parte “(1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la Gramática, y por cierto entendiendo aquí a la Lógica no en sentido formal, sino como los principios del habla conforme a la razón, los cuales se conculcan cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes”.

¹⁸⁰ Véase ZAFFARONI, *PG*² 2002, pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., y 101 ss.

¹⁸¹ Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho por el poder público y sus distintos órganos, véase LEGAZ, *Filosofía*⁴, pp. 651 ss.: “la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad ... (y) presupone el concepto del Derecho” (p. 651).

dad *penal* de las personas jurídicas que, tal y como lo demuestra la más altamente cualificada doctrina jurídico penal, *sí* es inconstitucional evidentemente, entre otros motivos¹⁸² porque aquélla supone una grave liquidación del concepto del delito elaborado por la Dogmática jurídico penal por medio de un estricto método *jurídico*, ante el que la Política criminal sólo tiene que plegarse por la misma razón de que el César tampoco está por sobre la Gramática, y porque dicho concepto constituye un complejo argumentativo de rango precisamente *constitucional*¹⁸³.

IV. Un mundo al revés: el insostenible argumento de la capacidad infractora, de culpabilidad y de sanción de la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo

1. Se mire por donde se mire, es insólito y errático que un sector de la doctrina penal, para tratar de salvar los insuperables obstáculos que impiden reconocer a la persona jurídica como sujeto penalmente responsable, esgrima el argumento de que por un lado, la misma ya está reconocida desde antiguo como sujeto de la infracción y de la sanción en el Derecho sancionador administrativo, y por otro que este reconocimiento no haya sido puesto en cuestión ni por administrativistas ni por penalistas. Así por ejemplo, Zugaldía, Nieto Martín y Gómez Tomillo afirman que si entre el Derecho penal y el sancionador administrativo no existen diferencias sustanciales, y por esto ambos se rigen por los mismos principios, y si en el último siempre se ha reconocido y actualmente también se reconoce la capacidad de la persona jurídica para cometer infracciones y para ser sancionada, de todo esto debería resultar que no tendría que haber ninguna dificultad para admitirla como sujeto responsable asimismo en el Derecho penal¹⁸⁴. Pero frente a una sugerencia tan desafortunada como esta, que apunta a un mundo al revés porque ya no tendría que ser el Derecho sancionador administrativo el que se sometiera a los principios del Derecho penal, sino éste el que tendría que administrativizarse, hay que oponer

¹⁸² Véase en este sentido SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 8 ss. donde advierte que un supuesto de hecho legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas podría ser inconstitucional por vulnerar los principios de igualdad y de proporcionalidad (pp. 8 s., 15 ss.), el derecho fundamental de asociación (pp. 9 s. y p. 16), el principio de culpabilidad (pp. 10 y 11), y en definitiva el principio del Estado de Derecho (pp. 17 ss.); ROBLES PLANAS, Diario La Ley, n° 7705, 29 Sep. 2011, pp. 13 ss.; MIR PUIG, Bases constitucionales, 2011, pp. 127 s.; ZAFFARONI, PG^{2a}, p. 428, quien afirma correctamente que contra las personas jurídicas son admisibles únicamente consecuencias jurídicas reparadoras o de coacción administrativa directa, mientras que las penas serían *inconstitucionales*.

¹⁸³ Véase en este sentido ZAFFARONI, PG^{2a}, p. 374 y nota 374, con cita de DONINI.

¹⁸⁴ Véase ZUGALDÍA, Responsabilidad, pp. 16 ss.: “admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal” (p. 17); GÓMEZ TOMILLO, Introducción^{2a}, p. 46: “si se acepta la unidad ontológica de infracciones administrativas y delitos, los criterios utilizados en ese marco jurídico pueden ser especialmente útiles ahora en Derecho penal”; véase EL MISMO, Derecho sancionador, pp. 377 s. En sentido parecido, también NIETO MARTÍN, Responsabilidad, p. 17: “si estos principios [sic.: los del Derecho penal] son de aplicación ya a las sanciones administrativas que se imponen a las personas jurídicas, con más razón habrán de serlo a un hipotético régimen de responsabilidad penal”.

ya que se trata de una afirmación absolutamente infundada hecha en un vacío total de doctrina y de teoría jurídicas que se desvanece completamente mediante un sometimiento de la misma a una especie de prueba de la verdad. Porque como voy a mostrar a continuación, no es cierto en absoluto que el Derecho sancionador administrativo reconozca capacidad infractora, de culpabilidad y de sanción a la persona jurídica, porque como demuestra un estudio riguroso de la doctrina iusadministrativa, en esta, independientemente de la imprecisión y de la volubilidad e inconstancia terminológicas que lamentablemente existen en sus exposiciones, lo cierto es que es absolutamente mayoritaria la tesis de que la persona jurídica carece realmente de aquellas capacidades, y en consecuencia que su responsabilidad por la comisión de infracciones no es en realidad una de tipo sancionatorio, sino una de naturaleza civil y administrativa no sancionatoria. Veamos lo que dice al respecto la Dogmática iusadministrativa española, y la de las contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) en Alemania, sobre las respectivas regulaciones legales correspondientes.

2. En el plano de la legislación, es cierto que todos los ordenamientos jurídicos vienen admitiendo desde antiguo una responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones, y que la establecen positivamente con diferentes fórmulas legales. Así, por ejemplo, en la legislación española, el art. 130.1 LRJAPPC establece con alcance general que “podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las *personas físicas y jurídicas* que resulten *responsables* de los mismos”, y en la OWiG alemana no existe ningún precepto semejante, pero en su § 30 se establece con carácter general la posibilidad de aplicar a las personas jurídicas y a las agrupaciones de personas una multa como consecuencia jurídica de la comisión de delitos y de contravenciones. ¿Establecen estos preceptos una responsabilidad estrictamente sancionatoria de la persona jurídica? Aparentemente sí, pero en el fondo no es así. Conforme a lo ya dicho más atrás¹⁸⁵, la función de la Ciencia jurídica es trascender todas las apariencias en cualquier plano, para “distinguir” entre lo que sólo y nada más que en apariencia se nos muestra igual o semejante, y asimismo a la inversa para “unificar” o “nivelar” lo que también sólo y nada más que en apariencia se nos muestra diferente o disímil, y en definitiva para dispensar luego un trato igual a lo que es igual y uno desigual a lo desigual, es decir, para realizar la “idea” del Derecho. Para poder alcanzar esta meta, la Ciencia jurídica debe desarrollar y concretar la “idea” del Derecho en “conceptos” jurídicos categoriales teleológicos y luego ordenarlos en un “sistema”¹⁸⁶. Y aunque la mayor parte de los conceptos jurídicos tienen un

¹⁸⁵ Cfr. *supra* III.7

¹⁸⁶ Sobre esto, véase sólo RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*^{2a}, p. 113: la Ciencia jurídica tiene que llevar a cabo una doble elaboración de su materia: “una elaboración categorial que exponga al Derecho como realización de su concepto y de las categorías contenidas en él, y otra teleológica que lo describa como intento de realización de la idea del Derecho”, de tal modo que “esta doble elaboración se llama *construcción*, y cuando no queda limitada a una sola institución jurídica, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico, se llama *sistemática*”, y por esto “hay una doble construcción y sistemática: una categorial y otra teleológica”.

carácter ordenador o tipológico, no por esto dejan de ser también clasificatorios ni de desempeñar así funciones de clasificación de la materia del Derecho. La misión de la Ciencia jurídica es proporcionar los instrumentos adecuados para el enjuiciamiento jurídico correcto y justo de las cosas, y como la distinción de lo diferente y la unificación de lo semejante son condiciones de la posibilidad de un juicio correcto y justo, por esto la Ciencia jurídica, además de teleológica, es también categorial y clasificatoria. Pues bien, como vamos a ver, la Dogmática iusadministrativa rigurosa que, sin perderlo de vista, se apoya en el saber de la Ciencia jurídica, como no podría ser de otro modo, desvirtúa completamente la afirmación atributiva de capacidad infractora y de culpabilidad a la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo, y en consecuencia también el carácter y la naturaleza de sanción de la consecuencia jurídica que se le aplica por la infracción que ella no ha cometido —simplemente porque es imposible que la pueda cometer— en ningún caso. Pero es que más allá de esto, si bien es cierto que hay alguna doctrina iusadministrativa que afirma la responsabilidad sancionatoria de la persona jurídica, esta doctrina en ningún caso podría ser invocada como argumento a favor y como aval de una posible responsabilidad *penal* de la persona jurídica, sino precisamente como un argumento que por diversas y plurales razones tendría el sentido de negarla.

3. Un riguroso estudio de la doctrina administrativa lleva al resultado de que las distintas concepciones de la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de infracciones, se pueden diversificar agrupándolas en tres bloques diferenciados, siendo los dos primeros correctos y muy próximos —para no decir idénticos— en cuanto a los fundamentos *materiales* de la cuestión, y el tercero uno totalmente incorrecto y próximo a los penalistas, aunque tal vez los administrativistas sean más sinceros y menos fundamentalistas que éstos. El primer bloque, representado fundamentalmente por la Dogmática alemana de las contravenciones, parte de la identidad sustancial o material entre Derecho penal y contravencional, y en consecuencia niega que la responsabilidad de la persona jurídica sea una auténticamente sancionatoria. El segundo está representado por los iusadministrativistas españoles que partiendo de la tesis de la diferencia sustancial y en los principios entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, explican la responsabilidad de la persona jurídica como una de carácter objetivo, esto es, sin culpabilidad, y por lo tanto, en el fondo, de naturaleza no estrictamente sancionatoria, sino civil y administrativa no sancionatoria. Y el tercer bloque está representado por los iusadministrativistas que parten de la identidad sustancial entre Derecho penal y administrativo sancionador y no obstante tratan de fundamentar la capacidad infractora, de culpabilidad y de sanción de la persona jurídica, si bien, y a diferencia de los penalistas, reconociendo que las categorías penales debe ser reinterpretadas, adaptadas o, en definitiva, moduladas para poder ser trasladadas a la persona jurídica.

4. a) En la doctrina alemana, por ejemplo según Mitsch, “la caracterización de

una conducta como ‘contravención’ expresa que esta conducta cumple todos los presupuestos de la *sanción* ‘multa’ del Derecho de contravenciones” siendo así que “la estructura de la contravención es la misma que la del hecho punible”, es decir, una acción típica, antijurídica y reprochable¹⁸⁷. Por esto, en la doctrina alemana es absolutamente mayoritaria la opinión de que solo la persona natural puede cometer una contravención, porque la jurídica carece de la capacidad de realización de la acción antijurídica y reprochable constitutiva del concepto de contravención del § 1 (1) OWiG¹⁸⁸. Por otro lado, en cuanto a las consecuencias jurídicas aplicables a la persona jurídica, la OWiG establece solo la de multa en el § 30 OWiG, pero llama la atención y es significativa su ubicación sistemática fuera del tercer capítulo de la OWiG dedicado a la auténtica *sanción* de multa —aplicable únicamente a personas físicas—, y que su regulación aparezca junto al comiso a continuación de él en el capítulo sexto, el cual a su vez está precedido por el quinto dedicado a la confiscación de las ganancias ilícitas. Y si la ubicación sistemática de la multa contra personas jurídicas en la OWiG es significativa, la razón es que según la opinión altamente mayoritaria, tanto en el StGB como en la OWiG, el comiso y la confiscación no son sanciones en sentido estricto, sino que tienen el carácter de “consecuencias accesorias”, y si prescindimos de la volubilidad e inconstancia terminológicas generalizadas en la doctrina, lo que parece estar claro es que en ella predomina la idea común de que todas las especies de consecuencias accesorias están total o, en algún caso, al menos parcialmente desprovistas de carácter y de naturaleza propiamente sancionatorios, tanto en razón de sus fundamentos —es decir: de la estructura del supuesto

¹⁸⁷ Véase MITSCH, *Ordnungswidrigkeiten*^{2a}, pp. 41 ss., para las citas p. 41 y p. 42.

¹⁸⁸ Según MITSCH, *Ordnungswidrigkeiten*^{2a}, p. 44, “el círculo de personas a las que se dirigen las normas de la multa está limitado a las naturales”, porque a las personas jurídicas “no se les puede reprochar nada, sino sólo hacerlas responder por la conducta de los individuos que actúan por ella”, y esta regla “la confirma” precisamente la previsión de una multa para personas jurídicas en el § 30 OWiG, porque éste, en caso contrario, “sería superfluo” (p. 44); MITSCH, *loc. cit.* p. 55, sostiene también que “autor de cualquier contravención sólo puede ser una persona natural”, pues los presupuestos de la multa contra la persona jurídica del § 30 OWiG, “no los realiza la agrupación sino otro sujeto, un individuo humano”, porque (*loc. cit.*, p. 58) “la persona jurídica misma no actúa”, y aunque “le pueda ser impuesta una multa conforme al § 30 OWiG (...) éste no finge que la persona jurídica misma haya cometido el hecho ni realizado todos los presupuestos” de la multa. Según GÖHLER, *OWiG*^{16a}, comentario previo al § 1 núm. 31, “autor de una contravención sólo puede ser un ser humano” y “la multa contra una persona jurídica y contra una agrupación de personas es la consecuencia del hecho de un ser humano”; para GÖHLER (*loc. cit.*), incluso el fundamento de la multa contra la persona jurídica, que consiste en el defecto de organización, “es obra de un ser humano, mientras que la persona jurídica o la agrupación mismas no son capaces de acción”. Según RENGIER, *KKOWiG*^{4a}, comentario previo al § 8 núm. 4, “capaz de acción y con esto autor idóneo (de una contravención) son únicamente personas naturales (...), no personas jurídicas ni agrupaciones de personas, porque estas no pueden generar ninguna voluntad natural”. Para ROSENKÖTTER, *Ordnungswidrigkeiten*^{7a}, p. 191 núm. 387, “las personas jurídicas y las agrupaciones de personas no pueden cometer contravenciones”. Según BOHNERT, *OWiG*^{3a}, § 30 núm. 1, la persona jurídica misma “no puede actuar”; igualmente, EL MISMO, *Grundriss*^{4a}, p. 44: “debido al principio de culpabilidad, que también rige en el Derecho de contravenciones (§ 1), sólo pueden actuar de modo contrario al orden personas naturales, no personas jurídicas y agrupaciones de personas”; véase también REBMANN/ROHT/HERMANN, *GOWiG*^{18a}, comentario previo al § 1 núm. 46 y comentario previo al § 30 núm. 5.

de hecho al que se asocian— como por los fines de cada una de las especies de aquéllas¹⁸⁹.

b) En particular con respecto a la multa contra personas jurídicas y agrupaciones, ciertamente es frecuente que se la designe con el nombre genérico de sanción, pero una lectura profunda y sustancial de las descripciones de sus fundamentos, de sus fines y de su régimen jurídico, pone claramente de relieve que ello se debe a la volubilidad e inconstancia terminológicas a las que me acabo de referir, y en definitiva a la ya insoportable y muy preocupante ligereza y falta de rigor de los autores en el uso de la nomenclatura jurídica¹⁹⁰. Pues mas allá de esto, lo realmente importante y decisivo es que la mayor parte de las explicaciones del fundamento material, de los fines y del régimen jurídico de la multa contra personas jurídicas, apuntan claramente a que se trata de una consecuencia jurídica *no sancionadora* o al menos, en todo caso, no totalmente sancionadora, porque existe un amplio acuerdo en que su fundamento no está constituido en ningún caso ni por un injusto ni por una culpabilidad inconcebibles de la persona jurídica, sino en última instancia por un supuesto de hecho que responde y corresponde al tipo de la responsabilidad por hecho ajeno que, evidentemente, no puede tener ninguna naturaleza sancionatoria, sino una exclusivamente civil o de Derecho público. Así por ejemplo, Mitsch no puede ser más claro al respecto cuando explica que “el § 30 OWiG funciona de

¹⁸⁹ Véase por ejemplo JESCHECK/WEIGEND, AT^{5a}, p. 789: “es sumamente difícil la clasificación de la confiscación y del comiso en el *sistema de sanciones*”, pues la confiscación es “una medida de compensación” (p. 792) y el “comiso de aseguramiento sirve a la protección de la comunidad frente a cosas que son *per se* peligrosas o que pueden ser aplicadas para la comisión de delitos” (p. 796); MEIER, Sanktionen^{2a}, pp. 351 ss.: la confiscación es una “medida compensatoria” (p. 353), y el comiso “sirve a la defensa de peligros” (p. 356); GÖHLER, OWiG^{16a}, comentario previo al § 22: “fin del comiso es preponderantemente el aseguramiento de la generalidad y del ordenamiento jurídico”, y § 29^a núm. 1: la confiscación es “una medida semejante a la devolución del enriquecimiento injustificado *sin carácter penal*”; GEIGER, Rechtsnatur, pp. 199 ss., 229 ss. (sobre el comiso de los efectos e instrumentos del delito y sobre la confiscación de las ganancias derivadas de éste, respectivamente); véase además en el mismo sentido, entre otros muchos, ZIPF, AT 2, p. 525 n.º 3; MÜLLER-DIETZ, Grundfragen, pp. 67 ss. ESER, Sanktionen, pp. 57, 83 ss., 89 ss., 284 ss.; EL MISMO, en Schönke/Schröder^{26a}, comentario previo al § 73 n.º 18; SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen, pp. 199 ss., 219, y 230 ss.; SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen, pp. 258 ss.; GÜNTERT, Gewinnabschöpfung, p. 17; SCHMIDHÄUSER AT StB^{2a}, p. 838; LACKNER StGB^{18a} § 73 n.º 1 y § 74 nm. 1 ss. Sobre el concepto de “consecuencias accesorias”, acentuando su carácter no sancionador, véase GRACIA MARTÍN, Lecciones^{5a}, pp. 229 ss.

¹⁹⁰ Porque recordando la importante advertencia de DELGADO ECHEVERRÍA, Vigor, pp. 11 s., en el Derecho “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”. Sobre la arbitrariedad de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el uso de la nomenclatura, véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 15: se podría tener la tentación de pensar como en la comedia de Shakespeare “Mucho ruido y pocas nueces”, que “como las palabras serían sonido y humo”, por eso “no tendría importancia la cuestión de si sería falso hablar laxamente de *sanciones* colectivas o de *penas* colectivas en sentido estricto”, pero “esto es científica y teóricamente completamente equivocado, pues dado que la lengua es no solo el medio de la ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo, toda falsa nomenclatura es también un error en las cosas”. Por eso, tiene razón RANSIEK, Überlegungen, p. 290, cuando advierte que “aquellos que parten de que un titular de una empresa puede actuar realmente de modo culpable, pero hacen notar que esa culpabilidad es *otra distinta* a la de una persona natural, por esto tendrían que empezar por una diferenciación constructiva de las sanciones sobre esa base”, porque “si existe una diferencia cualitativa entre la pena individual y la pena colectiva, no es comprensible por qué debería desdibujarse esa diferencia por medio de una denominación unitaria”.

acuerdo con el principio de la *accesoriedad*, como por ejemplo la responsabilidad del fiador en el Derecho civil o la del Estado por la infracción de deberes de la función pública¹⁹¹, y que esto explica que, de acuerdo con lo que dispongan el Derecho de sociedades, el laboral y el de obligaciones, la persona jurídica pueda “repetir” contra la física que ha cometido el hecho¹⁹². Como observa Göhler, la multa contra la agrupación se legitima por la imputación a ella del hecho de la persona física que ha actuado, “de un modo semejante a como lo hace el § 31 del Código *civil*”¹⁹³. Según Bohnert, el § 30 OWiG no ofrece “ningún tipo sancionatorio propio”¹⁹⁴; y según Roxin, la multa contra personas jurídicas es una “consecuencia accesoria” que, como sucede con otras distintas, no tiene como presupuesto ni siquiera la realización de una acción¹⁹⁵. Pero además, no puede dejar de tenerse en cuenta que, según lo que dispone el § 30 (5) OWiG, la imposición de la multa a la persona jurídica excluye la aplicación de la confiscación de las ganancias y ventajas obtenidas con el delito o la contravención, y según la opinión ampliamente mayoritaria de la doctrina alemana, esa exclusión solo puede explicarse porque entre los fines de la multa contra personas jurídicas, destaca uno tan ajeno al concepto y a la función de la sanción como el de privar a la persona jurídica de las ganancias y ventajas obtenidas por ella, es decir, que entre otros de sus fines, dicha consecuencia jurídica cumple las funciones de la confiscación¹⁹⁶, que como ya hemos visto, es una consecuencia accesoria desprovista del carácter y de los fines de una sanción en sentido estricto¹⁹⁷. En resumen, y más allá de la volubilidad e inconstancia terminológicas existentes, si de algo podemos estar seguros es de que para la mayoría de la doctrina alemana, ni la persona jurídica puede ser sujeto de la infracción (de la contravención), porque solo puede ser tal la persona física, ni la consecuencia jurídica que se le aplica —la multa— tiene la naturaleza de una auténtica sanción en sentido estricto.

5. Partiendo de la tesis de que el Derecho administrativo sancionador es sustancialmente diferente del penal por su materia y por sus fines y funciones, un numeroso y amplio sector de la doctrina iusadministrativa científicamente más cualificada porque trabaja con un estricto método jurídico y sin perder de vista los saberes permanentemente válidos de la Ciencia jurídica, y no obstante sus imprecisiones y falta de rigor terminológicos, entiende —y esto es lo decisivo— que la responsabilidad de la persona jurídica en aquel orden sancionador es una totalmente diferente

¹⁹¹ Véase MITSCH, *Ordnungswidrigkeiten*², p. 166.

¹⁹² Véase MITSCH, *Ordnungswidrigkeiten*², p. 167.

¹⁹³ Véase GÖHLER, *OWiG*¹⁶, comentario previo al § 29^a núm. 12.

¹⁹⁴ Véase BOHNERT, *OWG*³, § 30 núm. 5.

¹⁹⁵ Véase ROXIN, *AT I*⁴, p. 263 núm. 60, y en el mismo sentido, MITSCH, *Ordnungswidrigkeiten*², p. 165.

¹⁹⁶ Véase ROGALL, *KKOWiG*⁴ § 30 núm. 18; BOHNERT, *OWiG*³ § 30 núms. 41-43; EL MISMO, *Grundriss*⁴, p. 39; GÖHLER, *OWiG*¹⁶ § 30 núm. 37; ROSENKÖTTER, *Ordnungswidrigkeiten*⁷, p. 197 núm. 400; MITSCH, *Ordnungswidrigkeiten*², pp. 167 y 171.

¹⁹⁷ *Cfr. supra* nota 189.

a la penal, pues es una sin culpabilidad de carácter objetivo y semejante —por no decir idéntica— a la *civil*, y por esto afirma con razón que este tipo de responsabilidad no puede ser trasladado de ningún modo al Derecho penal.

a) Ya en la doctrina administrativa española más antigua, Montoro Puerto, a partir de su tesis de que en general la culpabilidad no es presupuesto necesario de la sanción administrativa¹⁹⁸, defendió la capacidad infractora y de sanción de la persona jurídica con el argumento de que la responsabilidad penal y la administrativa son *sustancialmente diferentes*. La administrativa sería una “responsabilidad por la mera atribuibilidad” exclusivamente fundada —citando textualmente a Zanobini— en la “capacidad para ser titular de una obligación hacia la administración pública”, y no en la “imputabilidad” que constituye el presupuesto de la culpabilidad necesaria en el Derecho penal¹⁹⁹. Pero si Montoro y la doctrina en que se apoya tuvieran razón, y fuera cierto que la responsabilidad sancionatoria tuviera la estructura que propone, entonces resultaría evidente que el Derecho penal no podría importar una estructura de responsabilidad “sin culpabilidad”, y así lo prueba precisamente el propio Montoro cuando consecuentemente con sus tesis, rechaza la posibilidad de un intercambio de estructuras de responsabilidad entre ambos ordenamientos sancionadores²⁰⁰. Ahora bien, lo que demuestra la “personificación” de la responsabilidad de la persona jurídica en el orden sancionador administrativo, que a todas luces hace Montoro, es justamente que dicha responsabilidad no puede verse en absoluto como una de tipo auténticamente sancionatorio, sino nada más que como una de carácter objetivo de naturaleza jurídica puramente civil y administrativa (no sancionatoria) cuyo sujeto es la “persona”, sea ésta jurídica o física²⁰¹, mientras que la responsabilidad sancionatoria —igualmente que la penal—, si bien se la califica como personal, solamente puede tener como sujeto al “indivi-

¹⁹⁸ Véase MONTORO PUERTO, *Infracción*, pp. 154 ss. y p. 271: “la no necesidad de la culpabilidad del autor de la infracción administrativa, a efectos de la punibilidad”, da lugar a que a diferencia de en el Derecho penal, “en el Derecho administrativo, o mejor aún en el campo de la infracción administrativa será posible imponer una sanción sin existencia de culpabilidad” (p.160).

¹⁹⁹ Véase MONTORO PUERTO, *Infracción*, pp. 143 ss.; CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho*², pp. 145 ss., también parecen fundamentar la responsabilidad sancionatoria en la “capacidad administrativa” del sujeto, al afirmar que “el sujeto activo de la infracción administrativa debe tener dos características: ciertas cualidades y capacidad administrativa” (p. 145), y al ver en el Derecho sancionador una “personificación” (p. 146).

²⁰⁰ Véase MONTORO PUERTO, *Infracción*, pp. 157 s.

²⁰¹ Que esto es así lo reconoce el mismo MONTORO, *Infracción*, p. 144, pues no sólo emplea el término “responsabilidad *administrativa*”, sino que cuando explica y aclara el alcance de tal concepto como *responsabilidad por la mera atribuibilidad*, lo hace reconociendo primero el sentido “amplio” en que emplea el término “responsabilidad”, e invocando a continuación la diferenciación de JIMÉNEZ DE ASÚA entre “responsabilidad asegurativo-social, responsabilidad penal y responsabilidad civil”, para explicar que “aquella responsabilidad asegurativo-social” —a cuyo género pertenecería la administrativa— “supone una responsabilidad por la mera atribuibilidad, y en este sentido es en el que creemos viene empleándose por quienes en lugar de hablar concretamente de la posibilidad de comisión de una infracción por parte de las personas jurídicas se limitan a hablar de ‘responsabilidad’ de tales personas”.

duo”, es decir, al ser humano empírico u *homo phenomenon* en el sentido kantiano, y no a la persona²⁰².

b) Pese al tenor literal del art. 130 LRJAPPC y de otras disposiciones concordantes en materia de sanciones administrativas, también la mejor y científicamente más rigurosa doctrina iusadministrativa española más actual, y a pesar de las mismas imprecisiones terminológicas de que adolece como la alemana, niega o pone seriamente en duda que la persona jurídica sea sujeto (autora) de la infracción administrativa, e incluso que las consecuencias jurídicas que les son aplicables sean auténticas sanciones en sentido estricto; en definitiva, se cuestiona muy seriamente que la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de infracciones sea una de naturaleza auténticamente *sancionatoria*. La tesis más clara e inequívoca en tal sentido, que suscribo en lo esencial, es sin duda la de Alejandro Nieto, la cual está sólidamente sustentada por el autor en el saber jurídico indisponible que proporcionan tanto la teoría general del Derecho como las Dogmáticas sectoriales del Derecho civil y del Derecho público, y por esto es científicamente impecable y en sus fundamentos esenciales irrefutable. Partiendo Alejandro Nieto de la tesis de la diferencia sustancial entre el Derecho penal y el administrativo sancionador²⁰³, construye una teoría de la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de infracciones administrativas que se puede resumir como sigue: a) de entrada tienen que dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y más bien hay que adentrarse “en las de la responsabilidad civil”²⁰⁴; b) de este modo, lo que la mayor parte de la doctrina presume y califica como una responsabilidad de tipo punitivo o sancionador, en realidad no es más que una forma de responsabilidad *civil*²⁰⁵; c) esto tiene

²⁰² Cfr. *supra* III.5.b).bb)

²⁰³ Véase sobre su defensa de la diferente naturaleza del Derecho administrativo sancionador, ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, pp. 30 ss., 55 ss., 122 s., y especialmente todo el Capítulo IV de esta magnífica obra, que se extiende desde p. 124 hasta p. 160.

²⁰⁴ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, p. 421.

²⁰⁵ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, pp. 421 s.; y lo mismo entiende la mejor y más rigurosa doctrina jurídico penal; para la doctrina alemana, véase SCHÜNEMANN, Constitución europea, p. 157, para quien los fundamentos de las consecuencias jurídicas contra la persona jurídica tienen naturaleza civil o policial; según JAKOBS, FS Lüderssen, pp. 573 s., la persona jurídica es responsable de forma mediata en el sentido de la responsabilidad civil del § 31 BGB; según RANSIEK, Überlegungen, pp. 302 ss., la responsabilidad de la persona jurídica —del titular de la empresa— es de carácter civil, “el titular de la empresa responde, (pero) no es responsable penalmente” (p. 309); y según LÜDERSEN, Interventionsrecht, p. 390, un Derecho de intervención empresarial tiene que ser una parte del Derecho público pero amalgamada con elementos del Derecho privado relativos a la gestión de la empresa. En la doctrina española, en el mismo sentido, véase GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, p. 383: “existen razones para creer que bajo la piel de lobo de la pena, la LO 5/2010 oculta, en realidad, en parte la oveja de una suerte de *responsabilidad civil derivada de delito* y, en parte, la de una especie de sistemas de *medidas de seguridad interdictivas* para sociedades peligrosas”; ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 8: “estructura de responsabilidad no basada en la culpabilidad y anclada en principios jurídicos extrapenales” (cursiva mía); GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, pp. 63 ss., y 69 ss.; EL MISMO, Foro FICP nº 2014-2, especialmente pp. 30, 33 s. y 68 ss.; y EL MISMO, Foro FICP nº 2015-2, pp. 159, 169, 180, y 216 ss. En la doctrina argentina, véase también en el mismo sentido, ZAFFARONI, PG^{2ª}, p. 428, para quien contra las personas jurídicas son admisibles únicamente consecuencias jurídicas reparadoras o de coacción administrativa directa, mientras que las penas serían inconstitucionales.

que ser así porque siendo absolutamente imposible fundamentar una culpabilidad de la persona jurídica²⁰⁶, toda responsabilidad que pueda cargarse sobre ésta no puede tener más que un carácter objetivo, y este tipo de responsabilidad no es punitivo ni sancionatorio, sino que es *civil y administrativo*²⁰⁷; d) “de lo que se trata, en definitiva, es de *llegar a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción*”, y para expresarlo “en términos deliberadamente simplistas, podría decirse, por tanto, que en estos casos responsable no es el culpable sino ‘el que puede pagar’”²⁰⁸; y finalmente e) pese a la impureza terminológica que a mi juicio se halla presente en la construcción de Alejandro Nieto, porque éste habla constantemente —en mi opinión inapropiadamente— de “infracción” y de “sanción” con respecto a la persona jurídica, lo cierto es que en el fondo y en cuanto a la sustancia material, Nieto niega no solo que la infracción la cometa la persona jurídica —esto lo dice así expresamente²⁰⁹—, sino que también parece estar pensando implícitamente en que la consecuencia jurídica que se aplica a la persona jurídica no tiene la naturaleza de auténtica sanción en sentido estricto, pues a esto apunta claramente su advertencia o duda de que a la vista de los presupuestos y del régimen jurídico peculiares de algunas figuras de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador, bien podríamos estar en presencia de una “*difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción*”²¹⁰.

c) Sin duda la construcción global de Nieto —que es la única posible en Ciencia jurídica— es la más importante y depurada en la doctrina iusadministrativa, pero hay otros muchos autores que, ya sea de modo expreso o implícito, también niegan o cuestionan que la persona jurídica sea sujeto de la infracción y/o que las conse-

²⁰⁶ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, pp. 391 y 402, entre otros muchos lugares de su obra.

²⁰⁷ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, pp. 415 ss., 418 ss., 425 ss. De hecho, los títulos de imputación objetiva que menciona NIETO (*loc. cit.*, p. 422), son de naturaleza civil: “a) *ex lege* (la propiedad del vehículo si no aparece el conductor infractor), b) *ex culpa* (*in vigilando, in eligendo, in conservando*), c) *ex contractu* (contrato de seguro de responsabilidad), d) *ex bono* (apropiación de los beneficios producidos por la infracción)”. Para la imputación objetiva en el Derecho civil, véase por ejemplo, LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2^{6ª}, p. 280, quienes mencionan como títulos de imputación el principio *ubi commodum, ibi periculum*; en el mismo sentido, LACRUZ/RIVERO, Elementos II-2^{4ª}, pp. 499 s. y 503, quienes enumeran como fundamentos de la imputación objetiva la culpa *in vigilando, in eligendo, in educando*; el riesgo empresarial y el principio *cuius comoda, eius est periculum*; y para la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, véase ALASTUEY, Tratado, pp. 633 ss., quien enumera como títulos de imputación objetiva la culpa *in vigilando* (p. 634), la *in eligendo* (p. 636), el principio *cuius comoda, eius incommoda* (p. 638) y la propiedad “susceptible de crear riesgos” (p. 640).

²⁰⁸ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, p. 402; a la tesis de NIETO, se suma FUSTER ASENSIO, Procedimiento, pp. 103 s.

²⁰⁹ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, pp. 414 ss., 418 ss., donde teniendo en cuenta la elemental distinción entre autoría y responsabilidad, y refiriendo la primera a la comisión del hecho (autoría material) y la segunda a la infracción (autoría jurídica), afirma que la persona jurídica es sólo responsable de la infracción, mientras que autor del hecho es siempre alguna persona física. De todos modos, esta terminología de NIETO —autoría material y jurídica— en rigor es extraña al Derecho penal, y en verdad conceptualmente no me parece afortunada, pero esta es una cuestión que aquí carece ahora de relevancia.

²¹⁰ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, p. 351.

cuencias jurídicas que se le aplican sean auténticas sanciones en sentido estricto. Este es el caso en la doctrina española tanto de muchos administrativistas como de penalistas que se ha ocupado del Derecho sancionador administrativo²¹¹, como por ejemplo entre otros, de Zornoza²¹², Del Rey²¹³, Fuster²¹⁴, Alenza²¹⁵, Calvo Charro²¹⁶, García Gómez²¹⁷, Huergo Lora²¹⁸, Bajo Fernández²¹⁹, Cid Moliné²²⁰, Navarro Cardoso²²¹, Robles Planas²²², y de mí mismo²²³.

²¹¹ En la doctrina peruana, adhiriéndose a mi tesis (*cf.* nota 223), véase MEINI, Responsabilidad, pp. 140 s.: “no se trata entonces de analizar si el Derecho administrativo sancionador o el Derecho penal, individualmente considerados, pueden imponer sanciones a personas jurídicas, sino si el Derecho sancionador, como género, puede hacerlo”, y de este modo “en nuestro concepto, y conforme a lo explicado, *dogmáticamente* no es posible que el Derecho sancionador imponga sanciones a personas jurídicas, sólo puede imponer sanciones sobre personas naturales” (p. 141). En la doctrina argentina, véase ZAFFARONI, PG², p. 428 para quien contra las personas jurídicas, sólo se puede ejercer “poder coactivo reparador o coacción directa, (pues) no se trataría de penas, en tanto que éstas (...) resultarían inconstitucionales”; téngase en cuenta que para ZAFFARONI, de acuerdo con su concepto negativo de pena como “coerción que impone una privación de derechos o un dolor que no repara ni restituye y tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes” (*loc. cit.* pp. 45 s.), y yo estoy de acuerdo con él, llamadas sanciones administrativas por la doctrina tanto administrativa como penal absolutamente mayoritaria, *son también auténticas penas (contravencionales)*; véase ZAFFARONI, PG², pp. 176 ss., y especialmente p. 180; implícitamente en el mismo sentido, véase GRACIA MARTÍN, Foro FICP n° 2014-2, pp. 59 s., y EL MISMO, Foro FICP n° 2015-2, pp. 207 ss.

²¹² Véase ZORNOZA, Sistema, pp. 51 s., 182 y 184, afirmando con razón que la responsabilidad solidaria, que se establece por ejemplo para personas jurídicas en el Derecho sancionador tributario, “es típica del ilícito civil”, y al respecto cita la opinión de CAPPACIOLI, de que “la sanción consistente en la obligación de pagar una suma de dinero (...) presenta caracteres de tipo seguramente civil” (p. 51); por otra parte, y también con razón, afirma ZORNOZA que la culpabilidad no puede imputarse “en términos propios de la teoría penal a la persona jurídica” (*loc. cit.*, p. 181), que “las personas jurídicas no son capaces de acción en sentido natural”, y que por esto, imputarles las conductas realizadas por sus administradores, da lugar a “una suerte de responsabilidad por el hecho de otro difícilmente compatible con los principios constitucionales del ordenamiento sancionador”, porque esto “choca con la regla *nulla poena sine culpa*, violentando además el principio de personalidad de la sanción” (*loc. cit.*, p. 182).

²¹³ Véase DEL REY GUANTER, Potestad, pp. 130 ss., y sobre todo pp. 242 ss., formulando respecto de las infracciones del orden social la tesis de que “no es posible que la culpabilidad forme parte de la conceptualización de dicha infracción”, por lo que “parece que estamos en un ámbito de responsabilidad objetiva” (p. 246).

²¹⁴ Véase FUSTER, Procedimiento, pp. 103 s. y 106, afirmando la autora con razón que “las personas jurídicas no tienen capacidad de culpabilidad y, en consecuencia, no son sujetos susceptibles de responsabilidad” (p. 106).

²¹⁵ Véase ALENZA, Sanciones, p. 605, hablando de “una especie de presunción de culpabilidad”, lo que supone *per deffinitionem* que la persona jurídica obra sin culpabilidad.

²¹⁶ Véase CALVO CHARRO, Sanciones, p. 130, autora que dice con toda la razón que “dado que no podemos hablar de culpabilidad de la persona jurídica, reservada por su propia naturaleza a los seres humanos, el término responsables no ha de entenderse como equivalente a culpable, sino referente a aquel que tiene capacidad de pago”. Sin embargo, esta autora se muestra incoherente cuando después de esta correcta afirmación en el punto de partida, a continuación afirma que debe aceptarse que las personas jurídicas “pueden ser sujeto activo de infracciones propias”, agravando la incoherencia con su reconocimiento de una infracción “propia” de la persona jurídica que, sin embargo, deriva “de las actividades desarrolladas por sus empleados o administradores”, y aún más con su posterior afirmación de que no estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva *porque* “se traslada” a la persona jurídica “la culpa o negligencia de los empleados” (p. 131).

²¹⁷ Véase GARCÍA GÓMEZ, Simple negligencia, pp. 124 s.: “se arbitra un sistema complejo de responsabilidad que confunde de manera inaceptable la responsabilidad tributaria y la responsabilidad por la comisión de infracciones” (p. 124), que en realidad es “un sistema de responsabilidad objetiva” en que “es necesario interpretar que la observancia del cuidado objetivamente debido está referida necesariamente a las personas

6. Un sector de la doctrina iusadministrativa que dice partir de la sujeción de la potestad sancionadora de la Administración a los principios jurídico penales por reconocer a la infracción administrativa como sustancialmente idéntica a la penal, afirma arbitrariamente que la persona jurídica tiene capacidad infractora, de culpabilidad y de sanción en el Derecho sancionador administrativo. No obstante, esta doctrina matiza que en general los principios del Derecho penal no pueden trasladarse con toda su pureza al sancionador administrativo, sino con adaptación a ciertas peculiaridades que presenta este último, y en lo que concierne a la cuestión que nos ocupa, considera que el supuesto de hecho de la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de infracciones administrativas, especialmente en lo que concierne al elemento de la culpabilidad, tiene que ser “modulado” porque no puede ser idéntico al de la responsabilidad de la persona natural²²⁴. Pero como

físicas (...) aunque las consecuencias sancionadoras recaigan directamente en aquéllas (sic. las jurídicas)” (pp. 124 s.), y por lo tanto esto es “materia de responsabilidad civil” (p. 125).

²¹⁸ Véase HUERGO LORA, Sanciones, pp. 378 s., quien al entender al principio de culpabilidad como una consecuencia necesaria del concepto de sanción (p. 378), y que las sanciones tienen como finalidad imponer un perjuicio al infractor (p. 379), afirma consecuentemente: a) que “este perjuicio sólo se justifica, de acuerdo con la ley, en la previa comisión de una infracción”; b) que “por aplicación del principio de Estado de Derecho, de respeto a la dignidad humana (...) sólo se puede castigar a una persona por infracciones de las que sea personalmente responsable”; y c) que, por esto mismo, “no son admisibles fórmulas de responsabilidad familiar o colectiva” (p. 379). Por otra parte, en relación con las responsabilidades de carácter solidario y subsidiario por infracciones administrativas, entiende HUERGO con toda la razón: a) que “las sanciones no tienen nada que ver con ese esquema” (p. 396); b) que “la solidaridad en sentido estricto no tiene cabida en un Derecho sancionador basado en el principio de culpabilidad, en la medida en que obliga a un sujeto a pagar por su infracción y por la de otros” (p. 398); y c) que “el principio de culpabilidad impide sancionar a un sujeto por una conducta imputable a otro distinto” (p. 399).

²¹⁹ Véase BAJO FERNÁNDEZ, Personas jurídicas, pp. 30 s.: “debemos reconocer, sin rasgarnos las vestiduras, que es imposible mantener el principio de culpabilidad frente al Derecho sancionador (penal) de las personas jurídicas” (p. 30), y que “es preferible esta conclusión que prostituir el principio de culpabilidad que, referido a la persona jurídica, siempre sería culpabilidad por el hecho de otro” (p. 31).

²²⁰ Véase CID MOLINÉ, RAP nº 140 1996, p. 155: “sistema que se acerca a la responsabilidad objetiva”.

²²¹ Véase NAVARRO CARDOSO, Infracción, pp. 65 ss., quien con toda razón, afirma que “las personas jurídicas son irresponsables” tanto en el Derecho penal como en el sancionador administrativo, porque la persona jurídica “no es susceptible de ser motivada, careciendo de capacidad de acción” (p. 66).

²²² Véase ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 8: “La eventual «responsabilidad» de la persona jurídica se mueve al margen de las estructuras jurídico-penales de responsabilidad. Por idénticas razones, tampoco es posible considerar que se basa en la infracción de normas de conducta de carácter administrativo (sancionador). En uno y otro caso, la responsabilidad solo puede predicarse de la actuación de personas físicas”.

²²³ Véase GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, p. 45: “Si la norma de la que se deduce el tipo de la infracción administrativa es también una norma de determinación, una norma de conducta que únicamente puede tener como objeto acciones u omisiones, las personas jurídicas, a mi juicio, deben ser también, por las mismas razones, incapaces de realizar hechos constitutivos de infracción administrativa. A las personas jurídicas, por ello, no pueden imponérseles tampoco sanciones administrativas”; véase además EL MISMO, Foro FICP nº 2014-2, especialmente pp. 30, 33 s. y 68 ss.; y EL MISMO, Foro FICP nº 2015-2, pp. 159, 169, 180, y 216 ss.

²²⁴ Véase por ejemplo, REBOLLO PUIG, Potestad, pp. 609 ss. y 766 ss., quien trata de fundamentar su concepción absolutamente apriorística de la capacidad infractora de la persona jurídica mediante una interpretación totalmente descabellada de la cláusula de actuar en lugar de otro del art. 15 bis del CP 73 (actual art. 31 CP 95); DE PALMA, Principio, pp. 193, 197 ss. y 201 ss.; CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ, Derecho², pp. 149 ss.; LOZANO, RAP nº 129 1992, pp. 223 ss., y especialmente pp. 227 ss.; I.

esta doctrina adolece exactamente de los mismos vicios que la que pretende fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, contra ella rigen los mismos argumentos con que se rechaza a ésta y no es preciso reproducirlos, sino sólo recordarlos. No obstante, como ya dije, esta doctrina iusadministrativa es más sincera y menos fundamentalista que la penal al reconocer sobre todo en cuanto al concepto de culpabilidad de la persona jurídica que éste tiene que ser “modulado” con respecto al correspondiente a la persona física. Pero con este reconocimiento es ya ella misma la que se desvirtúa y se descalifica a sí misma, por la simple razón de que aquella modulación del concepto de culpabilidad, que en esencia consiste en que absolutamente todos los elementos que lo fundamentan los proporciona la persona física que haya actuado, no da lugar más que a una negación frontal del concepto de culpabilidad. Esto es así porque conceptuar y denominar como infracción y como culpabilidad propias de la persona jurídica, a la *imputación* de la acción de la persona física y de la culpabilidad de ésta a la persona jurídica, no es más que un ejercicio grosero de la falacia y del vicio del *quaternio terminorum* acompañada de una asimismo grosera e irritante violación de la nomenclatura jurídica y, en definitiva, de los conceptos jurídicos y de la Ciencia jurídica. Lo primero, porque una acción y una culpabilidad *imputadas* no pueden ser ni remotamente acción ni culpabilidad *propias* del sujeto de la imputación²²⁵, y porque como dice con tan acertada precisión y razón Alejandro Nieto, así se recurre al “*deus ex machina* de la ‘modulación’ de la culpabilidad”, pero luego “a la hora de dar una explicación concreta de esta modulación, se da un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”, porque “si las personas jurídicas son entes de ficción nada más fácil que, a través de otra, imputarles la voluntad de sus agentes”, pero con esto “lo único que se hace —aquí viene el salto— es ‘trasladarla’ [*sic*] desde una persona física a una persona jurídica”, y de este modo la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”²²⁶. Y lo segundo, porque si esos conceptos modulados carecen absolutamente de la sustancia de los auténticos, llamarlos culpabilidad es un ejercicio de hipocresía, pues como lo explica asimismo Alejandro Nieto con este acertado y elocuente símil de su genialidad, “si se suprimen los huevos de las tortillas para adaptarlas a un enfermo de colesterol, ya no será tortilla y habrá que ser más sincero y dar *otro nombre* al alimento que se le prepare”²²⁷.

7. Por otra parte, y como queda dicho, hay que llamar la atención críticamente, y prevenir ante la ligereza y la absoluta falta de rigor existente en la doctrina iusad-

PEMÁN GAVÍN, Sistema, pp. 347 ss.; para el ámbito de las infracciones laborales, véase GARCÍA BLASCO, Infracciones, pp. 57 ss.; y para el ámbito de las infracciones tributarias, véase PÉREZ ROYO, Infracciones, pp. 64 ss., y EL MISMO, Delitos, pp. 280 ss.

²²⁵ Véase SCHÜNEMANN, LK^{12ª}, comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840; EL MISMO, ZIS 1/2014, p. 4; y en el mismo sentido ROXIN, AT I^{4ª}, § 8 C n° 63, p. 264.

²²⁶ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, p. 398

²²⁷ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS^{5ª}, p. 416 (subrayado mío), quien afirma que llamar “culpabilidad” a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo, es una especie de “hipocresía” (*loc. cit.*, p. 427).

ministrativa —y también en la penal— sobre el uso de los términos “infracción” y “sanción”, pues también la doctrina contraria a la capacidad infractora de la persona jurídica que ya hemos expuesto antes utiliza casi sin excepción aquellos términos cuando se refiere respectivamente al “supuesto de hecho” y a la “consecuencia jurídica” relativos a la responsabilidad de la persona jurídica. Sin embargo, es evidente que a dichos inapropiados usos lingüísticos no se les puede reconcer ningún sentido estricto técnico-jurídico, pues en tal sentido, ni el supuesto de hecho de la “responsabilidad” de la persona jurídica es una “infracción”, ni la consecuencia jurídica que se le aplica es una “sanción”²²⁸. Esta criticable falta de rigor terminológico se debe al extendido hábito, que probablemente resulta de la inercia de los usos terminológicos generalmente amplísimos, circulares y tautológicos de Kelsen, de llamar sanción a toda y a cualquier consecuencia jurídica de cualquier ilícito²²⁹, pero un uso tan amplio e indiferenciado del término sanción, si bien no es objetable en absoluto cuando hablamos del Derecho y de las normas jurídicas en un plano abstracto²³⁰, cuando se trata de determinar los contenidos y los fines de regulaciones jurídicas concretas y específicas, sí debe ser rechazado como contrario a las tareas y a los fines de ordenación y de clasificación de la materia jurídica que competen a la Ciencia jurídica, pues una realización efectiva de aquéllos solo será posible si, como toda Ciencia clasificatoria, también la jurídica se dota de un rígido código de nomenclatura, y si éste se utiliza luego con el máximo rigor²³¹. Por eso, no pueden ignorarse los resultados de los encomiables esfuerzos realizados sobre todo por algunos administrativistas serios y rigurosos en el uso de los instrumentos de la Ciencia jurídica, para formular un concepto estricto de sanción diferenciado de las tantas consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico que a pesar de su proximidad y afinidad con las sanciones, por compartir con éstas algunos aspectos comunes, sin embargo, no son en absoluto auténticas sanciones en

²²⁸ Véase en este sentido, GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, pp. 63 s., donde digo expresamente, con apoyo en cita parcial de RUDOLPHI, que “en rigor, creo que únicamente podemos hablar de infracción con respecto a la transgresión de una norma de conducta y que únicamente merece la denominación y puede cumplir la función propia de “sanción” la consecuencia jurídica que se aplica a una infracción”; véase RUDOLPHI, *Zweck* pp. 70 ss. = *Fin*, pp. 82 ss.: “los preceptos legales contienen invariablemente *imperativos*, es decir, prohibiciones o mandatos de un actuar *humano*. Por eso, la finalidad inmediata de las directivas jurídicas de comportamiento es siempre la omisión o la realización de una determinada *conducta humana*”.

²²⁹ Véase ahora sólo KELSEN, *Teoría pura*, pp. 123 ss.: “las sanciones, en el sentido específico de la palabra, aparecen, dentro de los órdenes jurídicos estatales, en dos formas diferentes: como sanción penal o pena (en el sentido estricto de la palabra) y como sanción civil o ejecución forzosa de bienes” (p. 123); KELSEN, *Teoría general*, pp. 58 s.;

²³⁰ Véase HUERGO LORA, *Sanciones*, pp. 220 ss., quien observa que en sentido amplio el concepto de sanción “incluye todas las medidas previstas por el Ordenamiento jurídico para dotar de efectividad a sus normas” (p. 220).

²³¹ *Cfr. supra* notas 135 y 139. Sobre la desmesurada amplitud del término sanción en KELSEN, han llamado la atención críticamente algunos administrativistas, como por ejemplo CANO CAMPOS, *RAP* n° 184 2011, pp. 100 ss.; y como advierte Díez-Picazo, *Experiencias*³, p. 57, si se llama sanción a toda consecuencia del incumplimiento del deber ser, así “estamos en verdad diciendo muy poco”.

aquel sentido estricto²³². A este respecto, a mi juicio, se ha alcanzado ya un punto de no retorno con la magistral, rigurosa y modélica investigación de Huergo Lora, cuyos resultados en relación con los aspectos que aquí nos interesan, se pueden resumir en que en un estricto sentido técnico jurídico, solamente pueden reconocerse como sanciones a aquellas consecuencias jurídicas que se traducen en una intervención desfavorable —aflictiva— exclusivamente sobre el individuo que ha realizado él mismo, es decir, personalmente, la *conducta* —acción u omisión— constitutiva de una infracción, y *porque* la ha cometido él mismo personalmente²³³.

²³² Por esto, *en una parte* no me parece asumible la *generalizada* “identidad” que establece BACIGALUPO ZAPATER, Teorías, p. 57, entre multa administrativa (*Geldbusse*) y multa penal (*Geldstrafe*). Sin duda, BACIGALUPO tiene toda la razón en que ambas son iguales y sólo cabe ver en ellas diferencias de grado, es decir, de carácter cuantitativo o de gravedad, pero esto será así sólo cuando la multa administrativa —al igual que la penal— sea la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho *constituido* por la “culpabilidad del infractor”; pero si la multa administrativa es la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho del que está ausente la culpabilidad del infractor —y del que también podría estar ausente incluso una “acción” del multado, en cuyo caso el supuesto ni siquiera sería una infracción—, entonces ya no puede verse ninguna “identidad” o “igualdad” —ahora ya en sentido “cualitativo”— entre la multa administrativa y la penal. Pues en tal caso, la similitud entre aquellos dos tipos o clases de multa, es sólo y meramente externa o fáctica —ambas consisten en el “pago” de una suma pecuniaria—, pero ya no hay similitud o identidad “cualitativas” ni de “significado”, sino diferencias materiales o substanciales que ya vienen dadas por las diferencias asimismo substanciales existentes entre los respectivos “supuestos de hecho” de la multa penal —uno consistente en la realización culpable de una acción antijurídica— y de la multa administrativa —otro distinto del que está ausente la culpabilidad e incluso una acción—, y que además tendrán su reflejo también en los *finés específicos* de la una y de la otra; en este sentido, véase ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 9; y para el Derecho alemán, véase claramente en este sentido, por ejemplo, ROXIN, AT I⁴, § 8 C nº 60, p. 263, quien considera que la multa contra personas jurídicas prevista en el § 30 OWiG tiene la naturaleza jurídica de una “consecuencia accesoria” (*Nebenfolge*) para cuya aplicación no es precisa —como tampoco lo es para otras “sanciones” del Derecho de contravenciones— ni siquiera la concurrencia de una “acción”; véase también GEIGER, Rechtsnatur, pp. 24 ss., 68, quien observa al respecto que “en el Derecho penal y de contravenciones vigente, existen cuatro sanciones distintas que disponen la intervención en un derecho fundamental en la forma de ‘pago de dinero’, que unas veces se imponen independientemente (*allein*), y otras junto a la pena correspondiente a la culpabilidad, y a las cuales se atribuye una naturaleza jurídica diferenciada” (p. 24) a pesar de que el modo de intervención en el derecho fundamental es “idéntico” en “todas las sanciones de pago de dinero” (p. 68). Y es que, como tan acertadamente explica ENGISCH, Einführung¹¹, pp. 52, 69 s., 119 s., entre el “supuesto de hecho” y la “consecuencia jurídica” de toda proposición jurídica debe existir siempre una exacta y perfecta correspondencia estructural y funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que *fundamentan* y gradúan la consecuencia jurídica, y *sólo* ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho. Por mucho, pues, que dos o más reacciones jurídicas tengan la misma e idéntica forma externa, esto sólo las hace similares en el plano meramente fáctico, mientras que en el plano cualitativo y substancial de su “significado” y en el de sus “finés específicos” condicionados por el significado, las diferencias substanciales de los supuestos de hecho que las justifican, y de los que cada una trae su causa, las hacen consecuencias jurídicas también “diferentes”; véase de nuevo GEIGER, Rechtsnatur, pp. 64 ss. Tal vez el ejemplo más apropiado para explicar todo esto —por su extrema simplicidad y sencillez— sea el de la llamada “multa coercitiva”, la cual, aún consistiendo en el pago de una suma pecuniaria, como la sanción y la pena de multa, de ningún modo tiene el carácter ni la naturaleza de una sanción en sentido estricto; al respecto véase, por ejemplo, T.R. FERNÁNDEZ, Curso I⁵, pp. 824 ss.; SUAY RINCÓN, Sanciones, pp. 62 ss.; I. PEMÁN, Sistema, pp. 88 ss.; HUERGO LORA, Sanciones, pp. 289 ss.; GRACIA MARTÍN, Tratado, pp. 546 s.; y en la doctrina alemana, para la multa coercitiva del Derecho de policía, véase, por ejemplo, RACHOR, en Polizeirecht⁵, E nm. 829, p. 562; también GEIGER, Rechtsnatur, p. 57 nota 176.

²³³ Véase HUERGO LORA, Sanciones, pp. 220-247 y todo el capítulo IV, que se extiende entre pp. 249-358, en que va depurando el concepto estricto de sanción de “otras” consecuencias jurídicas graves que a menudo se confunden con sanciones sin serlo realmente. Según HUERGO, “la sanción *castiga* o retribuye un

Pero de esto, y después de todo cuanto ya llevo dicho, tendría que resultar como algo tan obvio que ya exime de toda argumentación y explicación adicionales, que no puede tener el carácter de sanción en sentido estricto ninguna consecuencia jurídica aplicable a la persona jurídica por la comisión de infracciones que ella misma no ha cometido porque es imposible que pueda cometer alguna, es decir, por infracciones que, por esto mismo, necesariamente solo han podido realizar las personas físicas relacionadas con la jurídica y que actúan para ella en una determinada relación asimismo con ella.

8. Con lo expuesto ha quedado totalmente desacreditada y desvirtuada la opinión de los penalistas que pretenden apoyar la responsabilidad penal de la persona jurídica con el argumento de que el Derecho sancionador administrativo sí reconoce la responsabilidad sancionatoria de aquélla, pues es evidente que semejante afirmación no ha superado la prueba de la verdad a la que la hemos sometido, de la cual ha resultado que la realidad la ha desmentido absoluta y categóricamente²³⁴ y la ha dejado en lo que realmente es, a saber: una simple afirmación arbitraria no contrastada ni argumentada que, ya sólo por esto, no puede pretender ninguna validez ni respeto por parte de la Ciencia jurídica, algo que por lo demás sucede con la inmensa mayoría de los postulados de la extraviada doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone” (p. 225); “una sanción, por su contenido, sólo puede afectar a los intereses del infractor” (pp. 228 s.); “su relación con la infracción (...) no tiene otro fundamento que la norma que anuda la sanción de que se trate a esa concreta infracción” (p. 230); “sólo la función de una medida, y no su contenido, permite otorgarle o no la calificación de sanción” (p. 233); “las sanciones se encuentran sometidas a principios que, como el de culpabilidad, tienen en cuenta exclusivamente la conducta del infractor”, y por ello “sólo deben utilizarse como sanciones medidas que únicamente afecten (de forma negativa) al infractor y que, en consecuencia, puedan dejar de aplicarse, sin daño alguno para el interés público, en caso de que el supuesto infractor no pueda ser sancionado” (pp. 233 s.); “sólo se puede llamar sanción a una determinada medida cuando la conducta a cuya comisión va ligada se encuentra inequívocamente tipificada como infracción” (p. 235); “el criterio de distinción (...) coherente con la noción de sanción como un castigo o retribución de una conducta ilegal, no está relacionado con la gravedad del mal o consecuencia jurídica desfavorable que se le impone al particular” porque “es perfectamente posible que un mismo hecho (por ejemplo la construcción de un edificio ilegal) dé lugar a una sanción (multa) y a una medida de restauración de la legalidad (demolición) que no es una sanción pero cuyas consecuencias económicas pueden ser mucho más graves” (pp. 235 s.), y por esto, extender “el concepto de sanción con el criterio de la gravedad, de forma que incluya toda medida administrativa cuyos efectos sobre su destinatario sean equiparables a los de una sanción, es insatisfactoria por ilógica, ya que el final los principios de origen penal se aplican a situaciones que nada tienen que ver con una finalidad punitiva” (pp. 238 s.); “las medidas no sancionadoras pueden tener carácter real, mientras que las sanciones deben estar ligadas a una responsabilidad personal” (p. 380).

²³⁴ Ese mismo argumento se encuentra presente en la Exposición de Motivos de la Ley de la Potestad Sancionadora de las Administraciones públicas de la Comunidad vasca para justificar la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas: “su capacidad para cometer infracción y ser sancionadas es algo *unánimemente* aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia”, pero como ha comprobado y verificado NAVARRO CARDOSO, *Infracción*, p. 67, una afirmación como esta, es una que, evidentemente, “no se ajusta a la realidad de lo afirmado”.

V. La severidad de algunas selectas descalificaciones del constructo

1. Las tentativas de atraer a la persona jurídica al campo penal como sujeto punible han estado presentes en la historia desde antiguo, y en determinadas épocas y lugares se ha reconocido realmente la subjetividad jurídico penal de aquella²³⁵, y por otra parte, que la persona jurídica es sujeto de la infracción y de la sanción administrativas es una opinión errónea pero muy extendida. En la historia más reciente de los *sistemas jurídicos continentales*²³⁶, se observa que desde el siglo XIX hasta aproximadamente la década de los 90 del siglo pasado, el tratamiento legal y doctrinal de la cuestión siguieron un curso bien trazado y delimitado por caudalosos flujos de legalidad y de doctrina refractarias al constructo, los cuales sólo se vieron agitados episódica e insignificadamente por alguna decisión o propuesta legislativa en contrario y por algunas muy minoritarias opiniones y propuestas doctrinales reivindicativas de aquélla²³⁷. Entre los penalistas —y también entre juristas de otras ramas del Derecho— del más elevado prestigio, realmente fueron muy pocos los que prestaron una atención especial a una cuestión como esta que en general era tratada más bien como anecdótica. Pues más allá de las discrepancias en las orientaciones metodológicas generales, todos ellos —y los enrolados en sus escuelas— tenían en el punto de mira de sus estudios a unos mismos e idénticos objetos de conocimiento, y por esto hablaban y debatían sobre éstos con un “mismo” arquetipo conceptual y argumentativo y también con un lenguaje científico-técnico común. Esto explica que la opinión mayoritaria, rayana con la unanimidad, entendiera que los argumentos que ella venía oponiendo tradicionalmente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tendrían tal solidez y tanta fuerza lógica formal y material, que cualquier puesta en tela de juicio de su validez por aquellas opiniones minoritarias y aisladas podría ser fácilmente desvirtuada sin necesidad de tener que desplegar prolijas argumentaciones contra sus extraviados e insostenibles enunciados, pues como recuerda y reafirma Schünemann, los fundamentos del rechazo de una responsabilidad penal de la persona jurídica *nunca* han podido ser rebatidos *en serio*²³⁸.

2. El panorama actual es uno completamente distinto al anteriormente descrito. Sobre todo a partir de la década de los 90 del siglo pasado, se inició algo así

²³⁵ Sobre el tratamiento histórico de la cuestión en el ámbito jurídico continental, véase BACIGALUPO SAGESSE, *Personas jurídicas*, pp. 42 ss.; FERRARA, *Teoría*, pp. 619 ss.; y para la cuestión en la doctrina alemana desde principios del siglo XIX, véase R. SCHMITT, *Strafrechtliche Massnahmen*, pp. 16 ss., 29 ss., y pp. 103 ss.

²³⁶ En el ámbito anglosajón, sin embargo, se ha impuesto *legalmente* una responsabilidad penal de la persona jurídica; sobre la evolución, véase ERHARDT, *Unternehmensdelinquenz* pp. 96 ss.; HIRSCH, *Straffähigkeit*, pp. 6 ss.

²³⁷ Así R. SCHMITT, *Strafrechtliche Massnahmen* 1958, p. 104; y también SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, p. 1; GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, pp. 36 s., 49 ss.; y en sentido parecido MIR PUIG, *RECPC* 06-01 (2004), pp. 1 s.

²³⁸ Véase SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, p. 1.

como una especie de colonización de los sistemas jurídicos continentales por el angloamericano²³⁹, y con ella un giro de los primeros hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas que ha dado lugar a su progresiva introducción en varias legislaciones penales, como han sido los casos de —entre otras, y por ejemplo— las francesa, danesa, austríaca, suiza, española, etc., y recientemente de la ecuatoriana en América latina²⁴⁰. De un modo asimismo progresivo y vertiginoso, un sector de la doctrina jurídica continental que ha abandonado claramente la Ciencia y la Dogmática jurídicas, ha adoptado una postura favorable a este constructo, y sus disparatadas opiniones se han extendido como una gota de aceite derramada en un tejido. Por un lado, se observa cómo los unos años atrás minoritarias y aisladas opiniones favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas han ido ganando numerosos adeptos y —lo que es más grave y preocupante— contaminando a una buena parte del sector doctrinal que era contrario al constructo²⁴¹, pues muchos de quienes declaran mantenerse aún en una posición contraria o que muestran reticencias frente a él, en realidad lo hacen sólo en el nivel de los principios, mientras que en sus comentarios y desarrollos doctrinales se percibe claramente una claudicación ante el imaginario y la disléxica terminología de la doctrina favorable²⁴². No obstante, por otro lado, se observa también que la ya muy sólida doctrina tradicional contraria al constructo, motivada ahora por desvirtuar los pretendidos —y ciertamente muy escasos— “nuevos” argumentos, conceptos y construcciones que se proponen por los entusiastas defensores de la subjetividad penal de la persona jurídica, ha podido desarrollar una aún más potente argumentación contraria a ellos y dar así un mayor vigor a las razones que tradicionalmente han dotado de validez a los principios *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*. Esto se explica muy fácilmente. Como dice Schünemann, en la actual doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica hay muy pocos argumentos nuevos, pues más bien preponderan los viejos “recalentados”²⁴³. De este modo, el incremento de adhesiones al credo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, para nada ha dado lugar a avances substancialmente significativos, y por el contrario, ha provocado un claro retroceso doctrinal con la contaminación iuscivilística y iusadministrativa del Derecho penal resultante de una previa

²³⁹ Sobre esto, véase SCHÜNEMANN, GA 2003, pp. 299 ss., especialmente pp. 306 ss.

²⁴⁰ Sobre el panorama en el Derecho comparado europeo, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO, Marco europeo, pp. 129 ss. *passim*.

²⁴¹ Un claro exponente de tal contaminación lo representa BAJO FERNÁNDEZ; *cfr. supra* III.6 y nota 120.

²⁴² Un ejemplo claro de esto lo representa Díez Ripollés; *cfr. supra* nota 124.

²⁴³ Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 1. En el mismo sentido, R. SCHMITT, *Strafrechtliche Massnahmen* 1958, p. 104, observó que en torno a la polémica hay una monótona repetición de los mismos argumentos, los cuales además en gran parte no son nuevos porque de ellos ya se ocuparon los juristas de la Edad Media.

contaminación semántica del lenguaje que no tiene parangón en la historia de la Dogmática jurídico-penal²⁴⁴.

²⁴⁴ En este sentido, véase ya SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 234 s.; EL MISMO, FS Tiedemann, pp. 431 ss.; EL MISMO, GA 2013, p. 200; EL MISMO, ZIS 1/2014, pp. 4, 8, 11, 12, 15, 16; asimismo ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* n° 7705, 29 Sep. 2011, pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.; GRACIA MARTÍN, LH-Schünemann II, pp. 116 ss.; EL MISMO, Foro FICP n° 2014-2, pp. 33 ss., 40 ss. y 72 ss. En todo caso, independientemente de cuáles sean los oscuros y perversos motivos que hayan dado lugar a la eclosión de la maraña de opiniones actualmente existentes favorables a una imposible e inconcebible responsabilidad penal y sancionadora de la persona jurídica, no cabe duda de que un factor determinante de ello es el deterioro que ha experimentado en las tres últimas décadas la Ciencia jurídico penal, y la jurídica en general, incluida la Filosofía del Derecho, tal y como lo han advertido y denunciado ya hace algún tiempo algunos de los más reconocidos y prestigiosos juristas de nuestro presente. Así, como explica BERND SCHÜNEMANN, GA 5/1995, p. 221 s. (= ADPCP 1996, pp. 209 s.), sociológicamente la Ciencia jurídico-penal alemana se caracterizó hasta los años 60 del siglo pasado, por la gran coherencia y homogeneidad de un pensamiento cultivado y desarrollado por un número reducido de participantes en la discusión científica, formados en el seno de auténticas escuelas que podrían compararse con los bloques compactos, y relacionados entre sí, de la gran muralla de Cuzco; sin embargo, a partir de esa época comenzaría la desintegración y la entropía de la Ciencia jurídico penal hacia una situación como la actual, que SCHÜNEMANN compara con “una fachada churrigueresca, un suelo de terrazo o un techo de marquetería”, porque como él describe, el número de participantes en la discusión científica se ha multiplicado ampliamente, “se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas, y la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, y que en su conjunto tienden, igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta”, todo lo cual sería posible — concluye SCHÜNEMANN— porque “la Ciencia jurídica, a diferencia de las empíricas, apenas dispone de un conjunto de reacciones que permitan comprobar la corrección de las tesis sostenidas en ella”, y debido a esto, porque “no existe previsión institucional alguna en contra de que los argumentos fuertes sean sustituidos al cabo de algún tiempo únicamente por el motivo de un cambio de moda por argumentos débiles”. En la misma línea, GIMBERNAT, *Ensayos*, p. 375, ha denunciado la falta de apoyo de los productos doctrinales del presente en el saber jurídico “clásico” —y por ello de obligada observancia—, y ha criticado dicha actitud en el sentido de que “no está escrito en ninguna parte que un libro de 1989 tenga que aportar mejores soluciones y razonamientos más convincentes que otro de 1919, de 1931 o de 1969”, y es evidente la razón que tenía Freud “cuando afirmaba que ‘no toda innovación significa un progreso’”. Sin duda tiene plena vigencia para la situación actual la denuncia hecha hace más de medio siglo por QUINTANO, ADPCP 1957, pp. 284, 285, 289, 290, y *passim*, acerca de ciertos modos de hacer pretendida pero falsamente Ciencia jurídico penal con los que, sin embargo, se “arruina” al *Derecho* (a la Dogmática), se provoca su “demolición”, se “desmantela” su fortaleza o se la estraga en el modo en que lo ha hecho el sociologismo. Como advierte ZAFFARONI, *Política*, p. 75, hoy se ha impuesto la práctica de prescindir del método jurídico “para caer en el puro discurso político”, y como denuncia SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*³, p. 208, con los actuales discursos relativos a todo tipo de racionalidades legislativas, etc., sólo se “maquilla(n) productos” político-criminales carentes de contenido jurídico-dogmático. Por su parte, ALEJANDRO NIETO, *El Derecho y el revés*, pp. 217 ss., describió la tendencia existente en la producción jurídica, ya suficientemente marcada cuando hizo la advertencia, y que no se ha detenido ni cambiado de rumbo, con observaciones como estas: la producción de pensamiento —dice A. NIETO— tiene “un enemigo letal: la prisa”, pues “antes nos lo tomábamos con calma porque sabíamos que era una carrera de fondo”. Y para hacer una cita más, véase GARCÍA AMADO, ACFS 44 (2010), p. 535, quien al hablar de la temática de la que debería ocuparse la Filosofía del Derecho, en contraste con los temas a los que actualmente prestan atención la mayoría de filósofos del Derecho, dice con razón que aquella debería ser antes que nada la “teoría de las normas *jurídicas*, identificándolas y diferenciándolas por sus notas estructurales”, y examinar “en qué se diferencian las normas jurídicas de las de otros órdenes”, pero esto último “no como disculpa para dedicarnos a las de otros órdenes que nos sean más gratos o nos procuren atajos para nuestra personal salvación, sino haciendo seriamente teoría de la validez y la eficacia de las normas jurídicas”, y si bien no está excluido examinar también aspectos extrajurídicos, esto sólo debe poder hacerse *en sus justos términos*, porque “lo primero es lo primero, y lo *complementario*, aun teniendo su relieve, *no puede desplazar a lo central*” (la cursiva es mía). En fin, la situación de la Ciencia jurídica actual, de la cual es un exponente hiperbólico la disparatada doctrina de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica, tal vez pueda tener que ver con la práctica que actualmente se percibe por doquier, y de la cual el gran físico alemán WOLFGANG PAULI (1900-1958) quiso disuadir a algún discípulo

3. La doctrina que pretende construir un supuesto de hecho de responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica como fundamento de la aplicación a ella de penas y de sanciones administrativas, es una que quebranta de un modo demasiado grosero e irritante las reglas de la construcción jurídica racional, es decir, no arbitraria, así como las de la taxonomía y de los códigos de nomenclatura jurídicos, y más allá de esto también las reglas generales de la lógica formal y material, y en definitiva, los principios y reglas del pensamiento y del habla racionales. Por esto, todo constructo de responsabilidad de la persona jurídica en el orden penal, y en cualquier otro orden sancionador en estricto sentido técnico-jurídico, tiene que ser visto como un *ser* que *no debe ser* a causa de su *invalidéz*, y por esto mismo, no puede tener pretensión de respeto ni en la Ciencia jurídica ni en la aplicación judicial de las legislaciones positivas que lo han incorporado e impuesto solo *nominalmente*²⁴⁵. Que todas estas no son afirmaciones unilaterales ni gratuitas del autor de esta investigación, lo prueban las opiniones en el mismo sentido, y formuladas con la misma o aún con mayor severidad, que han vertido tantos grandes juristas que nos han legado un saber jurídico que los aún vivos enriquecen y hacen progresar en el presente, con conocimientos cuya validez permanente nadie puede discutir y que, por esto mismo, son de obligado conocimiento y respeto para todo el que se proponga desarrollar o producir verdadero conocimiento jurídico en vez de demoler los conceptos jurídicos sin duda de validez permanente, para sustituirlos por meras e infundadas opiniones y afirmaciones arbitrarias propias de la doxología sin substancia, que se expresan además en un metanivel lingüístico que no tiene la mínima correspondencia con el nivel empírico de los objetos reales de referencia, con términos inapropiados que ponen en relación de grave hostilidad a las palabras y a las cosas y que en definitiva producen el efecto de contaminar los campos semánticos de aquellos conceptos jurídicos de validez permanente. Por esto, y para reafirmar las críticas que he formulado, me parece oportuno finalizar con una reproducción en síntesis de las opiniones de

suyo cuando le dije que “no me importa que usted piense despacio, *sino que publique más rápido de lo que piensa*”.

²⁴⁵ Como enseña con muy alta finura intelectual y con exacta precisión filológica y jurídica el gran civilista y maestro DELGADO ECHEVERRÍA, actualmente *validez* remite y equivale a “corrección” del objeto de que se trate, en el sentido de que el mismo cumple los requisitos exigibles para su aceptación en el ámbito en que interesa y, además, que los cumple precisamente *porque* su formación ha tenido lugar con *observancia* de los requisitos de *validez* mismos; ahora bien, *validez* significa también, y además, *fuerza* y *vigor*, en el sentido de “obligatoria observancia” en el futuro de lo reconocido y así sancionado como válido; véase DELGADO ECHEVERRÍA, *Vigor*, pp. 16 ss., 21 ss. Lo que no es válido, pues, no debe ser, y por esto tampoco puede pretender respeto. En la Ciencia jurídica sólo puede aspirar a ser válido y, con esto, digno de respeto en ella, lo que se produce con respeto del *método jurídico*, cuya propia validez a su vez está condicionada por su conformidad con la Razón, es decir, con las leyes de la lógica formal y material que rigen el pensamiento o el juicio y el habla racionales, incluyendo en éstos la observancia de los principios y reglas de la taxonomía y de los códigos de nomenclatura que permiten la diferenciación y la clasificación de las cosas conforme a su substancia, naturaleza y sentido específicos; sobre esto, véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, pp. 4 y 5. Por esto, la doctrina de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica es una inválida que *no debe ser ni*, por esto mismo, puede pretender el respeto de la Ciencia jurídica.

algunos de entre la mayor parte de los grandes juristas del pasado y del presente, y por cierto de *todas* las ramas centrales del Derecho, que nos han legado aquel saber jurídico de validez permanente, las cuales, a mi juicio, tienen el valor de pruebas de la invalidez del constructo de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica, desde luego del ya intentado por la doctrina minoritaria del pasado, pero también sobre todo de la invalidez de los que intentan construir hoy quienes sin el menor fundamento pretenden presentar a sus opiniones como propias de quien ha descubierto nuevos —y sin embargo realmente absolutamente inexistentes— horizontes.

a) Veamos para comenzar las descalificaciones formuladas por el gran Kelsen desde la *Teoría general del Derecho*²⁴⁶. Según el gran y principal artífice de la teoría pura del Derecho, las concepciones organicistas de la persona jurídica, que en sus distintas variantes se hallan explícita o implícitamente en la base de todos los constructos de la subjetividad penal y sancionatoria de aquélla, se asemejarían a las propias del pensamiento mitológico y de las creencias animistas del hombre primitivo, porque desdoblan el objeto del conocimiento, es decir, primero separan de él como dos elementos independientes, por un lado a la substancia (por ejemplo, el sujeto humano), y por otro a las cualidades o propiedades de la substancia (por ejemplo, la capacidad de acción y de culpabilidad, etc.), y luego *imputan* las cualidades al sujeto portador de la substancia²⁴⁷. Por esto, después de su pormenorizado y detallado análisis del *ser* de la persona jurídica (una ficción del Derecho) y del modo de *funcionar* ésta en el tráfico jurídico (por medio de sus órganos y representantes), Kelsen concluye que “la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas que llevaron al hombre primitivo a atribuir un ‘alma’ a los objetos de la naturaleza”; y esto es así porque a partir de semejante idea “el orden regulador de la conducta de los *individuos* es *personificado*, y la personificación es concebida como una *nueva* entidad, *distinta* de los individuos, pero a pesar de esto ‘formada’ de alguna manera

²⁴⁶ En opinión de RECASENS SICHES, *Filosofía*, p. 264, que comparto sin reserva, más allá de la monumental y en tantos aspectos definitiva teoría de FERRARA sobre la persona jurídica, la construcción kelseniana de la personalidad jurídica no sólo es una de las más certeramente desenvueltas y un acierto decisivo, sino que tiene un alcance mucho mayor que el que pudo sospechar el propio KELSEN —el cual sólo lo trató como un concepto jurídico puro—, pues según RECASENS (loc. cit.), “brinda una importante inspiración para elaborar algunos conceptos esenciales de Ontología social (círculo social, yo social de los individuos, personalidad social)”; para esto, véase RECASENS, loc. cit., pp. 274 ss.

²⁴⁷ Véase KELSEN, *Teoría general*, pp. 109 y 127. Puesto que con esta separación hipostática de las cualidades de la sustancia, las cualidades adquieren una autonomía propia en un más allá de la substancia, así entonces quedan ya a disposición para ser *imputadas* a *otros* objetos o seres distintos que no son portadores de las cualidades en absoluto. Para llevar a cabo esta imputación, bastará con construir algún tipo de *semejanza* imaginaria, es decir, sólo producto de ilusiones o de alucinaciones, entre el objeto del que se segregaron las cualidades, y así se las convirtió en “susceptibles de imputación objetiva”, y los “otros” objetos sustancialmente diferentes para convertirlos en “*sujetos* de la imputación”, es decir, en “*sujetos imputables*” en el concreto campo o ámbito que interesa, y para así poder ya imputarles efectivamente las cualidades que no poseen en absoluto.

misteriosa por éstos”; de este modo, típico del pensamiento mitológico y animista, “los deberes y derechos *de los individuos* señalados por el orden son entonces *atribuidos* al ser sobrehumano, al superhombre formado por hombres”; y en definitiva —concluye Kelsen— “de esta manera se hace la hipóstasis del propio orden, es decir, el orden se convierte en una substancia y esta es vista como algo separado, como un ser *distinto* del hombre y de los individuos cuya conducta es regulada por el propio orden”²⁴⁸. En concreto, contra quienes ven a la persona jurídica como un sujeto capaz de acción y de culpabilidad (*imputable*), Kelsen afirma contundentemente, primero que “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones *sólo* pueden existir en relación con los *seres humanos*”²⁴⁹, y segundo que cuando se *imputa* el acto de un ser humano individual a una comunidad, aquí se trata de “*otra especie de imputación, diferente de aquella a que nos referimos al tratar el problema de la imputabilidad como capacidad jurídica de cometer un acto violatorio*”²⁵⁰. Finalmente, Kelsen desmiente y desvirtúa categóricamente la errónea afirmación de que la persona jurídica sea destinataria de normas jurídicas de *conducta* y que esto presuponga su capacidad de acción²⁵¹, diciendo contra esto que “al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el ‘derecho del Estado’ u orden jurídico nacional, *regula (sólo) la conducta de individuos*” y que, por esto, “los que resultan de este modo obligados y facultados son (sólo) los *individuos humanos* que obran como ‘órganos’ de la misma”, de tal modo, y en definitiva, que “declarar que el ‘derecho del Estado’ da a una persona jurídica derechos y deberes, no significa que *un ser diferente de los individuos humanos* resulte obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente (y sólo empero) para ciertos *individuos*”²⁵². En suma, para Kelsen, la “metáfora antropomórfica” de la persona jurídica “conduce a problemas ficticios, en cuya solución la ciencia se afana inútilmente”²⁵³.

b) En la Dogmática del *Derecho civil*, el gran Ferrara²⁵⁴ (des)calificó a la con-

²⁴⁸ Véase KELSEN, Teoría general, p. 127; véase también KELSEN, Teoría pura, p. 187.

²⁴⁹ Véase KELSEN, Teoría general, p. 114; véase además KELSEN, Teoría pura, pp. 186 ss. (cursivas mías); más moderadamente, pero en un sentido próximo, HENKEL, Introducción, pp. 337 s., advierte que la concepción organicista de GIERKE supone “una *desacertada intromisión* en el mundo de lo biológico-orgánico”, y que “frente a esto hay que dejar sentado ..., que sólo en (las personas individuales) se dan impulsos psíquicos y procesos de la conciencia y que sólo ellos (sic. los impulsos psíquicos y los procesos de conciencia) se manifiestan actuando” (cursivas y paréntesis míos). En el mismo sentido, entre otros muchos, véase RECASENS SICHES, Filosofía, pp. 268, 269.

²⁵⁰ Véase KELSEN, Teoría general 1995, p. 116 (cursivas mías).

²⁵¹ Cfr. sobre esta postura *supra* III.3.

²⁵² Véase KELSEN, Teoría general, pp. 117 s. (cursivas y paréntesis míos); véase además KELSEN, Teoría pura, pp. 185 s. Ya mucho antes que KELSEN, si bien no con la insuperable claridad y precisión de éste, se habían pronunciado en el mismo sentido, primero NAGLER, Teilnahme, p. 55, y después FRANK, ZStW 1917, p. 31.

²⁵³ Véase KELSEN, Teoría pura, p. 187.

²⁵⁴ En opinión de RECASENS SICHES, Filosofía, p. 263, la doctrina de FERRARA sobre la persona jurídica, junto a la de KELSEN, aportó un “decisivo progreso” y en particular “dos grandes aciertos: el haber afirmado claramente —aunque después no lo desarrolle— que la personalidad jurídica individual es tan construida o

cepción organicista o antropomórfica de la persona jurídica de Gierke, que explícita o implícitamente sirve de base a todo y cualquier constructo de la responsabilidad penal de aquélla, como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”²⁵⁵, y tras su detallado examen crítico de la misma, afirmó que “esta teoría solo tiene de real no ser real”²⁵⁶; que “su defensa puede calificarse de hábil, pero no es persuasiva”, porque si bien es cierto que seduce a primera vista, no lo es menos que “a un examen más atento se muestra ilusoria” porque sólo “tiene un valor pictórico artístico” y esconde “bajo una concepción poética lo que hay de verdaderamente real en las personas jurídicas”²⁵⁷; y en definitiva, que la teoría realística no es más que una ficción “a cuyas fórmulas vacías y gárrulas se adhiere satisfecha tanta parte de los doctrinarios”²⁵⁸. Al socaire de su irónica crítica, con respecto a la afirmación de la capacidad delictiva de la persona jurídica, Ferrara remite a la a su vez irónica palabra de Vareilles-Sommières, quien apuntó a que la afirmación de que la persona jurídica tiene capacidad de delinquir y que por eso delinque realmente debería provocar la risa²⁵⁹, y Lacruz/Delgado apostillan que “en verdad, esta genial concepción antropomórfica del ente colectivo *se ha excedido*, al asimilar dos tipos de sujeto entre los cuales apenas puede haber paridad real”²⁶⁰.

c) En la Dogmática del *Derecho administrativo*, el gran iusadministrativista español aquí ya tantas veces citado, Alejandro Nieto, descalifica con razón y sin empacho alguno a los intentos de fundamentar una inconcebible e imposible culpabilidad de la persona jurídica en el ámbito específico del Derecho sancionador administrativo, con juicios tales como que así se da “un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”²⁶¹, y que tales intentos no pueden contemplarse sino como simples “artilugios”²⁶², como “atajos hipócritas”²⁶³, como “fórmu-

fabricada por el Derecho como la personalidad del ente colectivo, y el haber caracterizado la personalidad como unificación ideal de relaciones”.

²⁵⁵ Véase FERRARA, Teoría, p. 146.

²⁵⁶ Véase FERRARA, Teoría, p. 159.

²⁵⁷ Véase FERRARA, Teoría, pp. 159 s.

²⁵⁸ Véase FERRARA, Teoría, p. 153.

²⁵⁹ En concreto, VAREILLES-SOMMIÈRES, Personnes, p. 480, ironizó sobre la cuestión diciendo que “la teoría de la persona real natural enseña, *sin provocar la risa (sin caer en el ridículo)*, que la persona moral puede cometer delitos y sufrir castigos, se le puede infligir caducidad, multa y aun la pena capital”, si bien —apostilló— “la pena suprema tiene aquí la ventaja de no ser sangrienta, ni herir la sensibilidad de los espectadores”, para terminar su ironía con la observación de que “en verdad los jurisconsultos aventajan a los poetas en imaginación y en invención”.

²⁶⁰ Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2⁶, p. 267.

²⁶¹ Así A. NIETO, DAS⁵, p. 398, pues —explica— se recurre al “*deus ex machina* de la ‘modulación’ de la culpabilidad”, pero luego “a la hora de dar una explicación concreta de esta modulación, se da un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”, porque “si las personas jurídicas son entes de ficción nada más fácil que, a través de otra, imputarles la voluntad de sus agentes”, es decir, que “lo único que se hace —aquí viene el salto— es ‘trasladarla’ [*sic*] desde una persona física a una persona jurídica”, y así la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”.

²⁶² Véase A. NIETO, DAS⁵, p. 402, donde habla de “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia” (contencioso-administrativa), y p. 427, donde dice que “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable”; con esto último, NIETO se refiere aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la *culpa in eligendo* y a la *in*

las habilidosas teóricamente vulnerables²⁶⁴, o como “juegos formales realizados por juristas habilidosos para, respetando la letra de las normas, quebrantar su espíritu en un comportamiento hipócrita muy extendido en la vida del Derecho”²⁶⁵; juicios que el autor, en definitiva, resume en su afirmación de que los conceptos de culpabilidad de la persona jurídica formulados por la doctrina no son nada más que “una especie de hipocresía”²⁶⁶.

d) En la Dogmática del *Derecho penal*, son dignas de atención las contundentes y extremas descalificaciones de Schünemann que ya he invocado parcial y dispersamente en distintos lugares más atrás, cuya severidad me parece proporcionada y ajustada a la medida del juicio de rechazo que merecen el constructo y la doctrina que trata en vano de fundamentarlo. Tras advertir que los fundamentos del rechazo de la responsabilidad penal de la persona jurídica no se pueden cuestionar *en serio* (*ernshaft*), el genial penalista y filósofo alemán del Derecho descalifica luego al constructo globalmente como una *Torheit*, un vocablo alemán que se puede traducir como *necedad*, *insensatez* e incluso como *locura*²⁶⁷, y también lo descalifica como un “zombi político-criminal”²⁶⁸. En concreto, según Schünemann, quienes afirman que la acción y la culpabilidad de la persona jurídica son las de la persona física autora del hecho, que luego se le imputan a aquélla como *propias*, incurren así gravemente en la falacia o vicio lógico del *quaternio terminorum*, porque una acción y una culpabilidad “imputadas” no son en absoluto ni acción ni culpabilidad respectivamente²⁶⁹; y quienes construyen *otros* conceptos de acción y de culpabilidad supuestamente *propios* de la persona jurídica —como por ejemplo el “defecto de organización” o la “cultura empresarial de falta de fidelidad al Derecho”— operan así de un modo completamente *arbitrario*, pues a parte de que ninguno de dichos conceptos tiene ni la más microscópica partícula de la substancia de la acción y de la culpabilidad, con ellos se pretende dar y se terminaría dando un trato igual (el de la persona física) a lo que es evidentemente desigual (a la persona jurídica)²⁷⁰. Por todo esto, advierte Schünemann, emplear luego las mismas expresiones de acción, culpabilidad y pena, para llamar a objetos cuya substancia es absolutamente distinta a la de tales conceptos, es quebrantar las “reglas de la lógica

vigilando, que como es sabido son conceptos propios de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad; sobre esto, véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, pp. 113 ss.

²⁶³ Véase A. NIETO, DAS^{5ª}, p. 338, donde habla del “atajo hipócrita de considerar que la inobservancia es una variante de imprudencia”.

²⁶⁴ Así A. NIETO, DAS^{5ª}, p. 427.

²⁶⁵ Véase A. NIETO, DAS^{5ª}, p. 393.

²⁶⁶ Así, literalmente, A. NIETO, DAS^{5ª}, p. 427 (se refiere NIETO a la hipocresía de llamar “culpabilidad” a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo).

²⁶⁷ Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 2 *in fine*.

²⁶⁸ *Cfr. supra* nota 21.

²⁶⁹ Véase SCHÜNEMANN, LK^{12ª}, comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840; EL MISMO, ZIS 1/2014, p. 4; y en el mismo sentido ROXIN, AT I^{4ª}, § 8 C n° 63, p. 264.

²⁷⁰ Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 4.

entendidas como los principios del habla racional”²⁷¹, y en particular —concluye—, llamar “pena” a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo lleva a una contaminación semántica que arrastra consigo graves defectos del pensamiento y que produce también muy graves consecuencias dogmáticas y político-criminales²⁷².

e) Finalmente, en un estudio crítico como éste sobre la pretensión de construir una subjetividad jurídico penal de la persona jurídica, que se ha prestado a la ironía mordaz de juristas de tan elevado prestigio como los mencionados, y que por esto, desde el punto de vista de la Ciencia jurídica, debe tomarse tan poco —e incluso menos— en serio que otra que propusiera construir una responsabilidad —civil y penal— de los animales, no me puedo resistir a dejar constancia aquí de una especie de guinda para este pastel de severas descalificaciones de aquella pretensión. Me refiero a la genial y mordaz ironía, quizá aún mayor que la de los autores ya citados, de Alcalá-Zamora y Castillo en un opúsculo suyo extremadamente curioso, y a la vez muy riguroso y profundo en el plano dogmático procesal, sobre ciertos procesos penales y civiles contra animales y objetos inanimados habidos en la segunda mitad del siglo XX, lo que como advierte el autor al inicio de su estudio es verdaderamente “increíble, pero cierto”, pues —dice— “según relatos que de cuando en cuando recoge la prensa” tales casos no provienen sólo, como pudiera pensarse, “de los todavía atrasados pueblos de África o de la misteriosa India, sino también, como mostraremos pronto, de países de Europa y de América”²⁷³. Por medio de profundas y rigurosas reflexiones técnico jurídicas, Alcalá-Zamora llega a la conclusión de que si los animales no pueden ser sujetos del proceso, la razón no viene dada —dice— “tanto por el lado de la *capacidad procesal*, cuya falta se suple mediante la representación legal o necesaria, como por el de la *capacidad para ser parte*, que es de la que se hallan privados en absoluto los irracionales y, con mayor motivo aún, los objetos inanimados”²⁷⁴. Ahora bien, puesto que el proceso “se compone de una serie de actos o actuaciones, concebidos como *manifestaciones de voluntad*, atinentes a su marcha y finalidad, que sólo pueden emanar de seres *racionales*”²⁷⁵, de esto tiene que resultar según Alcalá-Zamora, que un proceso “relacionado con la *responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas*”, estaría comparativamente más próximo a “los procesos contra animales” que a “los seguidos contra personas físicas”²⁷⁶. Y ya con una más que fina e incisiva ironía, que sin duda oculta bajo su hilarante expresividad una crítica seria y profunda, Alcalá-Zamora concluye planteando la hipotética y satírica fabulación de que “si un

²⁷¹ Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 4.

²⁷² Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 15.

²⁷³ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento, p. 3.

²⁷⁴ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento, p. 27.

²⁷⁵ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento, p. 26 (cursiva mía).

²⁷⁶ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento, p. 35 (cursiva del autor).

día nos dijese —basta un botón de muestra— que el Banco Nacional de México se hallaba preso en Lecumberri por haber raptado y violado a la Fundidora de Monterrey, soltaríamos la carcajada, y el juez que llegase a dictar tan disparatado auto, no sería mantenido en su cargo más de veinticuatro horas²⁷⁷.

VI. A modo de conclusión y perspectivas

1. Como he tratado de demostrar con apoyo en un número incluso exagerado de fuentes científicas doctrinales, ningún intento de construir una estructura de responsabilidad penal y sancionatoria para la persona jurídica puede convencer en lo más mínimo. En general, la doctrina favorable a tal constructo ha abierto para conseguirlo caminos notoriamente extraviados de la Ciencia jurídica, y casi todo lo que formula son opiniones y afirmaciones apenas argumentadas y hechas en un vacío de teoría jurídica porque no están sustentadas en absoluto —es que no pueden estarlo— en el *minimum minimorum* del saber jurídico permanentemente válido y, por esto, de obligada observancia y respeto. Como no podría ser de otro modo, es evidente que suscribo en todo y sin la mínima reserva todas las severas y graves descalificaciones de grandes juristas como las expuestas y como otras muchas semejantes que también podría invocar²⁷⁸. Por esto, quiero enriquecer este acervo descalificador con mi aportación personal siguiendo —sin menoscabo ni en un ápice de las demás— las estelas de la comparación kelseniana con el animismo del hombre primitivo, y de la genial descalificación del pretendido Derecho penal de personas jurídicas por Bernd Schünemann como un “zombi político-criminal”²⁷⁹. Y así, en un ejercicio puramente metafórico, propongo agrupar a toda la maraña de opiniones favorables a la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica en un imaginario “Manual práctico de hechicería de vudú haitiano” para uso de todo aquél que, prendido e inquietado por la ilusión de la transubstanciación de semejante ente en un completo sujeto jurídico-penal y de sanción, animado por semejante ilusión se proponga emprender la aventura de conseguirlo para poder presentar así a la persona jurídica como dotada de un *espíritu* que, como el de los humanos, le daría la capacidad y la fuerza de realizar y de omitir antijurídica y culpablemente acciones²⁸⁰, y en conse-

²⁷⁷ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento, p. 36. *Cfr.* de nuevo *supra* la afirmación similar de VAREILLES-SOMMIÈRES, de que la afirmación de la capacidad delictiva y de ser penada de la persona jurídica debería provocar la risa.

²⁷⁸ Así por ejemplo, en la doctrina española, antes de su sorprendente cambio de postura, la opinión de BAJO FERNÁNDEZ, ADPCP 1981, p. 378, cuando consideró con razón que “quien sostiene la imputabilidad o culpabilidad de las corporaciones” simplemente “*está hablando un idioma desconocido*”; o la más actual de RICARDO ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 15, que ve con razón en el constructo de la responsabilidad penal de la persona jurídica “*una involución monumental en nuestra cultura jurídica*”.

²⁷⁹ *Cfr. supra* nota 21 y el texto correspondiente.

²⁸⁰ Sobre el estrato “espiritual” del ser humano, como única dimensión respecto de la que pueden ser pensadas la acción y la culpabilidad del Derecho penal, véase la extensa y muy profunda exposición de HENKEL, Introducción, pp. 309 ss.

cuencia, como un sujeto que tendrá que responder de ello soportando y padeciendo una pena o una sanción como consecuencia jurídica de las fechorías criminales o infractoras que cometería *ella misma*²⁸¹.

2. Como hemos visto, Vareilles-Sommières y Alcalá-Zamora ironizan sobre la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica sugiriendo que sus afirmaciones deberían provocar la risa o caer en el ridículo, y el último afirma incluso que un proceso penal contra animales estaría más próximo al relativo a individuos humanos que lo que estaría uno contra personas jurídicas. Esto último sugiere que la fundamentación de una responsabilidad penal de los animales y del proceso penal correspondiente, aunque encontraría inexorablemente obstáculos absolutamente insalvables, el número de ellos sería sin lugar a dudas uno muy inferior al de los que se oponen a fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Al fin y al cabo, los animales tienen vida y sustrato biológicos animados, y también está absoluta y fehacientemente verificado y probado que algunas especies animales, como por ejemplo los chimpancés del Parque Nacional de Gombe, incluso han desarrollado ya ciertas formas de cultura²⁸². Desde luego no faltan, sino que son abundantes los materiales existentes para aventurarse en la empresa de fundamentar una responsabilidad penal de los animales²⁸³, pero mucho menos aún faltan posibi-

²⁸¹ Así ya GRACIA MARTÍN, en Foro FICP nº 2014-2, p. 37; y EL MISMO, Foro FICP nº 2015-2, p. .

²⁸² Y así, además de la obviedad de que el ser de los animales irracionales tiene la misma consistencia y la misma estructura orgánica que la del ser humano (un sustrato corporal biológicamente animado a partir de sinapsis), con la misma capacidad biológica funcional de poner a su materia corporal en movimiento, y de *causar* así efectos en su mundo exterior *directamente sin ningún intermediario*, en el presente no puede haber ya ninguna duda acerca de que la vida animal irracional trasciende de esa esfera puramente biológica (biosfera) a otra en que su modo de relacionarse y de interactuar con su entorno, tiene lugar mediante prácticas y técnicas que ya no pueden ser contempladas como meras exteriorizaciones puramente instintivas, sino más bien como modos o formas de actuar adquiridos mediante el “aprendizaje” de la “herencia social”, y por esto mismo, como técnicas que configuran una especie de “cultura” (tecnosfera); sobre esto, véase sobre todo HARRIS, Antropología⁷, pp. 62 y 83 ss., donde el insigne fundador de la Antropología cultural advierte que “muchos animales poseen tradiciones aprendidas que se transmiten de generación en generación y que constituyen una forma rudimentaria de *cultura*” (p. 63); y EL MISMO, Nuestra especie, pp. 29 ss., 62 ss., donde advierte que la utilización de “herramientas” es característica en animales “que disponen de cerebros mayores y que dependen más del *aprendizaje* que del instinto” (p. 30); sobre la “cultura” de fabricación y utilización de “herramientas” y “utensilios” para la caza, la pesca y la recolección, así como también para el “aseo e higiene” —esponjas—, por los chimpancés del Parque Nacional de Gombe (Nigeria), de Kasakati (Tanzania) y de la selva Tai, en Costa de Marfil, véase HARRIS, Antropología⁷, pp. 83 ss., y EL MISMO, Nuestra especie, pp. 30 ss. Si se tiene en cuenta todo esto, y también que la capacidad de acción del ser humano se identifica con la “capacidad técnica” de transformación y de conversión de los objetos de la Naturaleza en productos que ésta no da por sí misma, no parece difícil fundamentar ni de explicar una cierta capacidad de acción en algunos animales, desde luego muy limitada, pero sin duda *semejante o análoga* a la de los humanos.

²⁸³ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento, pp. 6 ss., donde el autor elabora un inventario de casos que llega el número de 35, y los clasifica en una tabla de columnas con número de caso, año, país, tipo de infracción, y especie zoológica autora o partícipe de la infracción; así por ejemplo, loros que han cometido injurias o tentativa de homicidio, perros autores de homicidio o de hurto, burros autores de infracciones de tránsito, o elefantes autores de homicidio y de daños. Como casos actuales, entre otros muchos, ya en el siglo XXI, se pueden citar por ejemplo el del loro colombiano Lorenzo residente en el domicilio de su dueño en Barranquilla, el cual fue “detenido” por la policía en septiembre de 2010 como “cómplice” de una banda de narcotraficantes porque alertaba a sus miembros de que se aproximaba la

lidades de jugar con el lenguaje jurídico penal para, por medio de todo tipo de manipulaciones y de acrobacias metalingüísticas, colgar los nombres o etiquetas de las categorías y de los conceptos del Derecho penal al comportamiento animal exactamente del mismo modo absolutamente arbitrario como se los cuelgan a las organizaciones de que son titulares personas jurídicas quienes dicen haber encontrado en ellas a una nueva especie de sujeto jurídico penal. ¿Tendrá alguien alguna vez en algún momento la ocurrencia de proponer construir sistemas de responsabilidad penal análogos, paralelos, con equivalentes funcionales, como “cuarta” vía, etc. para los animales, y nos tendremos que enfrentar los juristas a tan apasionante reto? Pero entonces, ¿por qué no crear otro sistema penal para las fuerzas de la naturaleza, para así legitimar actos como el del rey persa Jerjes cuando, según relata Herodoto, mandó flagelar (penar) con 300 azotes a una parte del mar de Dardanelos en el Helesponto porque en su agitación debida a un temporal, realizó “cupablemente” una “acción” cuyo resultado fue la destrucción del puente que había construido para paso de sus ejércitos?. Ciertamente que todo esto sería absolutamente disparatado y hasta provocaría hilaridad incluso entre quienes pretenden penar a la persona jurídica. Pero no es menos cierto que el planteamiento de estos hipotéticos extravagantes estrambotes ofrece una oportunidad propicia e inmejorable para desenmascarar al claro ejercicio de proyección —en el sentido freudiano— que hace la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, muy en particular Zugaldía, al atribuir a la contraria —en particular a la expuesta por mí— como defectos metodológicos precisamente los que solo están y a todas luces se perciben presentes exclusivamente en ella misma.

a) Quienes como Zugaldía²⁸⁴, y entre otros también Vogel²⁸⁵, sostienen que, *salvo la Dogmática*, no hay nada más que impida construir para la persona jurídica “otros” conceptos de acción y de culpabilidad distintos de los que se piensan para la persona física, pero que la Dogmática no puede ser ningún óbice para ello porque

policía, con la consigna de ¡corre, corre que te coge el gato!, si bien luego “las autoridades competentes” — las ambientales— lo “pusieron en libertad” tras encontrarlo y declararlo “inocente” gracias al testimonio de su dueño, quien depuso a favor de Lorenzo que éste “no trabajaba para ninguna mafia”, y gracias también a la protesta de los comerciantes del lugar, que manifestaron su indignación ante la detención porque aseguraron “conocer al loro desde hace tiempo”; información sobre el caso, por ejemplo en: <http://elcomercio.pe/mundo/actualidad/loro-colombiano-arrestado-colaborar-narcos-fue-liberado-declarado-inocente-noticia-642064>. Desde un punto de vista jurídico, no tiene desperdicio la jocosa y bienhumorada narración de la noticia en el reporte televisivo que puede verse y escucharse en: <https://www.youtube.com/watch?v=OqrciSgKJqI>. Aún más impactante, si cabe, es el más reciente caso boliviano, fechado en abril de este año 2015, en que un Fiscal del Departamento de La Paz “ha acusado a un perro de violar a un niño” e imputado al abuelo y a una tía del menor como “instigadores a la violación”; y en que el Juez, una vez admitida a trámite la acusación del Fiscal, dictó contra el abuelo y la tía medidas sustitutivas de la privativa de libertad, entre las cuales figuraba la prohibición de aproximarse a los testigos del caso; a unos testigos que, como ironizó estupefacta la abogada defensora con agudo sarcasmo, tal vez tendrían que ser “otros perros”; información sobre el caso, por ejemplo en: <http://www.abc.es/internacional/20150407/abci-perro-violador-bolivia-201504072219.html>

²⁸⁴ Cfr. *supra* nota 43 y el texto correspondiente a ella.

²⁸⁵ Cfr. *supra* nota 169 y el texto correspondiente a ella.

no es vinculante, y por esto, en caso necesario, o si resulta conveniente, puede y debe prescindirse de ella, entonces tendrán que asumir también que los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona jurídica que se construyan ya no serán en modo alguno conceptos de la Dogmática —es decir: elaborados con el método dogmático—, sino de otra índole. No obstante, aunque sólo a efectos meramente dialécticos, se podría conceder al sector de la doctrina que así lo pretende, que esas “otras” categorías jurídico penales construidas para la persona jurídica pudieran verse también como producto y expresión de “otra” Dogmática jurídico penal distinta²⁸⁶.

b) Ahora bien, a partir de aquí, simplemente por un mínimo de respeto a lo que, *servata distantia*, podríamos equiparar con el imperativo categórico, a quien sostenga lo que se acaba de describir, para que no entre en contradicción consigo mismo, se le tiene que poder exigir que se aplique él su propio método *a sí mismo*²⁸⁷, por la sencilla razón de que él mismo tiene que elevar a lo que afirma al rango de ley general (de máxima). Esto significa que tendrá que admitir como legítimo que otros operen también con su mismo método y con su misma lógica independientemente de cuáles sean sus representaciones y motivaciones subjetivas. De este modo, pues, tendrá que admitir que otros, a partir de sus particulares representaciones del mundo —por ejemplo, porque sean cautivos de un modo de pensar mitológico, animista y religioso²⁸⁸—, vean y juzguen conveniente e incluso necesario castigar a los animales que causan daños, y que por esto propongan luego del mismo modo prescindir no sólo de la Dogmática jurídico penal de personas físicas, sino ahora también de esa “otra” Dogmática para personas jurídicas (porque también ésta es un obstáculo que impide aquella pretensión), *con el fin de* poder lograr construir al margen de ambas dos, una “tercera” Dogmática jurídico penal diferente propia de los “animales”; y obviamente también tendría que admitir que después de construirla etiqueten a sus categorías, del mismo modo arbitrariamente, como análogas, equivalentes o paralelas a las auténticas de la persona física y a las ficticias de la persona jurídica. Pues de acuerdo con lo dicho, quien se propusiera construir un sistema de responsabilidad penal de los animales tendría a su disposición el método adecuado y perfecto, que ya le ha proporcionado Zugaldía, de prescindir de la Dogmática. De este modo, pues, para defender aquel a su propuesta frente a un hipotético rechazo, dispondría de la fuerza lógica del método adecuado que ofrece Zugaldía, y como éste podría decir que no es metodológicamente correcto partir de la duplicidad de conceptos de acción y de culpabilidad ya preestableci-

²⁸⁶ Cfr. *supra* las citas de BAJO y de ZUGALDÍA en nota 44.

²⁸⁷ Sobre esto véase SCHÜNEMANN, FS Herzberg 2008, p. 40, donde critica y rechaza a las actuales corrientes irracionales del “deconstructivismo arbitrario”, del cual dice con razón que fracasa “porque lógicamente tiene que dejar que el método de la deconstrucción se aplique sobre sí mismo” y de este modo “un deconstructivista coherente tendría que decir: no sé absolutamente nada y no puedo decir nada que tenga sentido”.

²⁸⁸ Véase al respecto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, pp. 22 ss.

dos, respectivamente, los unos para las personas físicas y los otros para las jurídicas, porque estos, si bien son lógicamente posibles, no excluyen en absoluto que existan “otros” conceptos de acción y de culpabilidad válidos para los animales, los cuales sólo podrían negarse a partir de una pregunta por su existencia que partiera de los ya preestablecidos para aquellas dos clases de personas, la cual sería obviamente una pregunta mal formulada porque así la respuesta será inexorablemente negativa, etc. etc.²⁸⁹. Ahora bien, una vez alcanzada así la “pendiente resbaladiza” a que lleva la lógica misma de este método, ya nada obstaría a que otros propusieran del mismo modo y con la misma legitimidad construir una “cuarta” Dogmática jurídico penal también en paralelo para agrupaciones o sociedades (plagas) de animales (hormigas, abejas, langostas, ratones ...) que causen daños catastróficos²⁹⁰, y así hasta el infinito para todos los demás seres existentes o inventados por la fantasía.

c) Pues bien, a partir de lo expuesto, ahora las preguntas serían estas: con la lógica del constructivismo arbitrario, ¿qué podría impedir construir un Derecho penal de animales en “paralelo” al real de la persona física y al ficticio de la persona jurídica?; y con las acrobacias lingüísticas que aquel practica, ¿qué podría impedir presentar luego a los constructos obtenidos así arbitrariamente con las mismas etiquetas que corresponden a los objetos genuinos de las asimismo genuinas, singulares y específicas categorías y subcategorías jurídico penales? Desde la seriedad y el rigor científicos, la respuesta a estas preguntas parece clara: todo, absolutamente todo, impide semejantes despropósitos²⁹¹. Sin embargo, esto no afecta en nada al hecho de que, siguiendo el curso argumentativo de Alcalá-Zamora, y por la misma naturaleza de las cosas, un hipotético —y no obstante, absolutamente disparatado—

²⁸⁹ Es decir podría hacer valer a su favor una argumentación idéntica a la que ZUGALDÍA pretende oponer a mis tesis pero sin el menor éxito, como ya vimos *supra* en III.1 *passim*.

²⁹⁰ Como es bien sabido, existen crónicas que relatan procesos penales históricos contra plagas de animales; y así, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, p. 27 nota 77, da noticia de tres procesos contra ratones; en el primero, los juzgadores, preocupados por que les llegaran a los ratones las notificaciones, consideraron que el medio más seguro era colocarlas junto a un trozo de queso; en el segundo, se condenó a los ratones a abandonar los campos que asolaban, y su defensor, que había alegado el derecho de sus defendidos a alimentarse con las cosechas, pidió en fase de ejecución que se construyesen los puentes necesarios para que los ratones pudieran trasladarse, sin riesgo de ahogarse, al lugar de su destierro; y en el tercero, el defensor solicitó que antes de comparecer sus patrocinados ratones ante el tribunal, fuesen encerrados todos los gatos de la población para que pudieran hacerlo sin peligro; respecto del segundo caso, que tuvo lugar en Oviedo en el siglo XVI, cita ALCALÁ-ZAMORA como fuentes que personalmente he comprobado y verificado, en primer lugar, la crónica anónima “Cuando Madrid se desratiza. Juicios y condenas de roedores”, publicada en Hoja del Lunes (Madrid), del 15 de Julio de 1968 (véase la crónica, en el faldón de portada de la edición, en :

http://prensahistorica.mcu.es/es/publicaciones/numeros_por_mes.cmd?anyo=1968&idPublicacion=9023), y también FEIJÓO, Teatro crítico universal, tomo III de la edición de Clásicos Castellanos, Madrid, 1955, pp. 88-92.

²⁹¹ Tal y como, para cerrar su estudio, concluye con su fina ironía ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, p. 57: “los funcionarios del ministerio público que promuevan, o los de la judicatura que tramiten y decidan procesos *contra* animales, merecerían que se les juzgase a ellos mismos *como* animales” (cursivas del autor).

Derecho penal de animales *sí* podría construirse sobre la base de ciertas propiedades del ser de los animales irracionales que son indudablemente *semejantes* a las del ser de los humanos (*analogía entis*)²⁹², de tal modo que ese “otro” Derecho penal sería uno realmente más *próximo* al de los humanos, que el absolutamente irreal y ficticio de la persona jurídica, el cual sí es uno absolutamente alejado de aquel por la obvia y simple razón de que en el substrato exclusivamente *sociológico* de los entes colectivos, a diferencia de lo que sucede en el de los animales irracionales, no se encuentra ni una sola propiedad real que tenga ni una mínima correspondencia o semejanza con las del substrato *vital* de la persona física²⁹³.

d) Por el contrario, con la herramienta de la arbitrariedad con que opera y procede la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, empero, todo parece posible, y siguiendo su lógica, nada impediría construir y presentar a un Derecho penal de animales —y hasta de objetos inanimados²⁹⁴— con categorías y subcategorías etiquetadas asimismo arbitrariamente con los nombres de las genuinamente jurídico-penales. Para confirmarlo, veamos el genial y jocoso comentario expuesto con maestría por Alcalá-Zamora sobre un caso de su tabla-inventario, mediante unos brillantes e ingeniosos ejercicios de “juego de etiquetas” y de “logomaquia” como los que hacen Zugaldía y todos quienes llaman acción y culpabilidad a los datos sobre los que levantan sus teorías del delito paralelas a la del delito de la persona física. Se trata de un suceso ocurrido en Santiago de Chile en 1965, en que se condenó —y se ejecutó— a un perro por el *homicidio* de su dueño. El dueño del perro entró en su casa en estado de ebriedad, y al penetrar en el patio, que estaba muy oscuro, fue atacado por su propio perro porque éste lo creyó un intruso; pero cuando el perro lo reconoció como su amo, cesó en el ataque y trató de arrastrarlo hacia la vivienda, mas con tan mala fortuna que al hincar sus dientes en el brazo para poder tirar de él, le cortó una arteria y la hemorragia produjo su muerte²⁹⁵. Pues bien, haciendo gala de su gran sentido crítico, y con el ingenio y la

²⁹² Cfr. lo dicho *supra* en nota 282.

²⁹³ Véase RECASENS SICHES, *Filosofía*, pp. 277 y 278 s.: “quede perfectamente claro que ... la institución no es un ser substancial, sino única y exclusivamente una textura de relaciones ... y asimismo, precisa que quede claro que ... es un concepto puramente *sociológico*” (p. 277).

²⁹⁴ Al respecto, véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Enjuiciamiento de animales*, p. 13 y nota 32, y pp. 44 ss. y nota 134, sobre el caso n° 28, Argentina 1966, del que dio cuenta la noticia publicada en el *Diario Excelsior*, de México, del 23 de marzo de 1966, con el titular “Ajusticiaron a una estatua en Argentina”; p. 13 y nota 31 y p. 18 nota 56, caso n° 27, España, 1959, sobre instrucción de expediente contradictorio por el Ayuntamiento de Toro —Zamora—, a instancias de los vecinos, contra nido de cigüeñas (objeto inanimado) construido en posición poco estable y con riesgo de daño para los viandantes, con petición de demolición, y con dictamen de arquitecto que se erigió en “defensor de las cigüeñas amenazadas de *desahucio*” por medio del elogio “del instinto constructor con que Dios ha dotado a estas simpáticas zancudas” (p. 18 nota 56), y finalmente, p. 27 nota 75: procesos contra cornisas, árboles, piedras, etcétera, que hayan producido muertes, lesiones o daños.

²⁹⁵ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Enjuiciamiento de animales*, p. 8 y nota 14, y pp. 34 s., caso n° 9, Santiago de Chile 1965, fuente: *Diario Excelsior*, de México, del 1 de septiembre de 1965, p. 22-A, que publicó la noticia con el titular “Ejecutaron a un perro que mató a su amo”. Justo en este momento de redactar la parte del texto que nos ocupa y sus notas —mediodía del 29 de junio de 2015—, acabo de entrar

dosis de ironía mordaz que merece aquello que se presta como propicio a ella, Alcalá-Zamora y Castillo, para expresar escandalizado su disenso con la condena y con la ejecución del pobre perro chileno, que a diferencia del elefante hindú de otro caso, al parecer no tuvo ninguna “defensa jurídica”²⁹⁶, denuncia que “cabría haber aducido a su favor cuatro circunstancias de gran fuerza”²⁹⁷ como habría podido hacer “un *hábil patrocinator*”²⁹⁸ que sin duda “no habría dejado de aducir” en defensa del perro: a) que éste había incurrido en un “*error in personam*”²⁹⁹; b) que el perro actuó en “legítima defensa” (putativa, claro está) de la morada de su dueño³⁰⁰; c), que el perro actuó además en el “ejercicio legítimo de un oficio o cargo” — *sic.* también putativamente—, “en este caso el de vigilante hogareño, tan a menudo encomendado a perros”³⁰¹; y por si todo esto fuera poco: d) el “arrepentimiento activo”³⁰².

en dicho Diario online, que da la siguiente noticia, en este caso de un positivo proceso “premier”: “Llora Japón la muerte de una gatita que fue jefa de estación de tren”, y al respecto describe, entre otras curiosidades, que el Presidente de la compañía ferroviaria “afirmó” que la gatita —que fue nombrada jefa de estación en 2007 y vestía chaqueta y sombrero hechos a medida— “de verdad hacía su trabajo”, que consistía en recibir y despedir a los pasajeros en el control de billetes; que en el funeral sintoísta ofrecido a la gatita, ésta fue homenajeada como una diosa; y, finalmente, que según el dicho Presidente de la compañía, el mes próximo, la gatita jefa de estación será “incorporada a un santuario de gatos cercano”; cfr. <http://www.excelsior.com.mx/global/2015/06/28/1031798>

²⁹⁶ Pues tal vez el perro se hubiera librado de la “pena de muerte” a que fue condenado y fue ejecutada en su ser si hubiese tenido como defensor al habilidoso prestidigitador lingüístico que echa de menos ALCALÁ-ZAMORA, y que al parecer sí lo hubo en el caso “seguido en la India contra un elefante que de un trompazo mató a su cuidador”, en que el acusado —es decir ¡el elefante!— “fue absuelto, porque tras minuciosa información se averiguó que la víctima” —el cuidador— “malversaba el dinero destinado a la alimentación del victimario y le daba cantidades de sal y de forraje inferiores a sus necesidades”, y así “merced a esa comprobación, se estimaron atenuantes en la conducta del homicida —hasta se llegó a hablar de legítima defensa (¡del elefante, claro!)—, y el proboscidio salvó así su vida”; véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, p. 11, caso n° 20 con nota 24, y p. 34.

²⁹⁷ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, p. 34.

²⁹⁸ Lo que recuerda a los que A. NIETO llama juristas “habilidosos” que jugando arteramente con las palabras presentan bajo el nombre de culpabilidad lo que no es ni puede ser tal en absoluto.

²⁹⁹ El cual, de todos modos, por tratarse de objetos —personas— equivalentes desde el punto de vista de los tipos de lo injusto, habría sido en este caso irrelevante y dejado subsistente el tipo de la tentativa de homicidio; cfr. sólo CEREZO MIR, PG II⁶, p. 142.

³⁰⁰ Lo cual, si el error del perro fue invencible, daría lugar en todo caso a una completa exclusión de su responsabilidad por la tentativa de homicidio, y si su error fue vencible, entonces de acuerdo con la teoría estricta de la culpabilidad, habría *atenuado* la responsabilidad del perro por su tentativa de homicidio, y de acuerdo con las teorías del dolo, de los elementos negativos del tipo y la restringida o limitada de la culpabilidad, lo habría eximido completamente de pena, porque según ellas, el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación da lugar a la imputación del hecho como “imprudente”, pero en el caso, la acción defensiva imprudente del perro no llegó a producir el resultado de muerte de su amo (imprudencia sin resultado, y por tanto impune); sobre todo esto, véase solo CEREZO MIR, PG II⁶, pp. 86 ss., y EL MISMO, PG III, pp. 123 ss.

³⁰¹ Véase la nota anterior, y dado que en este caso concurren, en principio, dos causas de justificación, si bien putativas, sobre el concurso de causas de justificación, véase CUERDA RIEZU, ADPCP 1990, pp. 519 ss.

³⁰² Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, p. 35, lo cual daría lugar ya a la total impunidad de la tentativa de homicidio con la atenuante del error vencible de prohibición en el caso de que se hubiera aplicado la teoría estricta de la culpabilidad (cfr. *supra* nota 298), de modo que el caso se resolvería finalmente con la comprobación de si el perro, cuando ya ha identificado a su dueño, ejecutó su acción de prestarle el socorro debido de modo imprudente, en cuyo caso, habría sido responsable de un

3. Ciertamente, no me resultaría totalmente extraño, y hasta comprendería en primera instancia, que lo que acabo de exponer pudiera verse por alguien como exagerado y desproporcionado e incluso hasta fuera de lugar. Pero tampoco es menos cierto que yo, justo al contrario, lo veo como absolutamente pertinente y adecuado a los fines de la argumentación; si no fuera así, entonces no lo habría hecho. Pues lo que he tratado de hacer con tales razonamientos no es más que un ejercicio de pura argumentación lógica (analógica) de reducción al absurdo, para demostrar que la doctrina de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica quebranta las reglas de la construcción jurídica de conceptos y, como dice Schünemann, las del habla racional (conforme con la taxonomía y nomenclatura jurídicas), de un modo exactamente igual de grueso a como lo haría otra hipotética doctrina que pretendiera fundamentar una responsabilidad penal de los animales. Porque no debiera haber ni la mínima duda sobre que tales reglas se vulneran muy groseramente cuando por medio de una hipóstasis como la advertida por Kelsen, se atribuyen a una substancia —a un objeto— cualidades, propiedades o capacidades que no tiene en absoluto³⁰³, ni tampoco sobre que los efectos de tal vulneración se agravan cuando a unos objetos reales que son absolutamente diferentes de los que sí son portadores de tales cualidades, propiedades o capacidades se los llama con los mismos nombres que a éstos³⁰⁴. Y ya no es preciso decir nada más ni abundar en que esto, y nada más que esto, es lo que hace la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando llama acción y culpabilidad propias de la persona jurídica a la acción y a la culpabilidad de las personas físicas que actúan para ella y que han realizado el hecho punible actuando para ella.

4. Más allá de todo lo expuesto, y de la ironía a la que se presta la doctrina de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica, lo que parece evidente es —y por eso nadie niega— que el ordenamiento jurídico debe establecer instrumentos de intervención contra las personas jurídicas cuando las personas físicas que actúan para ellas en virtud de una determinada relación con ellas, cometen delitos e infracciones en el ejercicio de sus actividades para la persona jurídica a la que sirven y a la que a menudo instrumentalizan para la comisión de delitos e infracciones. Por esta razón, el ordenamiento jurídico no puede prescindir —como acertada y afortunadamente no prescinde— de establecer figuras y estructuras de responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones y las consecuencias jurídicas correspondientes contra ella. Sin embargo, es obvio que tales estructuras de responsabilidad y sus correspondientes consecuencias jurídicas, en ningún caso pueden ser de naturaleza y fines estrictamente sancionatorios y mucho menos aún penales. La persona jurídica no tiene ni puede tener espacio

homicidio por imprudencia, o si ni siquiera hubo imprudencia y en tal caso no incurrió en ninguna “responsabilidad criminal”.

³⁰³ Sobre lo dicho a este respecto por KELSEN, *cfr. supra* V.3.a)

³⁰⁴ Sobre lo dicho a este respecto por SCHÜNEMANN *cfr. supra* V.3.d)

alguno en ningún ordenamiento sancionador de conductas, sino sólo en ordenamientos *distributivos* de bienes, de perjuicios y de riesgos conforme *debe ser* a partir de —y de acuerdo con— la idea del Derecho. Toda responsabilidad de la persona jurídica no puede ser más que civil y administrativa no sancionadora, y muy especialmente policial coercitiva, pero nunca sancionatoria. Para fundamentar y estructurar tales responsabilidades de la persona jurídica, no es preciso inventar ni abrir nuevos caminos hacia nuevos horizontes, sino que ha de bastar con elegir los adecuados ya existentes que proporcionan el saber y la teoría permanentemente válidos de la Ciencia jurídica, y con cursar su senda con los instrumentos y conceptos jurídicos que aquel saber nos proporciona como los adecuados para llegar a la meta propuesta. Estos instrumentos jurídicos adecuados —y los únicos posibles— no son otros que los que ofrece la distinción, vinculada a su vez a la distinción entre individuo y persona, entre acción (infracción) y “culpabilidad” (*Schuld*) por un lado, y “responsabilidad” (*Haftung*) por el otro, que desde antiguo ha sido formulada y desarrollada por la teoría general del Derecho y que han asumido todas las Dogmáticas jurídicas sectoriales, pero que tal y como lo ha denunciado Alejandro Nieto³⁰⁵, es groseramente ignorada o pasada por alto por la doctrina de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica. Conforme a esta elemental distinción es posible que sea “responsable” *por* —y no *de*— la infracción un sujeto que no la ha cometido en absoluto porque la ha cometido otro sujeto distinto, pero en tal caso esa responsabilidad, que para nada resulta de una culpabilidad del responsable porque es inexistente, sino solo de un vínculo normativo existente entre el responsable y el que ha cometido realmente la infracción³⁰⁶, no puede tener ni tiene ningún carácter ni finalidad punitivos ni sancionatorios. Y este y nada más que este tipo de responsabilidad no sancionatoria es el que puede —y debe— cargarse a la persona jurídica por las infracciones penales y administrativas de las que sean autoras —y en su caso culpables— las personas físicas que actúan para ella. Como es fácil de suponer, una construcción mínimamente fundamentada y desarrollada de esta especie de responsabilidad sólo puede ser llevada a cabo en un espacio amplio, propio de una monografía, que aquí obviamente no está disponible,

³⁰⁵ Véase ALEJANDRO NIETO, DAS⁵, pp. 421 s.: “En la Teoría General del Derecho es obvia desde hace más de un siglo la distinción entre *Schuld* y *Haftung*, *dovoir* y *engagement*, *duty* y *liability*: Por un lado existe, en efecto, una deuda y un deudor, que es quien está obligado a realizar un determinado comportamiento; y por otro, un responsable que es quien está sujeto a las consecuencias del incumplimiento del autor. Por lo común ambas figuras coinciden en la misma persona, mas no siempre. Sin embargo” —observa NIETO— “esto que parece tan elemental a los juristas se pasa por alto en el Derecho Administrativo Sancionador, cuyo error consiste en no acertar a separar las figuras de autoría y responsabilidad (salvo que esté determinado así en la ley). Y por ello, cuando se quiere imputar a alguien las consecuencias de una infracción, se le exige que sea autor —autor jurídico del hecho y autor de la infracción— pero para poder imputársele la autoría de la infracción (como requisito previo para la imputación de sus consecuencias) hace falta la concurrencia de culpabilidad y aquí es” —concluye NIETO— “donde con frecuencia falla la operación, cuando la culpabilidad no aparece por ninguna parte”.

³⁰⁶ En este sentido se pronuncia la FGE, Circular 1/2011, apartado III.1, si bien sin pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de esa responsabilidad.

pero en otros lugares, a los que ahora remito, ya he emprendido un camino como ese y dado en él unos primeros pasos a los que han de seguir aún otros muchos hasta alcanzar definitivamente la meta que en este momento ya veo próxima gracias al apoyo que me brindan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas sectoriales de las ramas no sancionadoras del Derecho, muy particularmente la civil y la administrativa policial³⁰⁷.

*BIBLIOGRAFÍA CITADA**

- Aguado Correa, El **comiso**, Edersa, Madrid, 2000.
- Alastuey, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Tratado** de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Alcalá-Zamora y Castillo, **Enjuiciamiento de animales** y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo XX, reedición de la edición de 1969, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.
- Alenza García, Las **sanciones** administrativas y penales en materia ambiental: funciones y problemas de articulación, en Corcoy Bidasolo (dir.), Derecho penal de la empresa, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 594 ss.
- Arnold, **Schuld und Haftung** im Steuerrecht, Verlag Orac, Wien, 2000.
- Arroyo Zapatero, Derecho penal económico y Constitución, **RPen n.º 1 1998**, pp. 1 ss.
- Bacigalupo Zapater, **Teorías** de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Enrique Bacigalupo (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 43 ss.
- Bacigalupo Zapater, La **responsabilidad penal y sancionadora** de las personas jurídicas en el Derecho europeo, en Enrique Bacigalupo (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 43 ss.
- Bacigalupo Zapater, Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009, **Diario La Ley, n.º 7442, 2010**.
- Bacigalupo Zapater, **Compliance** y Derecho penal, Aranzadi/Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- Bacigalupo Sagesse, La responsabilidad penal de las **personas jurídicas**, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- Bacigalupo Sagesse, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Enrique Bacigalupo (dir.), **Curso** de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 81 ss.
- Bacigalupo Sagesse, Las **consecuencias accesorias** aplicables a las personas jurídicas, en Enrique Bacigalupo (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 105 ss.
- Bacigalupo Sagesse, Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno, **Diario La Ley, no 7541, 2011**.
- Bajo Fernández, De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, **ADPCP 1981**, pp. 371 ss.)
- Bajo Fernández, La responsabilidad penal de las **personas jurídicas** en el Derecho administrativo español, en Mir/Luzón, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- Bajo Fernández, La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro, en Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García, Ed. Colex, Madrid, 2006, pp. 69 ss. (cit. **LH González-Cuéllar 2006**)

³⁰⁷ Véase GRACIA MARTÍN, Foro FICP 2014-2, pp. 65 ss., y EL MISMO, FORO FICP 2015-2, pp. 214 ss.

* En **negrita** como se cita la obra.

- Bajo Fernández, La responsabilidad penal colectiva, **CPC n° 98 2009**, pp. 31 ss.
- Bajo Fernández, **Vigencia** de la RPPJ en el Derecho sancionador español, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 19 ss.
- Bajo/Silvina Bacigalupo, **Derecho penal económico**, 2ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2010.
- Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, **Tratado** de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012.
- Barbero Santos, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, **RDM 1957**, pp. 285 ss.
- Baucells Lladós, en Córdoba/García Arán (dir.), **Comentarios** al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 417 ss.
- Benda, El **Estado social** de Derecho, en Benda et al. Manual de Derecho constitucional, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487 ss.
- Binding, Die Normen und ihre Übertretung II. Schuld und Vorsatz. Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, reimpresión de la 2ª ed. de Leipzig, Sicientia Verlag, Aalen, 1965.
- Blauth, “**Handeln** für einen anderen” nach geltendem und kommandem Strafrecht, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1968.
- Bohnert, **OWiG. Kommentar** zum Ordnungswidrigkeitenrecht. 3ª ed., C. H. Beck, München 2010 (cit. **OWiG^{3ª}**).
- Bohnert, Ordnungswidrigkeitenrecht, 4ª ed. C. H. Beck, München 2010 (cit. **Grundriss**).
- Boldova Pasamar, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Lecciones** de consecuencias jurídicas del delito, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (1ª ed., 1998; 2ª ed. 2000; 3ª ed., 2004; 4ª ed., 2012).
- Boldova Pasamar, La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española, **EPC vol. 33 (2013)**, pp. 219 ss.
- Boldova Pasamar, en Romeo/Sola/Boldova (coords.), Derecho penal. Parte General, Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 331 ss. (cit. **PG**).
- Boldova/Rueda, La responsabilidad penal de las **Personas jurídicas** en el Derecho Penal Español, en Pieth/Ivory (eds.), Corporate criminal liability, Springer Verlag, Heidelberg/London/New York, 2011, pp. 271 ss.
- Bonnard, Les **infractions intentionnelles** et l’extension de la responsabilité pénale, notamment patronale du fait d’autrui, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.
- Bottke, **Assoziationsprävention**. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
- Bottke, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 41 ss. (cit. **LH-Roxin 1997**)
- Brender, Die Neuregelung der **Verbandstäterschaft** im Ordnungswidrigkeitenrecht, Schäuble Verlag, Freiburg/Berlin, 1989.
- Busch, **Grundfragen** der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, Verlag von Theodor Weicher, Leipzig, 1933.
- Calvo Charro, **Sanciones** medioambientales, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Cano Campos, ¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?, **RAP n° 184 2011**, pp. 79 ss.
- Carretero Pérez/Carretero Sánchez, **Derecho** administrativo sancionador, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995.
- Cartier, Notion et fondement de la **responsabilité du chef d’entreprise**, Journées d’Etudes de l’Institut de l’Entreprise, Ed. Masson, Paris/New York/Barcelona/Milan, 1977.
- Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español. Parte General I, Introducción, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004 (cit. **PG I^{6ª} 2004**)
- Cid Moliné, Garantías y sanciones, en **RAP n° 140, 1996**, pp. 131 ss.
- Cramer/Heine, en **Schönke/Schröder**. Strafgesetzbuch. Kommentar, 27ª ed., 2006.
- Cuadrado Ruiz, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia delante ... ¿Un paso hacia atrás?, en **RJCyL n° 12 2007**, pp. 121 ss.

- Cugat, en Córdoba/García Arán (dir.), **Comentarios** al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 1005 s.
- Dannecker, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts, **GA 2001**, pp. 101 ss.
- Federico de Castro, La **persona jurídica**, Civitas, Madrid, 1981.
- De la Cuesta Arzamendi, Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam* I, Univ. Castilla la Mancha/Univ. Salamanca, 2001, pp. 967 ss. (cit. **LH-Barbero Santos I**).
- De la Cuesta Arzamendi/Pérez Machío, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el **marco europeo**: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados, en De la Cuesta Arzamendi (dir.)/de la Mata (coord.), Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 129 ss.
- De Palma, El **principio** de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- Del Rey Guanter, **Potestad** sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.
- Del Rosal Blasco/Pérez Valero, **Responsabilidad** penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español, en Hurtado/del Rosal/Simons, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 23 ss.
- Delgado Echeverría, El **vigor** de las leyes: el campo semántico *validez* en el *Diccionario de autoridades*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2013.
- Denninger, en Lisken/Denninger, Handbuch des **Polizeistrafrechts**, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012.
- Díez Picazo, **Fundamentos** de Derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972).
- Díez Picazo, **Experiencias** jurídicas y teoría del Derecho, 3ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1999.
- Díez Ripollés, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española, **InDret 1/2012**.
- Díez Ripollés, Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española, en JpD nº 73 2012, pp. 48 ss.
- Díez Ripollés, La **racionalidad** de las leyes penales, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2013.
- Dopico, Responsabilidad de **personas jurídicas**, en Memento Experto. Reforma penal. Ley Orgánica 5/2010, actualizado a julio de 2010, pp. 11 ss.
- Dubber, **Strafrechtsdogmatik als Botanik**, en Hefendehl (ed.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitische Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Carl Haymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2005, pp. 245 ss.
- Engisch, **Einführung** in das juristische Denken, 7ª ed., Verlag Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1977 (desde 1996, Thomas Würtenberger y Dirk Otto, han editado y actualizado la jurisprudencia y la bibliografía en las ediciones 9ª a la 11ª de la misma editorial, siendo la 11ª de 2010 la última editada, y la que aquí se citará junto a la 7ª del propio Engisch).
- Ehrhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- Albin Eser, Die strafrechtliche **Sanktionen** gegen das Eigentum, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1969.
- Joseph Esser, Einführung in die **Grundbegriffe** des Rechtes und des Staates, reedición de la edición de 1949, de Springer Verlag, Wien, 2013.
- Joseph Esser, Wert und Bedeutung der **Rechtsfiktionen**, 2ª ed., Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1969
- Joseph Esser, **Principio y norma** en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, trad. de Eduardo Valentí Fiol, Ed. Bosch, Barcelona, 1961.
- Feijóo Sánchez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?, en **RPCP Año V n.º 9**, pp. 235 ss

- Feijóo Sánchez, **Sanciones** para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas, Civitas, Madrid, 2002.
- Feijóo Sánchez, **Autorregulación** y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?, en: Arroyo/Nieto (dir.), *Autorregulación y sanciones*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 197 ss.
- Feijóo Sánchez, La responsabilidad penal de las **personas jurídicas**, en Díaz-Maroto (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 65 ss.
- Feijóo Sánchez, Las **características básicas** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 49 ss.
- Feijóo Sánchez, La persona jurídica como **sujeto de imputación** jurídico penal, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 65 ss.
- Feijóo Sánchez, **Presupuestos** para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 91 ss.
- Feijóo Sánchez, Las **consecuencias** jurídicas del delito, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 235 ss.
- Feijóo Sánchez, El **art. 129** como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 265 ss.
- Feijóo Sánchez, La **extinción** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 261 ss.
- T. R. Fernández, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso de Derecho administrativo I**, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- T. R. Fernández, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso de Derecho administrativo II**, 12ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- Fernández Teruelo, Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, en Quintero/Morales (coordinadores), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, 2001, pp. 273 ss. (cit. **LH-Valle**)
- Fernández Teruelo, Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010, **RDP (31) 2010**, pp. 43 ss.
- Ferrajoli, **Derecho y razón**, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001.
- Ferrara, **Teoría** de las personas jurídicas, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monerero Pérez y Cristóbal Molina Navarrete, Ed. Comares, Granada, 2006.
- FGE, **Circular 1/2011**, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.
- FGE, **Circular 1/2016**, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica número 1/2015.
- Foucault, **Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines**, Ed. Gallimard, Paris, 1966.
- Foucault, **L'archéologie du savoir**, Ed. Gallimard, Paris, 1969.
- Frank, *Unternehmerdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchstpreisgesetz*, **ZStW 1917**, pp. 28 ss.
- Fuster Asencio, **El procedimiento sancionador tributario**, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- Galán Muñoz, La responsabilidad penal de la **persona jurídica** tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Comares, Granada, 2012, pp. 503 ss.

- García Amado, La Filosofía del Derecho en España hoy. Un balance pesimista, **ACFS 44 (2010)**, pp. 523 ss.
- García Arán, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Cerezo et. alt. (eds.), El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 325 ss. (cit. **LH Torío 1999**).
- García Arán, en Córdoba/García Arán (dir.), **Comentarios** al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 385 ss. y pp. 637 ss.
- García Blasco, **Infracciones** y sanciones en materia laboral; Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.
- García de Enterría, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso** de Derecho administrativo **I**, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- García de Enterría, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso** de Derecho administrativo **II**, 12ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- García Gómez, La **simple negligencia** en la comisión de infracciones tributarias, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.
- Thomas Geiger, Die **Rechtsnatur** der Sanktion, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- Gimbernat, **Estudios** de Derecho penal, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- Gimbernat, **Ensayos** penales, Tecnos, Madrid, 1999.
- Gimbernat, A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad, en Gimbernat/Gracia/Peñaranda/Rueda/Suárez/Urquiza (eds.), Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas, t. I, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario, Gaceta penal & procesal penal, Lima, 2014, pp. 275 ss. (cit. **LH Schünemann I**).
- Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, Beck'sche Kurz-Kommentare, 16ª ed. Verlag C. H. Beck, München 2012 (cit. **OWiG^{16ª}**).
- Gómez-Jara, La **culpabilidad** penal de la *empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Gómez-Jara, La **atenuación** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 181 ss.
- Gómez Martín, **Falsa alarma**, o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest* en Mir/Corcoy (dirs.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, pp. 331 ss.
- Gómez Tomillo, **Derecho administrativo sancionador**. Parte General, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008 (cit. **DAS**).
- Gómez Tomillo, **Introducción** a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- González Cussac, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, en González Cussac (dir.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 151 ss.
- Gracia Martín, El **actuar** en lugar de otro en Derecho penal **I**, Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.
- Gracia Martín, **Responsabilidad** de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986.
- Gracia Martín, en Diez Ripollés/Gracia, **Delitos** contra bienes jurídicos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- Gracia Martín, Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal, **AP (16) 1993**, pp. 213 ss.
- Gracia Martín, Die **Strafbarkeit** von Handlungen und Unterlassungen im Unternehmen nach spanischem und deutschem Recht, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag KG, 1994, pp. 13 ss.
- Gracia Martín, La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del

- Profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 81 ss. (cit. **Jornadas Tiedemann**).
- Gracia Martín, La **comisión por omisión** en el Derecho penal español, en Gimbernat Ordeig (dir.), La comisión por omisión, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1994.
- Gracia Martín, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias **personas jurídicas**, en Mir/Luzón, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, Las **consecuencias** jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Gracia Martín, **Prólogo** al libro de M^a Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- Gracia Martín, **Prólogo** al libro de José Luis **Castillo Alva**, Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Idemsa, Lima, 2001.
- Gracia Martín, El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, **RECPC 06-07 (2004)**, <http://criminet.ugr.es/recpc>
- Gracia Martín, El **horizonte** del finalismo y el Derecho penal del enemigo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- Gracia Martín, Las llamadas “consecuencias accesorias” en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito, **RPCP (17) 2005**, pp. 195 ss.
- Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Tratado** de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Gracia Martín, **Fundamentos** de Dogmática penal, Atelier, Barcelona, 2006.
- Gracia Martín, voz La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Boix/Lloria, **Diccionario** de Derecho penal económico, Iustel, Madrid, 2008 (cit. **Diccionario**).
- Gracia Martín, voz Responsabilidad penal de los administradores y representantes de las personas jurídicas, en Boix/Lloria, **Diccionario** de Derecho penal económico, Iustel, Madrid, 2008 (cit. **Diccionario**).
- Gracia Martín, Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin, **GA 6/2010**, pp. 323 ss.
- Gracia Martín, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático), **RDPC 3^a época n° 3 (2010)**, pp. 27 ss.
- Gracia Martín, Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código penal español, en Urquizo/Abanto/Salazar (coordinadores), Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal, **Homenaje a Klaus Tiedemann**, vol. I, Universidad San Martín de Porres, Fondo Editorial, Lima, 2011, pp. 159 ss.
- Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 5^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (1^a ed., 1998; 2^a ed. 2000; 3^a ed., 2004; 4^a ed. 2012) (cit. Lecciones^{5a}).
- Gracia Martín, La estructura dogmática y la función político criminal de la “**adecuación social**” como “cierre normativo” de lo injusto en el sistema finalista del Derecho penal y el abismo que la distancia de la doctrina de la imputación objetiva, en Rebollo/Tenorio (dirs.), Derecho penal, Constitución y Derechos, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 193 ss.
- Gracia Martín, **Prólogo** al libro de M^a Ángeles Rueda, ¿Participación por omisión?, Atelier, Barcelona, 2013.
- Gracia Martín, La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, en Gimbernat/Gracia/Peñaranda/Rueda/Suárez/Urquizo, Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas II. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70^o aniversario, Gaceta penal & procesal, Lima, 2014, pp. 107 ss. (cit. **LH-Schünemann II 2014**).
- Gracia Martín, La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y

- del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura, en **Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP N° 2014-2** (septiembre), pp. 16 ss.
- Gracia Martín, La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, en **Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP N° 2015-2** (septiembre), pp. 149 ss.
- Guardiola Lago, Responsabilidad penal de las **personas jurídicas** y alcance del art. 129 del Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Günter Rosenkötter, Das Recht der **Ordnungswidrigkeiten**. 7ª ed.. Boorberg Verlag, Stuttgart u. a. 2011.
- Günter, Die **Gewinnabschöpfung** als strafrechtliche Sanktion, Peter Deubner Verlag, Köln, 1983.
- Guthrie, **Historia** de la Filosofía griega V. Platón. Segunda época y la Academia, versión española de Alberto Medina, Ed. Gredos, Madrid, 1992.
- Hardwig, Die **Zurechnung**, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.
- Harris, **Nuestra especie**, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- Harris, Introducción a la **Antropología** general, 7ª ed., trad. de Francisco Muñoz de Bustillo, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- Heine, Die strafrechtliche **Verantwortlichkeit** von Unternehmen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.
- Heine, La **responsabilidad** penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales, en Hurtado/del Rosal/Simons, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 49 ss.
- Heine, La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales, en <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hei96.html> 1º de mayo de 2005.
- Heine, en **Schönke/Schröder**, Strafgesetzbuch. Kommentar, 29ª ed., 2014.
- Hempel/Oppenheim, Der **Typusbegriff** im Lichte der neuen Logik. Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie, Leiden, 1936.
- Henkel, **Introducción** a la Filosofía del Derecho, trad. De Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Taurus, Madrid, 1968.
- Hernández Plasencia, **Función** de la pena en la criminalidad económica, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 549 ss.
- Hirsch, Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn /München, 1989 (cit., **GS-Armin Kaufmann**).
- Hirsch, Die Frage der **Straffähigkeit** von Personenverbänden, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993.
- Hirsch, Die Entwicklung der **Strafrechtsdogmatik** nach Welzel, citado por sus Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 60 ss. (= El desarrollo de la **Dogmática penal** después de Welzel, en sus Obras Completas, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f., pp. 13 ss.).
- Hirsch, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, en **ZStW (116) 2004**, pp. 1 ss.
- Horn, Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- Huergo Lora, Las **sanciones** administrativas, Iustel, Madrid, 2007.
- Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991 (cit. **AT² 1991**).
- Jakobs, **Sociedad**, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.
- Jakobs, **Strafbarkeit** juristischer Personen?, en Prittwitz et alt. (eds.), Fest. f. Klaus Lüderssen, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, pp. 559 ss. (cit. **FS Lüderssen 2002**).
- Jakobs, La **idea de la normativización** en la Dogmática jurídico-penal, en Moisés Moreno Hernández (coord.), Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Cepolcrim, Ed. D. R. Ius Poenale, México D. F., 2003.

- Jakobs, Sobre la génesis de la **obligación jurídica**, en Jakobs/Cancio, Conferencias sobre temas penales, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s. f.
- Armin Kaufmann, Lebendiges und totes in Bindings **Normentheorie**, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1954.
- Arthur Kaufmann, **Analogie** und “Natur der Sache”, 2ª ed., R. v. Decker&C.F. Müller, Heidelberg, 1982.
- Arthur Kaufmann, **Filosofía del Derecho**, trad. de la 2ª edición alemana de 1997, por Luis Villar Borda y Ana Maria Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- Kelsen, **Teoría pura del Derecho**, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernego, Universidad Autónoma de México, Mexico DF. 1979.
- Kelsen, **Teoría general del Derecho y del Estado**, 5ª reimpr. de la trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.
- Kelsen, **Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**, reimpresión de la 2ª ed. de Tübingen, Scientia Aalen, 1960.
- KKOWiG, Lothar Senge (ed.) OWiG. Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. 4ª ed. C. H. Beck, München, 2014 (citado con la sigla seguida del nombre del comentarista, por ej. **KKOWiG⁴-Rengier**).
- Kohler, J., Die Straffähigkeit der juristischen Person, **GA 1917**, pp. 500 ss.
- Köhler, M., Der **Begriff** der Strafe, R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1986.
- Köhler, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlin, 1997 (cit. **AT**).
- Kuhlen/Montiel/Ortíz de Urbina (eds.), **Compliance** y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Sao Paulo, 2013.
- Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1989 (cit. **StGB**).
- Lacruz/Delgado, en Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 2º, Personas, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010 (cit. **Elementos I-2º 2010**).
- Lacruz/Delgado, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 3º, Derecho subjetivo. Negocio jurídico, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005 (cit. **Elementos I-3º 2005**).
- Lacruz/Luna Serrano, en Lacruz et. alt., Elementos de Derecho civil, I, Parte General, vol. 2º, Personas, 2ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990 (cit. **Elementos I-2º 1990**).
- Lacruz/Rivero, en Lacruz et. alt., Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. 2º, Contratos, cuasicontratos, delito y cuasidelito, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009 (cit. **Elementos II-2º 2009**).
- Larenz, **Methodenlehre** der Rechtswissenschaft, 4ª ed., Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg/New York, 1979.
- Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6ª ed., C.H. Beck, München, 1983 (cit. **ATBR⁶ 1983**).
- Legaz, **Filosofía del Derecho**, 4ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.
- Lemke/Mosbacher, Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar. 2ª ed. C. F. Müller, Heidelberg 2006 (cit. **OWiG²**).
- Lozano, La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre), **RAP n° 129 1992**, pp. 211 ss.
- Lüderssen, **Interventionsrecht** gegen Unternehmen? Skizze eines neuen Haftungstypus?, en Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 387 ss.
- Luzón Peña, Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, en Octavio de Toledo/Gurdiel/Cortés Bechiarelli (coords.), Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 545 ss. (cit. **EP Ruiz Antón 2004**).
- Luzón Peña, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (cit. **PG² 2012**); 1ª ed., publicada en Ed. Universitas, Madrid, 1996.
- Maiwald, Der “dolus generalis”. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, **ZStW 1966**, pp. 30 ss.
- Manzanares Samaniego, La pena de comiso, **REP, n.º 216, 1977**, pp. 7 ss.

- Manzanares Samaniego, Las **penas patrimoniales** en el Código penal español, Bosch, Barcelona, 1983.
- Manzanares Samaniego, La pena de comiso en el Proyecto de Código penal, **ADPCP**, 1981, pp. 17 ss.
- Manzanares Samaniego, Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal (1992), **RDPC**, n.º 2, 1992, pp. 375 ss.
- Manzanares Samaniego, Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros, **AP**, n.º 24, 1997.
- Mapelli, Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal, **RPen n.º 1 1998**, pp. 43 ss.
- Mapelli, Las **consecuencias** jurídicas del delito, 5ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011 (4ª ed. 2005).
- Martínez-Buján, Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (cit. **DPE-PG**⁴).
- Martínez Ruiz, Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, en **RECPC 01-11 (1999)** <http://criminet.ugr.es/recpc>;
- Marxen, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung – eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, **JZ 1988**, pp. 286 ss.
- Meier, Strafrechtliche **Sanktionen**, 7ª ed., Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2006.
- Meini Méndez, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999.
- Mir Puig, El Derecho penal en el **Estado social** y democrático de Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- Mir Puig, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, **RECPC 06-01 (2004)**.
- Mir Puig, Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Octavio de Toledo/Gurdiel/Cortés Bechiarelli (coords.), Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 741 ss. (cit. **EP Ruiz Antón 2004**).
- Mir Puig, **Bases constitucionales** del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Mir Puig, Derecho penal. Parte General, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011 (cit. **PG**⁹ **2011**).
- Mir Puig, Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad, en **Foro FICP — Tribuna y Boletín de la FICP**, n.º 2014-1 (abril), pp. 24 ss.
- Mir Puig, Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad, en **Foro FICP — Tribuna y Boletín de la FICP**, n.º 2015-2 (abril), pp. 140 ss.
- Mir/Corcoy/Gómez Martín (dir.), Responsabilidad de la empresa y **Compliance**. Programas de prevención, detección y reacción penal, Edisofer/Ibdf, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014.
- Mitsch, Recht der **Ordnungswidrigkeiten**, 2ª ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 2005.
- Montoro Puerto, La **infracción** administrativa, Ed. Nauta, Barcelona, 1965.
- Müller-Dietz, **Grundfragen** des strafrechtlichen Sanktionensystems, R.v. Decker's Verlag, Heidelberg/Hamburg, 1979.
- Muñoz Conde, Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos, **RPen n.º 1 1998**, pp. 67 ss.
- Muñoz Lorente, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de Ley de 2007 de reforma del Código penal de 1995, **LLP n.º 40 2007**, pp. 26 ss.
- Nagler, Die **Teilnahme** am Sonderverbrechen, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.
- Navarro Cardoso, **Infracción administrativa** y delito: límites a la intervención del Derecho penal, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- Alejandro Nieto, en Alejandro Nieto/Tomás R. Fernández, **El Derecho y el revés**, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.
- Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012 (cit. **DAS**).
- Nieto Martín, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008.

- Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010, **RXG n° 63 2009**, pp. 47 ss.
- Octavio de Toledo, Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal, en Díez/Romeo/Gracia/Higuera (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1113 ss. (cit. **LH Cerezo 2002**)
- Octavio de Toledo, ¿Responsabilidad penal de los entes sociales?, **ADPCP 2009**, pp. 93 ss.
- Oppenheim, *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften. Grundgesetze der vergleichenden Wissenschaftslehre*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926.
- Oppenheim, véase Hempel/Oppenheim.
- Ortiz de Urbina, **Sanciones penales** contra empresas en España (*hispanica societas delinquere potest*), en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.
- Ortiz de Urbina, La responsabilidad penal de las **personas jurídicas** y su impacto en el Derecho penal económico, en Silva/Miró, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 463 ss.
- Ortiz de Urbina, Responsabilidad penal de las personas jurídicas: **the american way**, en Mir/Corcoy/Gómez Martín (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer/Ibdf, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014. pp. 35 ss.
- Ortiz de Urbina, véase Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.).
- Ortiz de Urbina, véase Silva Sánchez/Ortiz de Urbina
- I. Pemán Gavín, *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000.
- Pérez Royo, **Infracciones** y sanciones tributarias, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1972.
- Pérez Royo, **Los delitos** y las infracciones en materia tributaria, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.
- Pettoello Mantovani, **Responsabilità per fatto altrui**. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- Philipps, Endliche **Rechtsbegriffe** mit unendlichen Grenzen, en Schweighofer et al. (eds.), *Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik Tagungsband des 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2005*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/ Dresden, 2005, pp. 87 ss.
- Platón, *Diálogos II*, Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo, traducción, introducciones y notas por J. Calonge Ruiz, E. Acosta Méndez, F. J. Olivieri y J. L. Calvo, Ed. Gredos, Madrid, 1999 (conforme a la norma, se cita el nombre del diálogo y los números marginales correspondientes al fragmento).
- Quintano Ripollés, La evolución del Derecho penal moderno (contra corriente), **ADPCP 1957**, pp. 283 ss.
- Rachor, en Liskén/Denninger, *Handbuch des Polizeistrafrechts*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012.
- Radbruch, **Klassenbegriffe** und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, originalmente publicado en *Revue internationale de la théorie du Droit*, n° 12 1938, e incluido como apéndice en Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, editado con una introducción por Arthur Kaufmann, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, pp. 167 ss. (aquí se cita por esta última obra).
- Radbruch, **Rechtsphilosophie**, 3ª ed., de Verlag von Quelle & Meyer in Leipzig, 1932, editada por Ralf Dreier y Stanley L. Paulson, en 2ª ed. en C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.
- Ramón Ribas, *La persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Ed. Comares, Granada, 2009.
- Ransiek, **Unternehmensstrafrecht**, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996.

- Ransiek, **Überlegungen** zur strafrechtlichen Verantwortung des Unternehmensträgers, en Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 285 ss.
- Rebollo Puig, **Potestad** sancionadora, alimentación y salud pública, Instituto Nacional de Administración pública, Madrid, 1989.
- Recasens Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, 19ª ed., Ed. Porrúa, México, 2008.
- Rengier, KKOWiG⁴ comentario pevio al § 8 OWiG.
- Robles Planas, ¿Delitos de personas jurídicas?, **InDret 2/2006**.
- Robles Planas, 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 2/2009**.
- Robles Planas, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, **Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011**.
- Rodríguez Mourullo, Derecho penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1977 (cit. **PG I 1977**).
- Rogall, KKOWiG⁴, comentario al § 30.
- Romeo Casabona, **Peligrosidad** y Derecho penal preventivo, Bosch, Barcelona, 1986.
- Rosenkötter, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, 7ª ed., Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2011.
- Roth, **Responsabilidad** penal de la empresa: modelos de reflexión, en Hurtado/del Rosal/Simons, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 177 ss.
- Rotsch (ed.), **Criminal Compliance**. Handbuch, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2015.
- Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006 (cit. **AT I⁴ 2006**).
- Rudolphi, Der **Zweck** staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, de Gruyter, Berlin, 1984, pp. 69 ss. (= **Fin** del Derecho penal del Estado y las formas de imputación, en El sistema moderno del Derecho penal, traducción de J. Mª Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 81 ss.).
- Sáinz Cantero, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1990 (cit. **PG³**)
- Santos Briz, **La responsabilidad** civil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970.
- Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Auflage, C. B. Mohr, Tübingen, 1984 (cit. **AT StB**)
- R. Schmitt, Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetz, en Festschrift für Richard Lange, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 877 ss. (cit. **FS Lange 1976**).
- Anne Schneider, Die **Verhaltensnorm** im internationalen Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
- Schroth, **Unternehmen** als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht, Brühlscher Verlag, Giessen, 1993.
- Schünemann, Grund und Grenzen der unechten **Unterlassungsdelikte**, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.
- Schünemann, **Unternehmenskriminalität** und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979
- Schünemann, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, en **wistra 1982**, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.).
- Schünemann, Die Gesetzesinterpretation in Schmittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, en Festschrift für Klug I, Köln, 1983, pp. 169 ss. (cit. **FS Klug I 1983**).
- Schünemann, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, en Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 31 ss. (cit. **Jornadas 1992**)
- Schünemann, Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 299 ss. (cit. **FS Arthur Kaufmann 1993**).

- Schünemann, Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht, en Schünemann/Suarez Gonzalez (eds.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. **Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann**, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, pp. 265 ss. (= en Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Ed. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565 ss.).
- Schünemann, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissen, **GA 1995**, pp. 201 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 209 s.).
- Schünemann, Begründung und Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, en Schünemann (ed.), Unternehmenskriminalität; **Deutsche Wiedervereinigung Band III**, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, pp. 153 ss.
- Schünemann, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en **Modernas tendencias** en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2000, pp. 643 ss.
- Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Festschrift für Roxin, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2001, pp. 1 ss. (cit. **FS Roxin 2001**).
- Schünemann, Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación, **ADPCP 2002**, pp. 9 ss.
- Schünemann, Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung, **GA 2003**, pp. 299 ss.
- Schünemann, La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea, en Bajo/S. Bacigalupo/Gómez-Jara (eds.), **Constitución europea** y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 141 ss.
- Schünemann, Comentario previo al § 25, en LK I, 12ª ed., 2006 (cit. **LK^{12ª} 2006**).
- Schünemann, Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Festschrift für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag 2008, pp. 429 ss. (cit. **FS Tiedemann 2008**).
- Schünemann, Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, in: Strafrecht zwischen System und Telos –Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, pp. 39 ss. (cit. **FS Herzberg 2008**).
- Schünemann, La **significación** del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización, en Bernd Schünemann, Obras completas, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.
- Schünemann, Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit, **GA 2013**, pp. 193 ss.
- Schünemann, Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe –ein kriminalpolitischer Zombie, **ZIS 1/2014**, pp. 1 ss.
- Schünemann, Zur Frage der **Verfassungswidrigkeit** und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen. Rechtsgutachten zum Gesetzantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, 2013, http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf
- Schünemann, Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von *Günther Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, en **ZStW 2014**, pp. 1 ss.
- Schünemann, **Europäisierung** der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin, 2014.
- Christina Schwinge, **Strafrechtliche Sanktionen** gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts, Centaurus-Verlagsgesellschaft, Pfaffenweiler, 1996.
- Seelmann, **Kollektive Verantwortung** im Strafrecht, Walter de Gruyter, Berlin /New York, 2002.
- Seiler, **Strafrechtliche Massnahmen** als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.
- Serrano Butragueño, Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia), Tomo I, Del Moral García/Serrano Butragueño (coords.) y otros, 3.ª ed., Comares, Granada, 2002 (cit. **Com CP**).
- Silva Sánchez, Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, en Silva Sánchez (ed.)/Schünemann-Figueiredo (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del

- Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 381 ss. (cit. **LH Roxin 1995**)
- Silva Sánchez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las **consecuencias accesorias** del art. 129 del Código penal, en Derecho penal económico, Manuales de Formación Continua, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 308 ss.
- Silva Sánchez, La evolución ideológica de la discusión sobre la „responsabilidad penal“ de las personas jurídicas, en **DPyC**, vol. **29 n° 86-87, 2008**, pp. 129 ss.
- Silva Sánchez, La **expansión** del Derecho penal, 3ª ed. en Edisofer/IBdF, Madrid/Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- Silva Sánchez, **Fundamentos** del Derecho penal de la empresa, Edisofer/IBdF, Madrid/Montevideo/Buenos Aires, 2013.
- Silva Sánchez, La responsabilidad penal de las **personas jurídicas** en Derecho español, en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), Criminalidad de empresa y *compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15 ss.
- Silva Sánchez, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, **InDret 3/2014**.
- Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), Criminalidad de empresa y *compliance*, Atelier, Barcelona, 2013.
- Silva Sánchez/Ortiz de Urbina, El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?, **InDret 2/2006**.
- Soler Costa, Rebeca, El **poder** de las palabras. Un análisis del lenguaje pedagógico, Mira Editores, Zaragoza, 2014.
- Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en Festschrift für Rudolf Schmidt, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, pp. 295 ss. (cit. **FS R. Schmitt 1992**).
- Suay Rincón, **Sanciones** administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- Tiedemann, Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, **NJW 1988**, pp. 1169 ss.
- Tiedemann, **Strafbarkeit** von juristischen Personen?, en Schoch/Stoll/Tiedemann, Freiburger Begegnung. Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshof, C.F. Muller, Heidelberg, 1996, pp. 30 ss.
- Tiedemann, **Responsabilidad** penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado, en Gómez Colomer/González Cussac (coord.), La Reforma de la Justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, pp. 25 ss.
- Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 4ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2014 (citado **WStR-EuAT⁴**)
- Urruela Mora, La introducción de la responsabilidad penal de las **personas jurídicas** en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 465 ss.
- Vareilles-Sommières, La personnalité morale, Revue de Lille, 1900, pp. 1 ss.
- Vareilles-Sommières, Les personnes morales, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919.
- Vogel, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, **StV 7/2012**, p. 427 ss.
- von Freier, Kritik der **Verbandstrafe**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- von Liszt, **Lehrbuch** des deutschen Strafrechts, 24ª ed., editada por Eb. Schmidt, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1922.
- Welzel, **Introducción** a la Filosofía del Derecho, trad. de la 4ª ed. alemana de Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, de Felipe González Vicén, segunda reimpr. de la 2ª ed. de 1971 en español, Aguilar, Madrid, 1977
- H.J. Wolff, **Verwaltungsrecht, I**, 8ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 1971.
- Zaffaroni, Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002 (cit. **PG² 2002**)

- Zipf, Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1989 (cit. **AT 2**).
- Zornoza Pérez, El **sistema** de infracciones y sanciones tributarias, Civitas, Madrid, 1992.
- Zugaldía, Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”, **CPC (11)1980**, pp. 67 ss.
- Zugaldía, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, **CPC (53) 1994**, pp. 613 ss.
- Zugaldía, Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas), **PJ (46) 1997**, pp. 327 ss.
- Zugaldía, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, en Quintero/Morales (coordinadores), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, 2001, pp. 885 ss. (cit. **LH Valle 2001**).
- Zugaldía, **Vigencia** del principio societas delinquere non potest en el moderno Derecho penal, en Hurtado/Del Rosal/Simons, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Zugaldía, La **responsabilidad** criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Zúñiga Rodríguez, **Bases** para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 3ª ed., Aranzadi, 2009.
- Zúñiga Rodríguez, **Responsabilidad** penal de las empresas: experiencias adquiridas y desafíos futuros, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 435 ss.