

El constructo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: paroxismo del *quaternio terminorum* y clímax del constructivismo jurídico arbitrario y conversor de bibliotecas enteras en basura*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Zaragoza

Sumario: I. Introducción. II. La “joya legal” española de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica. III. Pero ¿qué podría impedir la transubstanciación y la transfiguración de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penal? ¿La Dogmática?: Sí, pero como la Dogmática ésta equivocada, entonces prescídase de ella, *sic et simpliciter*. IV. Los vicios —en variados planos, y, por cierto, no ocultos, porque son clara y ostensiblemente manifiestos— de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo. V. Equiparación de la persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil. VI. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo. VII. Acción, (infracción), culpabilidad y responsabilidad. VIII. Conclusiones. *Bibliografía citada*.

I. Introducción

1. En su esfuerzo por alcanzar la cabeza de una carrera emprendida por desnortados legisladores de nuestro tiempo, que la cursan a modo de representación de un espectáculo político grotesco sin la mínima gracia, y además martirizante en general para la mayor parte de la ciudadanía, y en particular para el saber jurídico pensante¹, el legislador español² se decidió en 2010 a favor del extraviado y disparatado constructo de una conceptualmente imposible responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. En efecto, asumiendo y practicando algo así como el rol de un hechicero de vudú haitiano, por medio de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, el legislador

* **Abreviaturas utilizadas:** *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; *GA* = Goldammer's Archiv; *JZ* = Juristenzeitung; *Lb.* = Lehrbuch; *LRJAPPC* = Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común; *NJW* = Neue Juristische Wochenschrift; *PE* = Parte Especial; *PG* = Parte General; *RPCP* = Revista Peruana de Ciencias penales; *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; *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 Téngase en cuenta que todo saber tiene ciertamente una “intencionalidad”, pero como expone y advierte *Zaffaroni* *PG*² 2002, pp. 266 ss., el saber está a menudo fuertemente condicionado y limitado por el poder, y en concreto, dentro del saber jurídico-penal, hay que distinguir al racional del irracional y, en definitiva, al que “piensa” del que “no piensa”; según *Zaffaroni*, loc. cit., p. 266, “el *saber para poder* no es un *pensar*”, y el saber jurídico-penal que “no piensa” es aquél que elabora sus productos al margen de “la pregunta ontológica y antropológica” y que a continuación los “racionaliza” (p. 269).

² Quien con su perseverancia competitiva para ganar la carrera, alcanzará la cabeza con toda probabilidad con la aprobación del Proyecto de reforma del Código penal actualmente en tramitación parlamentaria (*BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley nº 66-1, de 4 de octubre de 2013), iniciará a continuación su escapada del gran pelotón hacia la meta, y finalmente se coronará victorioso con su anunciada liquidación del vigente modelo de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo.

español quiso dotar a las personas jurídicas de un espíritu que, como el de los humanos, tendría la capacidad y la fuerza de realizar y de omitir antijurídica y culpablemente acciones jurídico-penalmente relevantes, y quiso transfigurarlas así en sujetos jurídico-penales completos que tendrán que responder soportando y padeciendo una pena como consecuencia jurídica de las fechorías criminales que el legislador supone que comete ella misma.

2. Con esta positivación legal de un pretendido —y sin embargo, como veremos, fallido— Derecho penal de agrupaciones que, como recientemente lo caracteriza con precisión y genialmente *Bernd Schünemann*, no puede ser imaginado más que como un “zombi político-criminal”³, el legislador español ha ignorado o pasado por alto a la más altamente cualificada y científicamente rigurosa doctrina española, abiertamente contraria a semejante constructo⁴, y también a la extranjera del más alto nivel científico en nuestro sistema jurídico continental, a cuyo afianzamiento epistemológico ha contribuido de un modo decisivo *Bernd Schünemann* con multitud de argumentos que viene desarrollando desde hace tiempo con el más elevado y refinado rigor lógico material y formal en la construcción jurídica⁵, que aún en el presente enriquece con importantes precisiones y matices⁶, y en definitiva, con argumentos críticos con una carga de racionalidad tal, que los dota de una fuerza mucho más que suficiente para hacerlos irrefutables y también de una firmeza que los sostiene como sólidos muros de contención de la simple e insubstancial doxología de nuestro tiempo, entregada a la mera opinión libre sin fundamento ni apoyo algunos en el saber jurídico válido e indeclinable⁷, y que como él mismo ya denunció hace dos décadas, erosiona

³ Véase el reciente artículo de *Schünemann*, publicado en ZIS 1/2014, con el título “Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie”.

⁴ Véase el juicio de *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 14: “contra la protesta del sector predominante de la Ciencia jurídico penal (española)”. Sobre mi postura al respecto, véase *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, pp. 40 ss. y 63 ss.; *el mismo*, Prólogo a Castillo Alva 2001, pp. 59 s. *el mismo*, Tratado 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; *el mismo*, Lecciones⁴ 2012, pp. 216 ss.; *el mismo*, Actuar I 1985, p. 8.

⁵ Para citar de su voluminosa obra sólo una selección relevante de lugares donde ha desarrollado el método, véase, Véase *Schünemann* Unterlassungsdelikte 1971, pp. 39 y 41; *el mismo*, FS Klug 1983, pp. 169 ss.; *el mismo*, FS Roxin 2001, pp. 23 ss.; y *el mismo*, Ontologismo y normativismo 2000, pp. 654 ss., y 660 ss. Sobre mi postura metodológica, no coincidente en todo, pero muy próxima a la de *Schünemann*, véase *Gracia Martín* Fundamentos 2006, pp. 75 ss. y 115 ss.; *el mismo*, RECPC 06-07 (2004), pp. 4 ss., 8 ss.; *el mismo*, Prólogo a M^a Ángeles Rueda Martín 2001, pp. 22 ss.; *el mismo*, Horizonte 2005, pp. 44 ss. y 232 ss.; *el mismo*, Adecuación social 2013, pp. 203 ss., 210 ss. y 228 ss.

⁶ Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 1 ss.; *el mismo*, Verfassungswidrigkeit 2013, y sus precedentes trabajos sobre la cuestión, *el mismo*, Unternehmenskriminalität 1979, pp. 155 ss., 172 ss. y 232 ss.; *el mismo*, wistra 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.); *el mismo*, Madrid Symposium für Klaus Tiedemann 1994, pp. 265 ss. (= en Jornadas pp. 565 ss.); *el mismo*, Deutsche Wiedervereinigung III 1996, pp. 129 ss. y 168 ss.; *el mismo*, ADPCP 2002, pp. 9 ss.; *el mismo*, Constitución europea 2006, pp. 151 ss.; *el mismo*, LK I^{12a} 2006, pp. 1841 ss.; *el mismo*, FS Tiedemann, 2008, pp. 429 ss.; *el mismo*, GA 2013, pp. 193 ss.

⁷ Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes —y para muchos conceptos y soluciones, también *definitivas*— obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase *Gimbernat*, Ensayos 1999, p. 375; véase además *Alejandro Nieto* El Derecho y el revés 1999, pp. 217 ss., donde describió la tendencia ya suficientemente marcada cuando hizo la advertencia sobre el camino emprendido en la Ciencia jurídica, que no se ha detenido ni cambiado de rumbo, con observaciones como estas: la producción de pensamiento —dice *Alj. Nieto*— tiene “un enemigo letal: la prisa”, pues “antes nos lo tomábamos con calma porque sabíamos que era una carrera de fondo”, pero hoy “en esta etapa veloz”, se puede pasar “en cuatro o cinco años de los bancos del aula al estrado profesoral, (se hacen) doctores, (se cumplen) los rituales de estancia en el extranjero, (se escribe) media docena de artículos y (se publica) un libro” (p. 217, en los paréntesis he cambiado el tiempo verbal utilizado por Nieto en pasado). En fin, que no estaría mal recordar la advertencia hecha por el gran físico alemán *Wolfgang Pauli* (1900-1958) a algún discípulo suyo, de que “no me importa que usted piense despacio, sino que publique más rápido de lo que piensa”. Todo esto es tan importante y trascendente, que lo repetiré más adelante en otro contexto de este trabajo.

despiadadamente a la Ciencia del Derecho penal y acelera su entropía⁸. Estas actitudes amenazan seriamente con secuestrar y con encriptar el *minimum minimorum* del saber jurídico.

II. La “joya legal” española de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica

1. Como queda dicho, la mencionada L.O. 5/2010 introdujo en el Código penal español una pluralidad de disposiciones que declaran la responsabilidad penal de las personas jurídicas, establecen las correspondientes “penas” aplicables a ellas y fijan reglas específicas para la aplicación y determinación de éstas. El nuevo art. 31 bis declara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, define al menos algunos de los elementos constitutivos del “supuesto de hecho” determinante de aquélla, y finalmente, enumera determinadas circunstancias que podrán atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica⁹. Si a la persona jurídica se la hace penalmente responsable por la comisión de un determinado delito, lo lógico, en principio, tendría que ser que a ella se le impusieran las penas *típicas* con que está conminada su realización. Mas como esto es simplemente imposible —piénsese especialmente en la pena privativa de libertad—, el legislador español ha introducido un catálogo de penas específicas para las personas jurídicas cuyo contenido es la privación o restricción de bienes y de derechos

⁸ Véase *Schünemann* GA 1995, pp. 221 s., 223 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 211 s.); en sentido similar, sobre el daño que ocasiona el pensamiento tópico a la Ciencia jurídico penal, véase *Gimbernat* ADPCP 1992, p. 833; *el mismo*, Estudios³ 1990, pp. 158 ss.; y sobre los peligros políticos de todo esto, véase *Zaffaroni* PG² 2002, pp. 22 ss., 94 ss., y especialmente 386 s..

⁹ Según el mencionado art. 31 bis: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

de los que son titulares semejantes entes en cuanto sujetos de derecho¹⁰. Puesto que 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 la auténticas penas en sentido material, en el Art. 66 bis se han introducido unas reglas y criterios específicos para su determinación¹¹. Finalmente, en el apartado 2 del art. 130 CP, se excluye la extinción de la responsabilidad penal en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión y disolución, encubierta o aparente, de la persona jurídica responsable¹².

2. A favor de su decisión, el legislador español quiso argüir que ella venía exigida —demandada— así por numerosos instrumentos internacionales¹³. Pero esta — sin la menor duda— infundada y fraudulenta motivación¹⁴, que junto al argumento del

¹⁰ El apartado 7 añadido al art. 32 CP establece que: “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

¹¹ Art. 66 bis CP: En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente; b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66; b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

¹² Según el art. 130.2 CP: La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

¹³ Véase el apartado VII de la Exposición de motivos de la L.O. 5/2010, BOE nº 152, de 23 de junio de 2010.

¹⁴ Al respecto, véanse las argumentadas desvirtuaciones de la misma formuladas por *Fernández Teruelo*, RDP (31)

Derecho comparado también se ha querido esgrimir y ha estado presente desde siempre en cierta doctrina favorable a dicha decisión¹⁵, puede y debe quedar relegada aquí y ahora a un plano secundario y sin la menor trascendencia. Pues aun suponiendo que fuera verdad y cierta —que como queda dicho, no lo es— ella en modo alguno podría justificar ni legitimar una decisión que, como la pretendida, 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 eso mismo es lo que hacen otros, porque esto, evidentemente, para nada elimina ni mitiga la irracionalidad de quienes ya antes han procedido antes de ese modo¹⁶. En cambio, lo que aquí y ahora sí debe ser objeto de atención y de preocupación es más bien el contenido y el sentido de la decisión misma, y en razón de su coincidencia en lo esencial con lo demandado desde hace un tiempo por una doctrina que ha tomado, ya desde su punto de partida, una dirección equivocada y visiblemente extraviada hacia una meta imposible de alcanzar, y en cuyo extraviado recorrido, como no puede ni podría ser de otra manera, va formulado y dejando como hitos a constructos conceptuales a los que pretende dar apariencia jurídico-penal, pero que carecen absolutamente de todo y del mínimo contenido *real* de esa naturaleza, toda vez que del análisis de la materia elaborada, y luego dada como contenido a dichos constructos por sus artífices, resulta que no puede obtenerse ni una sola partícula de materia prima *real* con naturaleza jurídico-penal, y porque —dicho de otro modo— de los substratos *reales* que se descubren e identifican irremisiblemente al final de la desnormativización o deconstrucción de cada uno de sus constructos, resulta que no puede ser destilada ni obtenida ni siquiera *una sola gota* de fluido jurídico-penal, pues todo el que se obtiene es uno más bien de naturaleza civil o administrativa (no sancionadora).

III. Pero ¿qué podría impedir la transubstanciación y la transfiguración de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penal? ¿La Dogmática?: Sí, pero como la Dogmática ésta equivocada, entonces prescídase de ella, *sic et simpliciter*.

1. Qué oscuros e inconfesables —o simplemente a la conciencia no aflorados— motivos impulsan a la disparatada invención jurídica de una responsabilidad penal de la persona jurídica, ésta es una cuestión que aquí tiene que quedar imprejuizada¹⁷. La

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 *Ortiz de Urbina* Sanciones penales 2013, pp. 275 ss.

¹⁵ Antes de la reforma, véase por ejemplo sobre recomendaciones de organismos internacionales *Zugaldía* CPC (11) 1980, pp. 70 ss.; *el mismo*, CPC (53) 1994, pp. 617 ss.

¹⁶ En sentido similar, *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 12; *el mismo*, *Verfassungswidrigkeit*, pp. 18 s.

¹⁷ *Nietzsche* contraponen la "invención" (*Erfindung*) en cuanto ruptura histórica, al "origen" (*Ursprung*) en cuanto continuidad metafísica; por ejemplo, *Nietzsche* sostiene con razón, en contra de *Schopenhauer*, que la religión no tiene ningún origen, sino que en ella no cabe ver nada más que una fabricación o invención debida a *oscuras relaciones de poder*; véase *Nietzsche*, *Fröhliche Wissenschaft* 1982, nº 99 (pp. 112 ss.), nº 151 (p. 151), nº 353 (pp. 234 s.); también *Foucault* *Verdad* 1980, pp. 20 ss., al comentar el concepto nietzscheniano de invención, advierte que toda invención "posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable" (p. 21). En todo caso, independientemente de cuáles sean los oscuros y perversos motivos que impulsan a la formación del constructo, sociológicamente parece que el fenómeno puede explicarse a partir del estado alcanzado por la Ciencia jurídico-penal en la actualidad, el cual ha sido descrito magistralmente por *Bernd Schünemann*. Según él, 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; 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 churriguera, un suelo de terrazo o un techo de marquetería", porque como él describe, el número de participantes en la discusión científica se ha multiplicado

cuestión importante aquí es: ¿cómo puede llegarse a tan “milagrosa” transfiguración o transubstanciación de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penalmente idóneo? A los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la respuesta a semejante pregunta les parece obvia: porque —así lo dicen— quienes la negamos, primero, seguimos un método incorrecto y equivocado; y, segundo, porque al negarla y proponer otras soluciones, “jugamos con las etiquetas”. Nadie ha sido tan explícito al respecto como *Zugaldía*, al criticar mis tesis contrarias a la responsabilidad de la persona jurídica tanto en el orden penal como también en el sancionador administrativo. En contra de esto, para él —como sin duda también para todo el que explícita o implícitamente vaya en su misma dirección extraviada— parece que para llegar a fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica “todo debe valer”. Creo que ni *Feyerabend* se atrevería a tanto. Veámoslo.

2. a) Según *Zugaldía*, mi rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería sólo la consecuencia de que, en su contundente afirmación, *no es metodológicamente correcto* “considerar que existe un *único* concepto válido y verdadero de acción (ni) un *único* concepto válido y verdadero de culpabilidad”; porque —dice— es cierto que “tales concepciones son —lógicamente— *posibles*, pero no excluyen ni mucho menos *otros* conceptos distintos de acción y de culpabilidad”¹⁸. Pero mis errores metodológicos no se agotarían en esto, pues según *Zugaldía*, aún incurriría en otro más que consistiría en que inicialmente yo me habría preguntado “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*”, y esto, *sic et simpliciter*, sería erróneo porque así “la pregunta está mal formulada”, ya que a partir de semejante planteamiento de la cuestión, “la respuesta será inexorablemente negativa”¹⁹. Así pues —concluye *Zugaldía*— esta “suma de sendas metodológicamente incorrectas”, por supuesto, “no puede llevar, en última instancia, más que a la obtención de conclusiones equivocadas”²⁰.

b) Pero es que en su “avistamiento” de mi tesis, *Zugaldía* detecta aún otro defecto, que de ser cierto, a quienes negamos la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos tendría que forzar a renunciar definitivamente a dicha negativa. Ahora se trata de la cuestión —que no puede desvincularse del método— del “etiquetamiento” de los conceptos. Según entiende él, yo también habría naufragado y fracasado en esto, o si se quiere decir de otro modo, pareciera que yo no conozco el lenguaje, ni la taxonomía ni los códigos de nomenclatura jurídicos, lo cuál significaría *a sensu contrario* que él sí los conoce y que los domina. Pues según *Zugaldía*, al negar yo primero toda posibilidad de que la persona jurídica pueda ser un sujeto responsable tanto criminalmente como en todo y en cualquier orden sancionador, y al acabar empero proponiendo después todo un

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 porque, según concluye *Schünemann*, “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 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”; véase *Schünemann* GA 5/1995, p. 221 s. = ADPCP 1996, pp. 209 s.

¹⁸ Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, p. 621. Ya con esto, *Zugaldía* ignora que la realidad de la que se habla es como es independientemente de cómo se la exprese lógicamente. En definitiva, desconoce la abismal diferencia que existe entre la Lógica formal y la material.

¹⁹ Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, pp. 621 s.

²⁰ Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, p. 622.

arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador para ellas, para las cuales incluso evito cuidadosamente los términos “pena” y “sanción” en sentido estricto²¹, con esto último estaría yo “jugando con las etiquetas”, porque en opinión de *Zugaldía*, después de afirmar yo que a las personas jurídicas “no se les puede imponer absolutamente de nada”, en realidad termino imponiéndoles “absolutamente de todo”, y esto, en definitiva, sería algo que podría “hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”²².

c) Naturalmente, si un método es incorrecto y lleva a conclusiones equivocadas, entonces lo que cabe esperar de quien así lo percibe no puede ser consecuentemente nada más que buscar otro —para él, quizá “el” único y definitivo— método “correcto”, porque sólo éste, y precisamente por su corrección, podrá y tendrá que llevar a las conclusiones correctas, es decir: ¡justamente a las mismas que por ya estar pensadas *a priori* como queridas a toda costa en una supuestamente “bien formulada” pregunta inicial!, se van a deducir luego inexorablemente, pero ¡ahora ya como “demostradas” *a posteriori*! gracias al método correcto que se encontró porque la pregunta inicial se formuló “bien”. Así pues, quienes no aceptamos, sino que rechazamos contundentemente las conclusiones de *Zugaldía*, obramos así porque no hemos visto o no nos hemos percatado del método correcto que, sin embargo, al parecer, él sí ha encontrado y ahora nos quiere dar a conocer. Este método “correcto” sería uno que tendría que partir naturalmente de la pregunta distinta y “bien formulada” relativa a “si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”, y que cuando se haga operativo permita “elaborar un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”²³. Así pues, el método correcto que ahora *Zugaldía* nos da a conocer, y el cual nos invita a seguir, es el que permite construir los mencionados conceptos y, de la mano de éstos, llegar luego hasta donde ya en el principio él quería y se había propuesto llegar a toda costa, es decir, a poder cargar a la persona jurídica de una responsabilidad *criminal* y a cargarle las penas correspondientes²⁴. Pero ¿en qué se

²¹ Porque yo, contra lo que parece suponer o insinuar *Zugaldía*, sí creo conocer la taxonomía y la nomenclatura jurídicas, y por eso no frivolizo con tan decisivo y trascendente modo de adquirir y de comunicar conocimiento y, en consecuencia, ni se me ocurriría decir que es “propio” de un sujeto, el hecho que ha realizado “otro” sujeto distinto. Vamos, que creo que tengo muy clara la diferencia entre el Derecho civil y el penal.

²² Véase *Zugaldía*, CPC (53) 1994, p. 622; véase también, en sentido parecido, *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, pp. 19 s., y especialmente nota 10 en p. 20, donde a mí y a otros autores que razonan del mismo modo que yo nos atribuye haber caído en el ¡“mal del nominalismo”!. Pero con esto, a *Zugaldía* —y también a Nieto— le queda pendiente, sin embargo, como cuestión decisiva la de pronunciarse —pero razonadamente, es decir, con argumentos de la Ciencia jurídica, y no con simples afirmaciones— acerca de si también estarán jugando con las etiquetas todos quienes, por ejemplo, llamen consecuencias *civiles* a la indemnización del daño o a la devolución del enriquecimiento injusto, y también a todos quienes llamen medidas de coacción directa administrativa, por ejemplo, a la retirada de la vía pública de un animal peligroso que es propiedad de una persona, a los comisos y requisas, a las intervenciones administrativas de empresas o, en general, a todas las potestades administrativas ablatorias. Si *Zugaldía*, en lugar de limitarse a hacer meras y simples afirmaciones, hubiera entrado en debate y tratado así de rebatir mis extensos y detallados argumentos —lo que no ha hecho en lo más mínimo—, entonces en lugar de atribuirme lo que yo no digo en absoluto, lo que tendría que haber tratado de rebatir es lo que yo realmente digo junto con la más rigurosa y seria doctrina, a saber: que a la persona jurídica *no* se le puede imponer absolutamente nada de naturaleza *penal o sancionadora*, y sí, por el contrario, “todo” lo que tenga naturaleza civil o administrativa. No alcanzo a ver ni a lo lejos —y esto es un verdadero enigma— qué delicia podrían encontrar en mi tesis los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

²³ Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, p. 622.

²⁴ Como *Zugaldía* ya había propuesto inicialmente de *lege ferenda* en un primer trabajo de 1980, véase *Zugaldía* CPC (11) 1980, *passim*. Con posterioridad a éste y al citado en notas anteriores, y con motivo de la introducción en el CP 1995, de un sistema de “consecuencias accesorias”, especialmente para las personas jurídicas en el art. 129, *Zugaldía* quiso ver realizada su propuesta ya de *lege lata* en ese momento, si bien para salvar el obstáculo terminológico que le planteaba aquella denominación legal, tuvo que llevar a cabo ciertas interpretaciones trascendentes al sentido gramatical; véase *Zugaldía*, PJ (46) 1997, pp. 332 ss.; *el mismo*, en Cobo (dir.) ComCP IV, pp. 1053 y ss.; *el mismo*,

concreta dicho método “correcto”? En un primer momento, *Zugaldía* encontró al parecer *dos* posibles versiones correctas del método porque a su parecer operarían con “mejor criterio” que los que utilizamos el método que él tacha de incorrecto, a saber: la seguida por *Jakobs*, que mediante una construcción puramente “normativa” habría logrado producir unos conceptos de acción y de culpabilidad *idénticos* para la persona natural y para la jurídica; y otro distinto, que es el que siguen la mayoría de los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y que consistiría en construir unos conceptos de acción y de culpabilidad para ella *distintos* pero *en paralelo* a los de la persona física²⁵.

3. a) Desde luego hay que reconocer que en una primera lectura de las “percepciones” y afirmaciones de *Zugaldía*, resulta cuando menos impactante su categórica doble afirmación de contrarios, es decir, por un lado, que los unos —entre los que me encuentro yo— no formulamos bien la pregunta inicial, y por eso desarrollamos luego un método incorrecto que lleva a conclusiones equivocadas, y por otro lado, que los otros —entre los que se encuentra él— sí saben formularla bien, y por eso con un “mejor criterio” encuentran luego el método correcto que lleva a las conclusiones correctas. Si esto fuera así como lo ve *Zugaldía*, desde luego quienes rechazamos de plano el inconcebible constructo que él quiere edificar, tal vez debiéramos plantearnos seriamente renunciar a tratar de —y ni siquiera intentar— producir conocimiento jurídico, pues ¿qué clase de conocimiento podríamos producir y aportar quienes seguimos un método incorrecto porque no formulamos bien las preguntas iniciales sobre los problemas a tratar? Y esto, consecuentemente, no sólo me lo tendría que plantear yo, sino que al incurrir en los mismos vicios, también deberían hacerlo todos y cada uno de los gigantes y modélicos juristas y filósofos que haré desfilar a lo largo de este escrito con sus opiniones radicalmente contrarias al inconcebible y perverso constructo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y es que ya hace tiempo que *Zugaldía* nos lo había advertido: si la Dogmática se opone a este proyecto de convertir a la persona jurídica en sujeto jurídico-penal, entonces, “peor” para ella²⁶, porque sólo debe ser cuestión de tiempo la derogación del Derecho penal tradicional y sin futuro²⁷.

b) En el tiempo subsiguiente a la publicación de las científicamente insostenibles e inadmisibles “percepciones” y descalificaciones de *Zugaldía*, me he vuelto a ocupar parcialmente de cuestiones relativas al tratamiento de la persona jurídica en el Derecho penal²⁸, pero durante todo este largo periodo, por diversos motivos, he considerado que

LH Valle 2001, pp. 896 ss.; *el mismo*, Vigencia 2001, pp. 252 ss. Se adhirió a las interpretaciones de *Zugaldía*, *Silvina Bacigalupo* Responsabilidad 2001, pp. 284 ss.; *la misma*, en Curso, pp. 71 ss.; *la misma*, en *Bajo/S. Bacigalupo*, Derecho penal económico 2001, nota 33 de p. 152; véase también *Zúñiga Rodríguez* Bases 2003, p. 213, si bien esta autora, a diferencia de los anteriores, sólo reivindicó la naturaleza de pena de las consecuencias accesorias del art. 129 de *lege ferenda*. Finalmente, con la introducción en el CP vigente de una responsabilidad penal de la persona jurídica y de las correspondientes penas por la L.O. 5/2010, ahora *nominalmente*, *Zugaldía* cree que se ha realizado ya de un modo pleno su propuesta; véase *Zugaldía* La Ley penal (76) 2010, pp. 5 ss.; *el mismo*, Responsabilidad 2013, *passim*.

²⁵ Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, pp. 622 ss.

²⁶ Véase *Zugaldía* CPC (11) 1980, p. 87.

²⁷ Véase *Zugaldía* CPC (11) 1980, p. 86.

²⁸ El artículo en que sustenté la tesis de la irresponsabilidad de la persona jurídica en cualquier orden jurídico de tipo sancionador, apareció publicado en AP (39) 1993, pp. 583 ss., y las “percepciones” de *Zugaldía* son, como se ve, de 1994. Después de la publicación de éstas, me he ocupado particularmente de la cuestión de las “consecuencias accesorias” previstas para personas jurídicas en el art. 129 CP, en *Consecuencias* 1996, pp. 437 ss. y 456 ss.; en *Lecciones*^{1a} 1998, pp. 367 ss. y 385 ss.; en *Lecciones*^{2a} 2000, pp. 385 ss. y 403 ss.; en *Lecciones*^{3a} 2004, pp. 469 ss. y 512 ss.; en *RPCP* (17) 2005, pp. 195 ss. y 234 ss.; en *Tratado* 2006, pp. 536 ss. y 576 ss.; en *Homenaje a Klaus Tiedemann* 2011, pp. 159 ss., 168 ss., 176 ss.; y finalmente, ya después de la entrada en vigor del nuevo art. 31 bis CP y concordantes introducidos por la LO 5/2010, sosteniendo que pese a la denominación de las consecuencias

darles expresamente la respuesta contundente de que son acreedoras era innecesario porque en mi opinión, y después de una primera reflexión y ponderación sobre ellas, resultaba claramente perceptible que ellas mismas ya eran portadoras —es decir, intrínsecamente— de su propia inconsistencia objetiva y, con ésta, también de su propia autodescalificación. Pero hoy día, las circunstancias ya no son las mismas que hace una década, y las actuales sí hacen ya necesaria aquella respuesta contundente por exigencias científicas, ya que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece estar imponiendo sus disparatados enunciados y contribuyendo así de un modo notable a la aceleración de la entropía de la Ciencia jurídico-penal, iniciada ya hace unas tres décadas, y precisamente en lo que concierne al método en su doble aspecto del tratamiento del objeto del conocimiento y de los procedimientos prácticos de la investigación, tal y como han denunciado ya varios eximios juristas que con su modélico trabajo se han ganado el más elevado prestigio y autoridad en la comunidad científica. Y es que lo que en algún momento comenzó como un presagio, hoy se ha tornado ya en una realidad práctica que domina: se desprecia la lenta y trabajosa formación en el saber jurídico más elevado, se ignoran los textos y fuentes de conocimiento más relevantes y éstos son reemplazados por todo tipo de opiniones y de comentarios apresurados, frívolos y sin fundamento alguno, y en fin, se ha desatendido y despreciado definitivamente la advertencia hecha por el gran físico alemán *Wolfgang Pauli (1900-1958)* a un discípulo suyo, de que “no me importa que usted piense despacio, sino que publique más rápido de lo que piensa”²⁹. Que la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica es un exponente especialmente significativo de todo esto, se mostrará hasta la saciedad en el curso de este trabajo.

IV. Los vicios —en variados planos, y, por cierto, no ocultos, porque son claramente manifiestos— de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo

1. a) Para evitar malentendidos, quiero dejar aclarado ya ahora, que los argumentos metodológicos muy severos y contundentes que voy a desarrollar aquí contra la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, no tienen por objeto en ningún caso ninguna opinión ni tesis particular de ningún autor individual, sino exclusivamente los contenidos y el modo de producción del “discurso”, es decir —y como bien he aprendido de *Michel Foucault*— con absoluta independencia de quién o de quiénes sean el o los “sujetos” particulares que hablan *en el* o *adentro* del discurso de una manera *determinada* y *singular*. En fin, y dicho de otro modo tal vez más claro y fácil de entender: que lo único que importa aquí es “lo que” se dice, y no “quien” lo dice, y por esto, que lo que se aprueba o reprueba es “lo que” se dice y para nada a “quien” lo dice, porque solo esto puede merecer el valor de crítica objetiva, racional y científica³⁰. Por lo demás, y parafraseando a *Welzel*, de ningún modo se trata de

jurídicas previstas para las personas jurídicas como “penas”, ello no modifica en nada su naturaleza material de “consecuencias accesorias”, en *Lecciones*⁴ 2012, pp. 201 ss. y 212 ss.

²⁹ Como explica *Foucault* *Discurso*² 1980, p. 22, en la producción de cualquier discurso, a veces tiene lugar el hecho de que “bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros”. Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes —y para muchos conceptos y soluciones, también *definitivas*— obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase *Gimbernat* *Ensayos* 1999, p. 375. Véanse de nuevo las opiniones al respecto de *Alejandro Nieto* y de *Schünemann* ya reproducidas *supra* en las notas 7 y 17 respectivamente.

³⁰ Lo que digo, podrá entenderse cabalmente si se tiene en cuenta que, desde que lo aprendiera de *Foucault*, y así

proponer ni defender ningún método ni unos principios jurídicos de corrección y de validez “inmutables”, sino que de lo que trata es más bien de que “la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica *entre ideas*”³¹. Por esto, en principio parto de la premisa de que casi todas las obras y creaciones del espíritu y del pensamiento humanos desarrolladas en el marco de lo socialmente adecuado y a partir de unos valores de referencia básicos y fundamentales compartidos por la comunidad, como es el caso de la producción de doctrina jurídica, siempre tienen valor en cuanto que nunca suele darse el caso de que no aporten algún conocimiento útil por mínimo que sea éste. Por esto creo que ningún rechazo ni discrepancia de una idea, de una tesis o de una doctrina formuladas en el marco de aquellos valores deben ni pueden pretender ni aspirar —ello sería absurdo e irracional— a invalidarla totalmente y en lo absoluto, pues también de las ideas o razonamientos que no se comparten, el que discrepa de ellas tiene que saber extraer los contenidos valiosos de que, sin duda, tienen que estar cargadas las propuestas que sólo no se comparten en *una cierta medida* y no en lo absoluto.

b) Y así, mi rechazo severo y contundente de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que aquí desarrollaré, para nada me impide reconocer y aceptar como muy valiosas a muchas de las aportaciones debidas a ella ni incorporarlas a mi propia Dogmática con las adaptaciones exigidas por ésta, como por lo demás ya he hecho y dado pruebas claras de ello. En efecto, pues como puede comprobarse, en mis ya conocidas construcciones doctrinales sobre la “responsabilidad” y tratamiento de la persona jurídica a consecuencia de los delitos e infracciones cometidos por quienes actúan para ella, acepto y utilizo un buen número de conceptos *materiales* y de estructuras de *imputación* coincidentes en parte con los que maneja la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que los considero en principio como empírica y valorativamente correctos, y también como instrumentos de política jurídica válidos y útiles para la lucha contra la criminalidad empresarial. Y así, por ejemplo, al concepto material del “defecto de organización”, debido en lo esencial a *Klaus Tiedemann*³², le he dado el valor de substrato —y de base y sostén— del juicio de “peligrosidad objetiva de la cosa”, que en mi construcción doctrinal constituye lo esencial del supuesto de hecho de toda posible consecuencia jurídica aplicable a las

trato de hacerlo, se ha de tratar de analizar el significado y la materialidad objetivos o externos de los discursos, esto es, los acontecimientos, objetos y enunciados discursivos, su funcionamiento real *objetivo y material*, y, por ello, sus interconexiones, sus rechazos, sus contradicciones, exclusiones, inclusiones, etc., con independencia de *quién* los ha dicho. *Foucault* dice al respecto: “como yo no me intereso por los autores sino *por el funcionamiento de los enunciados* poco importa quién lo dijo o cuándo”; véase *Foucault Verdad* 1980, p. 138 (cursiva mía). A mayor abundamiento, entiendo, también con *Foucault*, que un enunciado es un acontecimiento que no se agota en las palabras que lo expresan ni en su sentido, pues entre otras cosas está ligado no sólo con las situaciones que lo provocan y con las consecuencias que produce, sino también con enunciados que lo preceden y que lo siguen; véase, *Foucault L'archéologie* 1969, pp. 40 s. Además, hay que aislar los enunciados de la lengua y del pensamiento para desvincularlos de sus conexiones psicológicas, como por ejemplo de la intención del autor, de la forma de su intelecto, del rigor de su pensamiento, de los temas que le obsesionan, del proyecto que guía su existencia, etc., para a continuación poder captar en él *otras* formas de regularidad y otras conexiones: relaciones de unos enunciados con otros aunque no sean del mismo autor, relaciones entre grupos de enunciados incluso aunque no se refieran al mismo dominio o campo formal, relaciones entre grupos de enunciados con acontecimientos de ordenes distintos, como el técnico, económico, político, etc.; en suma, al *enunciado* hay que “hacerle libre para describir *en él y fuera de él* juegos de relaciones”; *cfr. Foucault L'archéologie* 1969, p. 41 (cursiva mía). Ahora bien, pese a todo esto, hay que tener en cuenta que, como advierte *Foucault*, es inevitable que haya terrenos como la literatura, la filosofía y la ciencia, en que “la atribución a un autor es indispensable”; véase *Foucault Discurso*² 1980, p. 25. Lo que, de todos modos, no modifica en nada que la crítica tenga como objeto exclusivamente a los *enunciados* del autor, y de ningún modo *al autor* de los enunciados.

³¹ Véase *Welzel*, Introducción 1971, p. 267.

³² Véase *Tiedemann NJW* 1988, pp. 1172 ss.; y en el mismo sentido, *Breder Verbandstätterschaft* 1989, pp. 110 ss.

personas jurídicas por razón —o derivada— de la comisión de un delito³³. De la doctrina de las personas jurídicas he tomado también —y desarrollado, aunque de un modo incompleto y no exhaustivo— distintos criterios de determinación del “hecho de conexión” y de “imputación” a la persona jurídica del hecho específico que puede justificar su “responsabilidad” y la aplicación a ella de la consecuencia jurídica típica de esa clase y forma de responsabilidad (en ningún caso penal ni sancionatoria)³⁴. También me he hecho eco de la acertada observación de *Zugaldía*, quien anticipándose a *Jakobs*, advirtió con razón que la necesidad de establecer reacciones jurídicas contra la propia persona jurídica deriva, entre otros motivos, del hecho de que debe fundamentarse una exclusión de la responsabilidad para las personas físicas que actúan en el ejercicio de competencias sólo fragmentarias o parciales en un contexto que organiza otro, pues esta circunstancia real dificulta considerablemente la aplicación de los instrumentos dogmáticos tradicionales³⁵. Finalmente, también he formulado, y ahora quiero reiterarlo aquí, un juicio muy favorable y claramente elogioso —porque sin duda lo merecen— sobre ciertas brillantes y, sin duda, sumamente aprovechables y operativas elaboraciones doctrinales debidas a la producción de *Carlos Gómez-Jara* en su decidido empeño, que lleva a cabo con tenaz esfuerzo, para construir un concepto —no obstante imposible— de culpabilidad propia de la persona jurídica como fundamento de un supuesto e imaginado Derecho penal de agrupaciones³⁶. En definitiva, que mi absoluto y radical rechazo de la responsabilidad de la persona jurídica y de que las consecuencias jurídicas que le sean aplicables tengan naturaleza “penal”, para nada me impide acoger “ideas” y “conceptos” de la doctrina rechazada y asumirlos como válidos y correctos para la construcción de los supuestos de hecho de la responsabilidad *civil, puramente administrativa o en el orden policial o coercitivo administrativo* de la persona jurídica por la comisión de hechos delictivos de las personas físicas que actúan para ella. En este mismo sentido, y como se verá con más detalle en su momento, *Alejandro Nieto* ha advertido y fundamentado con razón que lo que la mayor parte de la doctrina presume y cree que es una responsabilidad de tipo punitivo o sancionador, en realidad no es más que una forma de responsabilidad *civil*³⁷.

2. a) Contra lo que parece suponer *Zugaldía*, hay que decir ya que el objeto de su crítica se lo ha creado e inventado él mismo, y de este modo que al no existir tal objeto, su crítica —para decirlo con las bellas e impactantes expresiones heideggerianas y sartreanas— se queda sólo en el “nadar a la nada”³⁸. Contra lo que dice *Zugaldía* hay

³³ Véase *Gracia Martín* Responsabilidad 1986, pp. 104 s., aquí sin vincular aún la peligrosidad objetiva de la cosa, en el caso de la persona jurídica, al defecto de organización de ésta, pero vinculando y concretando ya la peligrosidad objetiva de la persona jurídica con el defecto de organización, véase *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, pp. 68 y 70 s.; *el mismo*, Consecuencias 1996, pp. 457, 459 y 462; *el mismo*, Tratado 2006, pp. 584 s.; y *el mismo*, Lecciones⁴ 2012, pp. 219 ss., aquí incluso de *lege data* en relación con el supuesto de hecho regulado en el art. 31 bis y concordantes introducidos en el CP por la L.O. 5/2010.

³⁴ Véase, extensamente, *Gracia Martín* Tratado 2006, pp. 580 ss.

³⁵ Véase *Zugaldía* CPC (11) 1980, p. 85; cfr. la idea similar de *Jakobs*, en GS Armin Kaufmann 1989, pp. 271 ss.; y véanse también las consideraciones de *Marxen* JZ 1988, pp. 287 ss. y de *Schünemann* Unternehmenskriminalität 1979, pp. 22 ss.; *el mismo*, wistra 1982, pp. 42 s. (= ADPCP 1988, pp. 531 ss.); *el mismo*, Jornadas 1992, p. 38; asimismo, véase *Gracia Martín* AP (16) 1993, pp. 214 s.

³⁶ Véase *Gracia Martín* Diccionario 2008, p. 811.

³⁷ Véase el acertado criterio de *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421); véase en el mismo sentido, *Gómez Martín* Falsa alarma 2012, p. 383.

³⁸ Véase *Martin Heidegger*, Was ist Metaphysik?, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2006, pp. 1 ss., donde acuña la expresión “la nada nadea” (*Das Nichts nichtet*); posteriormente —la conferencia de Heidegger es de 1929— *Jean Paul Sartre*, L'Être et le Néant, Ed. Gallimard, Paris, 1943, p. 58, utiliza la misma expresión en francés (*le néant néantisce*).

que responder ya que por supuesto que la pregunta inicial que formulamos no es la de si pueden determinarse conceptos de acción y de culpabilidad de la persona jurídica *a partir de los ya preestablecidos para la persona física*, pues ésta sería evidentemente una pregunta analítica que ya contendría la respuesta negativa que solo habría que derivar de ella tautológicamente. Muy al contrario, y esto tendría que verse como una obviedad, la pregunta que inicialmente me formulo es precisamente la misma que *Zugaldía* dice que es la “correcta”, es decir, la de “si pueden formularse conceptos de acción y de culpabilidad *para la persona jurídica distintos de los preestablecidos para la persona física*”. Esto no puede estar más claro en mi trabajo cuando lo que planteo expresamente en el punto de partida es precisamente “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*”³⁹, es decir, un interrogante sin respuesta aún conocida en ese momento y que, por eso mismo, me lleva a continuación a proseguir en busca de ella y a proponer como primer paso de esa búsqueda 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”⁴⁰. Pero lo que *Zugaldía* pasa completamente por alto es que lo que ha ocurrido es que tras el minucioso y *metódico* análisis efectuado, lo que ha resultado es que en el sustrato real de la persona jurídica no se ha encontrado absolutamente nada que se parezca ni en una mínima partícula a la acción y a la culpabilidad del Derecho penal y de ningún Derecho de sanciones, y que así ha quedado contestada precisamente la pregunta inicialmente correcta, sólo que lo ha sido 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 una pena.

b) Lo que acabo de decir, tal vez suscite la tentación de oponerle que de ese modo se produce un retorno al principio, pues si he llegado a tales resultados, la razón no puede ser otra —así podría decirse— que durante todo el proceso de mi análisis las herramientas de que me he servido han sido precisamente los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona *física* y que por eso no he podido ver a ninguna acción ni a ninguna culpabilidad de la persona jurídica. Una pretendida objeción como ésta, sin embargo, carecería de todo rigor y de la mínima seriedad, pues con ella sería precisamente el que la hiciera quien volvería de un modo circular al punto inicial, es decir, a plantear otra vez la misma objeción inicial de que si se niega la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica es porque se piensa sólo en unos conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos únicamente para la persona física. Pero si después de lo dicho aquí se volviera a formular esta “misma” objeción con vuelta al mismo y tergiversado punto inicial de la crítica como sucede en el baile circular de la sardana, entonces ya no quedaría otro remedio que descubrir y mostrar la falta de seriedad y de rigor de la vuelta a la misma objeción que ya ha sido contestada. En primer lugar, porque el juego de herramientas para el análisis que utilizamos quienes rechazamos finalmente toda subjetividad jurídicopenal de la persona jurídica no es tan pobre como el que parece suponer *Zugaldía*, ya que aquél no comprende sólo a los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física, sino que también hace operar como herramientas del análisis a todo el patrimonio de conceptos que proporcionan la

³⁹ Véase *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, p. 37.

⁴⁰ Véase *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, p. 38.

teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y administrativo, y por si esto fuera poco, también a las herramientas e instrumentos que proporcionan la lógica formal y la material y los principios del habla racional. En fin, que quienes negamos a la persona jurídica toda y la mínima subjetividad jurídico-penal, si llegamos a tal conclusión es precisamente porque sólo eso, y nada más, es lo que puede derivarse de un análisis efectuado con todo aquél copioso y rico instrumentario metódico que, sin embargo, es el que es ignorado y está completamente ausente en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Voy a explicar todo esto ahora de un modo global porque los detalles irán concretándose más adelante cada uno en el momento oportuno de este trabajo.

c) También en el discurso de la doctrina jurídica tiene que ser válido que quien afirma algo tiene por eso solo la carga de la prueba, por no decir una “obligación” de probar impuesta por el rigor científico. De este modo, quien afirma que no es metodológicamente correcto partir de los conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos para la persona física, no puede quedarse en esta simple afirmación, sino que tiene la carga de probar personalmente —y debe exigírsele que lo haga— primero que *existe la posibilidad* de prescindir de aquellos conceptos preestablecidos, y si lograra probarlo, entonces a continuación tendrá que probar y demostrar que con la materia distinta que se encuentra y a la cual no se pueden adaptar para nada aquellos conceptos preestablecidos, es posible no obstante formar unos conceptos de acción y de culpabilidad propios de *esa* materia *distinta*, pero probarlo —y esto tendría que ser obvio— no en un sentido vulgar o en uno poético metafórico, sino en uno técnico y científico. Pues si bien en un sentido vulgar no supone ningún uso incorrecto del lenguaje (vulgar), ni da lugar a ninguna desorientación ni desconcierto en la comunicación, hablar y decir por ejemplo que un tornado ha “actuado” violenta y destructivamente y que él ha tenido la “culpa” y ha sido el “culpable” y el “responsable” de los daños que ha causado⁴¹, pretender dar a tales predicados del lenguaje vulgar los sentidos técnico jurídicos que tienen en el Derecho penal, y proponer aplicar una pena al tornado como consecuencia, sí sería ya un disparate tan formidable como todos los que derivaban del delirio del ingenioso hidalgo Alonso de Quijano, o como el traído a colación en relación con el tema que nos ocupa por *Schünemann*, del Rey persa Jerjes, quien según relata Herodoto, mandó flagelar (penar) con 300 azotes a una parte del mar de Dardanelos en el Helesponto porque (por medio de la acción de) un temporal (fue el culpable de que éste) destruyera el puente que había construido para paso de sus ejércitos⁴².

3. Anticipando en relación con lo que acabo de decir algo que en el momento oportuno será tratado con mayor detalle, también tengo que expresar ya mi más radical y enérgico rechazo a las opiniones de quienes, como *Zugaldía* o *Nieto Martín*, quieren ver en la negación de la responsabilidad penal de la persona jurídica un simple “juego de etiquetas”⁴³ o el “mal del nominalismo”⁴⁴. Estos autores, presuponen erróneamente que quienes rechazamos la naturaleza “penal” de todo lo que concierne a la persona jurídica incurrimos en los dos graves vicios de que adolece precisamente la doctrina de la que ellos participan. Sin perjuicio de volver a esto con más detalle en su momento, el primer vicio de dicha doctrina consiste en su ignorancia o desprecio y falta de respeto a

⁴¹ Véase *Nino* Introducción 1984, pp. 184 ss.

⁴² Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 2 s.

⁴³ Así *Zugaldía*, CPC (53) 1994, p. 622

⁴⁴ Así *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, pp. 19 s. y especialmente la nota 10 en p. 20.

la imprescindible taxonomía jurídica y a sus precisos códigos de nomenclatura, que por medio de claras y precisas *diferencias* nominales —si se quiere por medio de *diferentes* etiquetas— clasifica con sus nombres propios y no fungibles a la multitud de figuras jurídicas existentes en virtud de las diferencias de *materia* y de *substancia* de las cosas y de los fenómenos reales a los que remite el nombre propio de cada una. No se puede llamar gigante a un molino de viento, toro bravo a uno castrado, compraventa a una donación, y en fin tampoco acción ni culpabilidad a nada de lo que sólo metafóricamente puede denominarse “actividad” de la persona jurídica. Contra lo que quiere decir y hacer ver *Zugaldía*, es absolutamente falso que yo haya dicho en ninguna parte que a la persona jurídica no se le pueda aplicar nada y que luego termine proponiendo aplicarle absolutamente todo, pues lo cierto y correcto, como pone claramente de manifiesto una superficial lectura de mis propuestas, es que lo que yo sostengo es, primero que a la persona jurídica no se le puede aplicar absolutamente *nada* que tenga naturaleza *penal* y que, en cambio, *sí* se le puede aplicar *todo* lo que tenga naturaleza *civil* o *administrativa policial y coercitiva*⁴⁵. Por eso, también aquí la crítica de *Zugaldía* se queda en un “nadar de la nada”. Más desafortunados si cabe son la percepción y el juicio de *Nieto Martín* sobre la misma cuestión. Según este autor, aquí estaríamos ante un “debate puramente nominal” porque —así lo dice *Nieto*— cuando se deja de llamar “pena” a la consecuencia jurídica y se la “denomina con otro nombre, como el de medida de seguridad, consecuencia accesorio, etc., *los obstáculos se esfuman*”⁴⁶. Pero esto no es así en absoluto. Cuando se llama a algo con un nombre propio y determinado es para distinguirlo claramente de todo lo demás que es diferente en la *substancia*, y a lo cual, por eso mismo, se lo tiene que denominar con otro nombre propio y distinto. Ignoro si *Nieto* daría aprobado 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; yo desde luego que no. Cuando se habla de “pena” se piensa en algo substancialmente distinto a lo que se piensa cuando se habla de “medida de seguridad”, lo mismo que también se piensa en un objeto substancialmente diferente a los anteriores cuando se habla de “reparación, restitución o indemnización”, y también cuando se habla de “consecuencia accesorio”⁴⁷. Pero es que este vicio semántico, 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 inadmisibles para el pensamiento y para la construcción jurídicos, 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 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, y ello por cierto en relación con cualquier ámbito del Derecho y no sólo en el penal⁴⁸. Esta indeclinable exigencia, sin embargo, se

⁴⁵ Cfr. *supra* nota 22.

⁴⁶ Así *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, p. 19.

⁴⁷ Sobre todo esto, véase por ahora sólo *Botke* Assoziationsprävention 1995, 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 *Botke* LH Roxin 1977, 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.

⁴⁸ Véase *Engisch* Einführung⁷ 1977, pp. 33, 119 s.

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 y no inventadas y sólo así arbitrariamente denominadas— se le quiere asociar luego una “pena” como consecuencia jurídica. Es, pues, la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no la de quienes la rechazamos, la que realmente juega arbitrariamente con etiquetas al llamar acción, culpabilidad y pena a lo que carece de la mínima substancia para poder serlo⁴⁹. Así pues, quienes afirman como *Zugaldía*, que somos los demás quienes jugamos con las etiquetas, siendo así que son ellos quienes no sólo hacen ese juego de un modo ostensible sino que más allá de esto incluso ponen en una relación de grave hostilidad a las palabras y a las cosas, deberían reflexionar sobre que con esto solo proceden a un ejercicio de lo que en psicoanálisis se conoce desde *Freud* como “proyección”, es decir, a una atribución de las propias deficiencias a quienes no las tienen en absoluto.

4. La doctrina que pretende construir un supuesto de hecho de responsabilidad penal de la persona jurídica como fundamento de la aplicación a ella de consecuencias jurídico-penales, en particular “penas” y también sanciones administrativas, es una que quebranta de un modo demasiado grosero e irritante todas 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 quebranta las reglas generales de la lógica formal y material, y en definitiva, las reglas y los principios del habla y del pensamiento racionales. Que todo esto no son afirmaciones gratuitas y unilaterales del autor de este artículo, lo prueban las opiniones que al respecto han vertido tantos grandes juristas que han legado un saber jurídico —que los aún vivos y activos enriquecen y hacen progresar en el presente— con conocimientos cuya validez y permanente vigencia nadie puede discutir y que, por esto, son de conocimiento y de respeto obligados e indispensables para todo el que se proponga desarrollar o producir verdadero conocimiento jurídico en vez de contaminar o destruir la semántica y los conceptos jurídicos con meras e infundadas opiniones propias de la arbitrariedad y de la doxología sin substancia. Para citar solo algunas de las graves descalificaciones hechas por supremas autoridades del saber jurídico, podemos comenzar aquí con el gran *Kelsen*. Éste asimila a determinadas concepciones de la persona jurídica con las creencias animistas del hombre primitivo, porque duplican o desdoblan —con precisión: hipostasian— el objeto del conocimiento al separar de él, por una parte, una substancia independiente y, por otra, las cualidades de la substancia⁵⁰, y después de haber analizado todos los pormenores y detalles relativos al modo de ser y de actuar de la persona jurídica (una ficción del Derecho), 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”⁵¹. El gran civilista italiano *Ferrara* calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”⁵². Ya en tiempos recientes, el genial iusadministrativista español *Alejandro Nieto*, con razón y sin empacho alguno, descalifica los intentos de fundamentar una

⁴⁹ Cfr. a continuación en el siguiente párrafo 4. las severas críticas de *Schünemann* a este inadmisibles proceder de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁵⁰ Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 109.

⁵¹ Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 127; véase también *Kelsen* Teoría pura 1979, p. 187.

⁵² Cita tomada de *Lacruz/Delgado*, Elementos I-2^o 2010, p. 267 (*Ferrara* se refería obviamente a la construcción de *Gierke*); véase también *Kelsen* Teoría pura 1979, p. 187, donde habla de la “metáfora antropomórfica” que “conduce a problemas ficticios, en cuya solución la ciencia se afana inútilmente”.

imposible e inconcebible culpabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, con juicios tales como que así se da “un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”⁵³, o afirmando que tales intentos no serían nada más que simples “artilugios”⁵⁴ y “fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables”⁵⁵ con las que, en definitiva, se termina recurriendo a “una especie de hipocresía”⁵⁶. Por su parte *Schünemann* no ha ahorrado descalificaciones tan contundentes como severas respecto del modo de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Contra los conceptos de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas que se formulan, sostiene con razón que no son otra cosa que productos de la falacia del *quaternio terminorum*, pues una acción y una culpabilidad “imputadas” no son en modo alguno ni acción ni culpabilidad⁵⁷. La construcción de conceptos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica, según *Schünemann*, sería una completa *arbitrariedad*, pues con ellos se trataría igual a lo que evidentemente es desigual, y además, emplear las mismas expresiones para llamar a objetos que son completamente diferentes es quebrantar las “reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional”⁵⁸. Y en cuanto a la denominación de “pena” a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo, advierte *Schünemann* que ello conduce a una contaminación semántica que arrastra consigo graves defectos del pensamiento y que produce también graves consecuencias dogmáticas y político-criminales⁵⁹.

5. Particularmente en el Derecho, casi todo es opinable y discutible. Sin embargo, la severidad de los juicios descalificativos que acaban de transcribirse sobre los intentos de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece insinuar que el saber jurídico tendría un *minimum minimorum* que trazaría algún límite a lo que puede ser objeto de discusión y de debate, y particularmente a que plantear precisamente la cuestión de una posible responsabilidad penal de la persona jurídica sería algo tan disparatado que no podría ser objeto de ningún debate serio⁶⁰, sino sólo de descalificaciones tan severas y contundentes como las formuladas por juristas tan eximios como los citados. Personalmente me identifico con tales descalificaciones, y para aportar la mía propia, en la línea sugerida por *Schünemann* de tildar al Derecho penal de agrupaciones como “zombi político-criminal”⁶¹, yo diría que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se podría comparar con un manual práctico de hechicería de vudú haitiano para dotar a la persona jurídica del cuerpo y del espíritu que naturalmente le faltan, para poder afirmar así que ella misma realiza acciones antijurídicas de un modo culpable y, con esto, para poder hacer de ella un sujeto idóneo para soportar una pena como consecuencia jurídica de sus *propias* fechorías criminales.

⁵³ Así, literalmente, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 398.

⁵⁴ También así *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 402, refiriéndose literalmente a “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia”, y p. 427: “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable”; *Nieto* se refiere aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la *culpa in eligendo* y a la *in vigilando*, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad, véase *Gracia Martín*, Responsabilidad 1986, pp. 113 ss.

⁵⁵ Así *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 427.

⁵⁶ Así, literalmente, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 427 (se refiere Nieto a la hipocresía de llamar “culpabilidad” a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo).

⁵⁷ Véase *Schünemann* LK¹² 2006, comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840; *el mismo* ZIS 1/2014, p. 4; en el mismo sentido *Roxin* AT I⁴ 2006, § 8 C n° 63, p. 264.

⁵⁸ Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 4.

⁵⁹ Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 15.

⁶⁰ Así *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.

⁶¹ Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 1 y 18.

6. La respuesta a la pregunta planteada acerca de cómo la doctrina que quiere hacer penalmente responsable a la persona jurídica logra transfigurar a ésta en sujeto jurídico-penal, se obtiene sin ninguna dificultad con la observación de los modos en que opera en su afán de producir semejante transubstanciación de aquélla. De estos modos advierten explícita o implícitamente las epistemológica y científicamente rigurosas y, como no podría ser de otro modo, también severas descalificaciones de la más alta doctrina que, como ya se ha visto, se resumen en que para fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica, se ignora o pasa por alto todo el saber jurídico válido y vigente que se opone a semejante extravío, se recurre a todo tipo de manipulaciones, de artilugios y de falacias lógicas, y finalmente se cuelga luego a los productos que se han elaborado así arbitrariamente los nombres o las etiquetas — acción, culpabilidad, pena— que únicamente admiten las facultades humanas de las que la persona jurídica carece absolutamente y hasta en el mínimo infinitesimal imaginable⁶².

7. a) Según los más conspicuos defensores de la subjetividad jurídico-penal de la persona jurídica, por una parte 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 natural⁶³. Por otra parte, como la imposibilidad de fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica derivaría únicamente del hecho de que los contenidos y la estructura de todas las categorías dogmáticas del concepto del delito se han determinado históricamente en referencia exclusivamente a la persona física, esto no debería ser obstáculo alguno para que la teoría del Derecho penal construya ahora “otra” teoría del delito análoga o paralela a la 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 actuar peculiares de la persona jurídica⁶⁴. En todo caso —se dice— la Dogmática jurídica —es decir, el saber jurídico— no debe ser ningún obstáculo para ello, y si pretendiera serlo, entonces “peor para ella”⁶⁵, porque de lo que aquí se trata es de dar una respuesta práctica a un problema de criminalidad, y entonces la Dogmática tiene que perder en favor de la política criminal⁶⁶.

b) Sólo de las expresiones utilizadas en defensa de una decisión meramente política a favor de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

⁶² Sobre la completa ausencia en la persona jurídica incluso de un solo dato tangible que pudiese ser comparable con alguno de la persona natural, véase por ejemplo, *Kelsen Teoría general* 1995, 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); *Federico de Castro Persona jurídica* 1981, p. 264: “la persona jurídica no tiene la misma realidad que la persona humana”; *Lacruz/Delgado Elementos I-2^o* 2010, pp. 267 ss.: 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” (p. 268).

⁶³ Véase en este sentido, *Vogel StV* 7/2012, p. 428.

⁶⁴ Así *Cramer/Heine*, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27ª ed., 2006, comentario previo al § 25 n° 129 = *Heine*, en la 28ª ed., 2010; *Zugaldía CPC* (11) 1980, pp. 86 s.; *el mismo*, *CPC* (53) 1994, pp. 620 s.

⁶⁵ Así, lisa y contundentemente, y sin más, *Zugaldía CPC* (11) 1980, p. 87.

⁶⁶ Véase en este sentido, *Vogel StV* 7/2012, p. 428; en el mismo sentido *Nieto Martín Responsabilidad* 2008, p. 17: “la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una decisión de política criminal en manos del legislador”; y ya antes *Zugaldía CPC* (11) 1980, p. 86, donde propuso —*sic et simpliciter!*— “prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro”.

debiera resultar ya la autodescalificación que conllevan semejantes declaraciones desde cualquier punto de vista que quiera adoptarse. Desde el punto de vista epistemológico, ahora resulta que esta doctrina parece tener nada menos que un superpoder en virtud del cual podría dotar a un ente —la persona jurídica— de las “mismas”, pero a la vez sorprendentemente “distintas” (i) capacidades —de acción y de culpabilidad— que, sin embargo, sólo y exclusivamente posee “otro” ente absolutamente “diferente” a él. Con esto, sin embargo, esta doctrina liquida de plano y sin el menor empacho la milenaria diferencia entre lo “mismo” y lo “otro” que, como tan magistralmente ha estudiado y demostrado *Michel Foucault*, constituye la referencia y la guía de la episteme y del conocimiento, y que es, en definitiva, el criterio rector y determinante de todo posible “orden de las cosas”⁶⁷. A excepción de la *analogía*, todas las demás “figuras de la semejanza” (epistemológicas) constituyen formas completamente arbitrarias de relacionar entre sí y de ligar cosas completamente diferentes y sin nada en común. La *convenientia* es la semejanza que se establece entre objetos diferentes solo por su “proximidad”, por ejemplo entre un ciervo y las hojas de los árboles que se le enredan en la cornamenta. La *aemulatio* es la semejanza que se establece entre objetos distintos, y además distantes, como “imitándose” los unos a los otros (*imitatio*), y así por ejemplo entre las estrellas del cielo y las luces de una gran ciudad divisada por la noche desde una cierta lejanía. La *analogía*, en cambio, es la semejanza que se establece entre objetos por la “identidad” de sus proporciones o de sus propiedades en referencia a algo determinado, como por ejemplo entre una tijera y un cortaúñas como instrumentos funcionalmente equivalentes para producir el “mismo” efecto del corte de uñas⁶⁸. Así pues, debería verse como algo que desborda la evidencia, que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede establecer ninguna semejanza ni paralelismo *jurídicos* entre la persona jurídica y la natural *per analogiam*, sino que por el contrario, todas las que liga y describe no pueden ser vistas más que como puras arbitrariedades propias de la *convenientia* o de la *aemulatio*. Sin embargo, y 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”⁶⁹. 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”⁷⁰, y por eso hace inmediatamente la importante observación de que los conjuntos de enunciados mismos no se refieren siempre al *mismo* objeto⁷¹. Que los enunciados de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas son unos que tienen a “otro” o a “otros”

⁶⁷ Sobre ello véase *Foucault Mots* 1966, *passim*, pero para lo dicho en el texto, basta con una lectura superficial del prefacio (pp. 7-16), y sobre todo pp. 32 ss.

⁶⁸ Sobre todas estas figuras de la semejanza, a la que aún habría que añadir la de la “simpatía”, véase *Foucault Mots* 1966, pp. 32 ss.

⁶⁹ Véase *Arthur Kaufmann Analogie*² 1982, *passim*, especialmente pp. 21 ss., y para la cita p. 22; véase también en el mismo sentido, y para el caso de la identidad entre acción y omisión, *Schünemann, Unterlassungsdelikte* 1971, p. 232, donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar —en su caso la acción y la omisión— exista una “comunidad” [sic.; identidad] previa”; y en general, *Schünemann FS-Arthur Kaufmann* 1993, pp. 312 s.; en el mismo sentido me he pronunciado también para la identidad entre la acción y la omisión, véase *Gracia Martín Delitos* 1993, pp. 78 ss.; *el mismo*, Comisión por omisión 1994, pp. 82 ss.; y más recientemente, *el mismo* Prólogo 2013, pp. 23 ss.

⁷⁰ Véase *Foucault L'archéologie* 1969, pp. 45 s. (para la cita, cfr. p. 45).

⁷¹ 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* 1969, pp. 45 s.

objetos completamente distintos y de diferente naturaleza que los que corresponden al *Derecho penal*, esto es algo tan evidente que no precisa aquí de ninguna argumentación.

c) Por otra parte, la premisa de que el legislador *pueda* crear libremente unos conceptos jurídicos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica divergentes de los correspondientes a la persona natural es racionalmente indefendible desde cualquier punto de vista que se la mire. En primer lugar, tanto los legisladores que, como el español, han querido introducir una responsabilidad “penal” de las personas jurídicas y llamar “penas” a las consecuencias jurídicas aplicables a ellas, como —y esto es ya más grave— la doctrina que avala semejante extravío legislativo —extravío que lo es nada menos que con respecto al *Derecho*⁷²—, incurrir en un grosero y muy grave fraude de etiquetas en el sentido más serio y estrictamente riguroso de la expresión, y no en el distorsionado y frívolo con que se la utiliza en demasía. Un fraude de etiquetas se da cuando se llama a lo *mismo* de distinta manera, pero también cuando se emplea un único y *mismo* nombre para denominar a objetos completamente *diferentes*, y esto último precisamente es lo que sucede cuando se llaman acción y culpabilidad a los substratos reales de los que se pretende luego derivar una responsabilidad de la persona jurídica en el orden “penal” y en cualquiera otro orden “sancionador”, especialmente en el administrativo. 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”⁷³. En contra de la insostenible e inadmisibles 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* 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”⁷⁴. Si esto sucede, entonces tiene que ser evidente que el concepto que se dice estar aplicando ya no es *él mismo*, pues en tal caso el objeto material de su contenido está completamente ausente de la realidad, y por esto el que realmente se estará aplicando será “otro” completamente diferente que tendrá que tener también “otro” nombre propio y distinto⁷⁵. Por esto, empeñarse en continuar llamando

⁷² Pues como en seguida razonaré, a una legislación que establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se le puede reconocer el carácter de *Derecho*, dado que ella no puede ser más que un producto de la arbitrariedad y porque ésta es incompatible con el *Derecho*.

⁷³ Véase el resumen que hace *Foucault* del pensamiento de *F. Bacon* en su *Novum organum* de 1620, del cual me parece necesario reproducir aquí algunos fragmentos del propio Bacon y de la glosa de *Foucault* sobre ellos. Según *Foucault Mots* 1966, 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 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 en tanto que 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”. Puesto que lo transcrito es todo claridad y de la más diáfana, aquí huelga todo comentario o apostilla al respecto.

⁷⁴ Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 4.

⁷⁵ Véase en este sentido *Schünemann* *Unterlassungsdelikte* 1971, p. 37: “con dicha manipulación se mantendría la

al concepto que *realmente* se está aplicando con el nombre del inexistente que se dice estar aplicando, supone terminar en un ostensible fraude de etiquetas, y en una violación de las reglas de la Lógica formal y material que dará lugar a graves confusiones lingüísticas y semánticas, las cuales, en definitiva, tendrán que llevar a graves errores del pensamiento y del conocimiento⁷⁶, pues toda “contaminación semántica” induce a errores en el razonamiento (lógicos)⁷⁷ y en el conocimiento y comprensión de las cosas, 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 las cosas”⁷⁸. En este sentido se pronuncia también *Alejandro Nieto* respecto de la pretensión de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador. Pues como observa el eximio administrativista español, todos los intentos de construir una culpabilidad de la persona jurídica se llevan a cabo eliminando algún elemento esencial del concepto de culpabilidad y haciéndole perder a éste toda substancia⁷⁹. Pero así, dice con razón *Alejandro Nieto*, la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”⁸⁰ y entonces ya no hay razón alguna que permita hablar de la “culpabilidad”, porque —así lo explica con este 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”⁸¹.

d) La premisa de que el legislador podría configurar libremente unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica y divergentes de los correspondientes a la persona natural, es no sólo insostenible epistemológicamente, sino que también tiene que ser *política* y *jurídicamente* inadmisibles, pues un ejercicio por el legislador de semejante libertad daría lugar a una arbitrariedad completamente antijurídica porque ello supondría una clara violación del Derecho y de los límites que el Estado de Derecho impone al poder político⁸². Esta premisa es propia del más extremo positivismo jurídico, conforme al cual sería Derecho absolutamente *todo* lo que el poder decida que lo sea y así como tal lo imponga. El positivismo jurídico —al menos el extremo— es, sin embargo, incompatible con el *Derecho* mismo desde el momento en que con él éste queda entregado totalmente a la arbitrariedad del poder establecido⁸³. En un Estado de *Derecho* empero es inadmisibles identificar al *Derecho* con la *legislación* emanada del poder establecido⁸⁴. La legislación es ante todo un instrumento *político* de carácter técnico para la *concreción* del *Derecho* en los distintos ámbitos de relación y de la interacción sociales⁸⁵. Sólo pueden ser reconocidas como Derecho las leyes que realmente determinan una verdadera y auténtica concreción de

denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el *concepto*” (cursivas del mismo autor).

⁷⁶ Así ya, y precisamente respecto de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase *Schünemann*, *Unternehmenskriminalität* 1979, pp. 234 s.; y más recientemente, *el mismo* FS-Tiedemann 2008, 431 ss.; *el mismo*, GA 2013, p. 200; *el mismo*, ZIS 1/2014, pp. 4, 8, 11, 12, 15, 16; en sentido similar véase *Robles Planas* Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.

⁷⁷ Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 11 y también en *Verfassungswidrigkeit* 2014, p. 15.

⁷⁸ Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 15.

⁷⁹ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador^{5º} 2012, p. 416.

⁸⁰ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador^{5º} 2012, p. 398.

⁸¹ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador^{5º} 2012, p. 416 (subrayado mío).

⁸² Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho por el poder público y sus distintos órganos, véase *Legaz* Filosofía del Derecho^{4º} 1975, pp. 651 ss.: “la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad ... (y) presupone el concepto del Derecho” (p. 651).

⁸³ Véase en este sentido *Welzel* Introducción 1977, p. 259.

⁸⁴ En este sentido, véase *Zaffaroni* PG^{2º} 2002, pp. 4 ss.

⁸⁵ 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’ pretenden alcanzar la ‘forma concreta’ de normas jurídicas” (p. 77).

éste, pero no aquellas que, porque lo contradicen, son sólo por esto *antijurídicas*⁸⁶. No es posible en este espacio abordar la compleja cuestión de adónde hay que ir para llegar al encuentro del Derecho. Para lo que aquí interesa debe bastar con dejar indicado que el *Derecho* en general, y el penal en particular, tiene que ser concebido, por así decirlo, como una “instancia superior” que proporciona los criterios materiales de justicia que han de operar como medida de enjuiciamiento de los actos del poder político, particularmente los del *legislador* penal⁸⁷, y en virtud de los cuales tiene que determinarse si los mismos son realmente actos *de Derecho* o si son, por el contrario, algo distinto, es decir, actos de *no-Derecho*⁸⁸, o para decirlo con *Zaffaroni*, si son realmente actos del Estado de *Derecho* o si, por el contrario, no son más que actos *antijurídicos* de fuerza y de coacción del Estado de *policía*⁸⁹. De este modo, el *Derecho* penal se tiene que concebir y entender 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 la formulación, desarrollo y concreción de dichos principios y reglas corresponde al “saber” jurídico-penal, el *Derecho* penal se tiene que identificar con la Ciencia o Dogmática jurídico-penal⁹⁰, esto es, como dice *Welzel* en general, con “la *explicación sistemática* de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., ‘autonomía privada’ y ‘propiedad privada’, ‘culpa y pena’, ‘principio de escuchar a las dos partes’, ‘pluralismo de partidos’, ‘Estado de Derecho’, etc.”⁹¹. Frente a las fáciles tentaciones de ver en estas afirmaciones alguna suerte de perspectiva o de reminiscencia iusnaturalista, he de advertir que entenderlas así sería un craso e inaceptable error, pues a parte de que ya en otros lugares me he pronunciado decididamente contra todo iusnaturalismo y he defendido al método del finalismo de las infundadas filiaciones iusnaturalistas que se le quieren atribuir⁹², no reconozco a más Derecho que al *positivo*. A mi juicio, la fuente del Derecho (positivo) es el *contrato social*⁹³, y el cometido de la Ciencia del Derecho

⁸⁶ 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).

⁸⁷ Véase, en particular respecto de la relación entre Derecho y legislación, *García de Enterría* Curso I¹⁵ 2011, 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 2011, pp. 77 y 95; en el mismo sentido para la Ley Fundamental de Bonn, véase *Benda* Estado social 2001, pp. 498 ss.

⁸⁸ Cfr. en sentido parecido, aunque desde una postura iusnaturalista que no comparto, *Würtenberger* Geistige Situation² 1959, pp. 26 ss., quien remite al valor de la dignidad del ser humano —y esto sí lo comparto sin reserva— como medida y punto de apoyo últimos para la determinación y configuración del *Derecho* como referencia y límite del poder y de la legislación positiva.

⁸⁹ Véase *Zaffaroni* PG² 2002, pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., y 101 ss.

⁹⁰ En este sentido véase amplia e insistentemente *Zaffaroni* PG² 2002., pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; en sentido similar *Schünemann* FS-Herzberg 2008, *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, como por ejemplo el de protección de bienes jurídicos, la Dogmática jurídico-penal “incluso tiene que hacer las veces de la legislación” (p. 49).

⁹¹ Así *Welzel* Introducción 1971, p. 193, añadiendo que “la dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad”; véase también *Engisch* Konkretisierung 1953, pp. 231 ss.

⁹² Véase *Gracia Martín* RECPC 06-07 (2004), pp. 2-3 nota 6.

⁹³ Véase *Gracia Martín* Fundamentos 2006, pp. 215 ss., 224 ss.-; y más recientemente *el mismo*, GA 6/2010, pp. 344 s. = RDPC 3ª época (3) 2010, pp. 60 s.

es precisamente desarrollar por medio de la razón los contenidos generales y demasiado abstractos de sus estipulaciones, en principios y en reglas *concretos* para organizar la convivencia social y para limitar el ejercicio de todos los poderes políticos, especialmente el del punitivo, conforme *debe ser* en Derecho. Por lo demás, en el presente se debe partir de que muchos de los principios de Derecho se encuentran positivizados con fuerza vinculante en los instrumentos de Derecho internacional, sobre todo en los concernientes a los derechos humanos, así como también en las Constituciones políticas de los Estados que reconocen derechos fundamentales y derechos sociales y económicos de los individuos y de los grupos de individuos⁹⁴. Los principios *nulla iniuria sine "actione"* y *nulla iniuria sine "culpa"* constituyen exigencias indeclinables de la ética republicana y del Estado de Derecho⁹⁵. Ningún concepto de acción y de culpabilidad *en el sentido del Derecho penal* que se elabore para la persona jurídica puede ser más que una invención cuyos contenidos no pueden tener lugar en el mundo de lo real en que tiene que operar e influir el Derecho⁹⁶. Por esto, toda construcción de cualquier supuesto de hecho de responsabilidad "penal" de las personas jurídicas y toda previsión de consecuencias jurídicas "sancionadoras" para ellas no puede ser más que producto de la arbitrariedad incompatible con el Derecho y, por esto, *inconstitucional*. Frente a la creencia de *Nieto Martín*, de que no pueda mantenerse "seriamente" que una decisión del legislador a favor de la imposición de sanciones a las personas jurídicas sea contraria a la Constitución⁹⁷, hay que decir, pues, todo lo contrario, es decir, que la falta de "seriedad", por falta de todo rigor dogmático y político, reside precisamente en la configuración de una más que evidentemente *inconstitucional* figura de responsabilidad *penal* de las personas jurídicas acompañada de *sanciones* para ellas⁹⁸.

8. a) La imposible transformación de lo "otro" y "diferente" (la persona jurídica) en lo "mismo" de un ente completamente distinto (la persona natural), o el establecimiento también imposible de un paralelismo penal entre ambos, como pretende hacer la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo puede intentarse, sin embargo, si se ignora o se pasa por alto y desprecia al *minimum*

⁹⁴ Véase, en este sentido, *Zaffaroni* PG² 2002, p. 102, quien propone "la construcción del *tipo normativo de leyes penales constitucionalmente admitidas* (como instrumento que permita excluir por inconstitucionales las restantes)", y para lo cual indica la necesidad de recurrir al Derecho constitucional y al Derecho internacional de los derechos humanos. Véase asimismo *Paredes Castañón*, Justificación 2013, pp. 51 ss. Véase también el importante libro de *Díez Ripollés* Racionalidad 2003, *passim*, y especialmente, pp. 109-163, donde analiza los principios de la racionalidad *ética* de las leyes penales, que a mi juicio deben operar como los criterios de *juridicidad* y, por tanto, de *validez* de las leyes penales. Además, *Ferrajoli* Derecho y razón⁵ 2001, pp. 851 ss., y especialmente sobre el "derecho ilegítimo", pp. 868 ss.; *el mismo*, Derechos y garantías² 2001, *passim*, y especialmente pp. 28 ss., y 152 ss.

⁹⁵ Véase en este sentido *Zaffaroni* PG² 2002, 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 conductu* 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 razón³ 2001, pp. 480 (para la acción) y pp. 487 (para la culpabilidad); *Díez Ripollés*, Racionalidad 2003, pp. 147 s. (para la acción) y 152 ss. (para la culpabilidad); *Paredes Castañón* Justificación 2013, pp. 298 s. y 304 ss.

⁹⁶ Véase por todos *Zaffaroni* PG² 2002, 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".

⁹⁷ Véase *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, pp. 17 y 102 ss.

⁹⁸ 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.); véase en el mismo sentido, en relación con la regulación del art. 31 bis CP, *Robles Planas* Diario La Ley n° 7705, 29 Sep. 2011, pp. 13 ss., por suponer una clara vulneración del principio de culpabilidad; véase también *Mir Puig* Bases constitucionales 2011, pp. 127 s.

minimorum del saber jurídico válido y vigente sin la mínima duda⁹⁹ y si, por añadidura, se esquivo a toda crítica fundada en dicho saber, ignorándola y no entrando en debate con ella, es decir, no respondiendo ni a uno solo de los argumentos contrarios¹⁰⁰ o tratando de rebatirlos a partir de una irritante tergiversación de sus enunciados fundamentales o, como mucho, poniendo el acento sólo en aspectos absolutamente superficiales e irrelevantes de ellos. Y que el proceder de la doctrina favorable a una responsabilidad penal y sancionadora administrativa de las personas jurídicas es uno como el descrito, esto es algo que resulta comprobado con la mayor certeza mediante una mera y superficial mirada a sus productos y, en particular, con una mera observación de los procedimientos mediante los que aquellos son elaborados y derivados. 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, respecto de lo primero —la ignorancia o el desprecio del saber jurídico válido— *Alejandro Nieto*, 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 papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica”¹⁰¹ y si se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho¹⁰². Y en efecto, sólo si se prescinde de estos saberes jurídicos, se pueden explicar ciertas afirmaciones absolutamente infundadas que, sólo a partir de presunciones o de suposiciones no contrastadas en lo más mínimo, los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica atribuyen sin el menor empacho a aquellos saberes sin haber comprobado que éstos dicen más bien y categóricamente justo lo *contrario* de lo que se les atribuye.

b) Y así, por ejemplo, y con independencia ya de su intrínseca inconsistencia lógica, debida a la falacia del *quaternio terminorum* que encierra la deducción, es rechazable y absolutamente inadmisibles afirmar —como lo hacen entre otros *Zugaldía* y *Gómez Tomillo*— que dado que entre el Derecho penal y el sancionador administrativo no existen diferencias substanciales, y por esto ambos se rigen por los mismos principios, y dado que en el último se ha reconocido siempre y se reconoce la capacidad de la persona jurídica para cometer infracciones, de esto debería resultar que no tendría que haber ni la mínima dificultad para admitir a la persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal¹⁰³. Sin embargo, sólo con una toma de razón superficial del estado

⁹⁹ En el sentido que indica *Foucault* Discurso² 1980, pp. 22 y 44, de que “bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros” (p. 22), y así “los discursos deben ser tratados como prácticas discontinuas que se cruzan, a veces se yuxtaponen, pero que también *se ignoran o se excluyen*” (p. 44). En este sentido parece apuntar *Robles Planas* Diario La Ley n° 7705, 29 Sep. 2011, p. 15, al ver en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con razón, “una involución monumental en nuestra cultura jurídica”.

¹⁰⁰ Al respecto, véase *Schünemann*, en Constitución europea 2006, pp. 151 s. donde critica en general a este modo de proceder de algunos sectores de la doctrina en el sentido de que, primero “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, constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia” (p. 151); y segundo, en relación con la extendida tendencia a “ignorar la crítica y posiciones de los opositores”, que “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).

¹⁰¹ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 404 s.

¹⁰² Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 421 s.

¹⁰³ Véase *Zugaldía*, Responsabilidad 2013, pp. 16 ss.: “admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas

del saber jurídico general y de las Dogmáticas civil y administrativa, salta a la vista que no sólo el Derecho sancionador administrativo, sino que tampoco el civil, reconocen a la persona jurídica ni capacidad de acción ni capacidad de culpabilidad, y que incluso existe una rigurosa doctrina debidamente documentada que pone en serias dudas que las consecuencias jurídicas que se aplican a la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo sean verdaderas sanciones. De esto me ocuparé de inmediato, pero antes veamos lo que dice al respecto la teoría general del Derecho que también es ignorada escandalosamente por la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

c) En la teoría general del Derecho, *Kelsen* no puede ser más claro y explícito. Según él, “no se puede negar en serio que actos y omisiones *sólo* pueden existir en relación con los *seres humanos*”, y “cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de *seres humanos*”¹⁰⁴. Pero es que contra la opinión que afirma sin la menor comprobación ni verificación de lo afirmado, que podría hablarse de dos posibles modelos de responsabilidad de la persona jurídica, a saber: el de transferencia o imputación, y el de autorresponsabilidad, es decir, ¡*por el hecho propio!*¹⁰⁵, hay que oponer con la mayor contundencia que, como no podría ser de otro modo, absolutamente *todo* aquello por lo que se pueda hacer responder en algún sentido a una persona jurídica, no puede ser nunca, y sin ninguna excepción, nada más que algo jurídicamente *imputado*¹⁰⁶, y además con la importante comprobación de que *nada* de lo que puede serle imputado a una persona jurídica tiene ni el mínimo parecido con una “acción” en el sentido del Derecho penal, por lo que llamar así a lo que se imputa a una persona jurídica no debiera ser visto más que como una señal de haberse alcanzado el clímax de la arbitrariedad en la construcción jurídica, de la contaminación semántica y de la violación de las reglas del habla racional¹⁰⁷. Y así, como dice de nuevo *Kelsen*, “referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es *imputar* dicho acto a la comunidad misma”, pero “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*”¹⁰⁸. No menos infundada es la afirmación de que la persona jurídica sea destinataria de normas jurídicas de conducta y que esto tenga que presuponer su capacidad de acción¹⁰⁹. Pues también esto lo desmiente categóricamente la teoría general del Derecho. Como explica *Kelsen*, “al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el ‘derecho del Estado’ u orden jurídico nacional, *regula la conducta de individuos*” y por esto, continúa *Kelsen*, “los que resultan de este modo obligados y facultados son los *individuos humanos* que obran como ‘órganos’ de la misma”, y en definitiva “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

en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal” (p. 17); *Gómez Tomillo* Introducción 2010, p. 32: “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”; en el mismo sentido, *el mismo*, Derecho sancionador 2008, pp. 377 s. En sentido parecido, también *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, 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”.

¹⁰⁴ Véase *Kelsen* Teoría general 1995, p. 114 (cursivas mías); *Kelsen* Teoría pura 1979, pp. 186 ss.

¹⁰⁵ Así, véase sólo *Zugaldía*, Responsabilidad 2013, pp. 64 ss.

¹⁰⁶ Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, 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.

¹⁰⁷ Véanse las descalificaciones de Schönemann en este sentido, expuestas más atrás en IV.4.

¹⁰⁸ Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 116 (cursivas mías).

¹⁰⁹ Así, véase sólo *Zugaldía* Responsabilidad 2013, pp. 61 s.

obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos *individuos*¹¹⁰.

V. Equiparación de la persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil

1. Pese a que todos los ordenamientos jurídicos, desde el romano hasta los de nuestros días, equiparan en algún sentido, y solo empero hasta ciertos límites y a determinados efectos¹¹¹, a la llamada persona jurídica y a la natural o física en los órdenes del Derecho privado y del Derecho público¹¹², también los juristas más autorizados y rigurosos de las Dogmáticas civil y administrativa niegan categóricamente la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Comencemos por la Dogmática civil. En ésta, como no podría ser de otro modo, se parte de que los substratos de la persona jurídica y de la natural no tienen ni un solo elemento estructural común en la esfera real u ontológica, es decir, en sus *seres existenciales tangibles*¹¹³. Por esta razón, como advierten mis grandes maestros civilistas *Lacruz Berdejo* y *Delgado Echeverría*, 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”¹¹⁴. Por esto, todas las semejanzas y todos los paralelismos que se han querido y que se quieran o quisieran hacer entre cualesquiera de los elementos esenciales de los substratos *reales* de ambas en la esfera ontológica, como por ejemplo —y prescindiendo ahora de lo nada afortunados que son¹¹⁵— entre los estatutos de la jurídica y el cerebro de la natural, y entre los órganos de la primera y los miembros corporales de la segunda¹¹⁶, no pueden ser comprendidos más que como puras *metáforas* con las que sólo puede pretenderse expresar unas ciertas semejanzas entre ambos tipos de personas. Estas “semejanzas”, sin embargo, serían unas que sólo podrían establecerse *per convenientia et aemulatio*, es decir, que en ningún caso podrían ser unas ligadas o sintetizadas con elementos estructurales *idénticos* —simplemente porque no existe ninguno— de unos objetos distintos y diferentes, que es precisamente lo que define y

¹¹⁰ Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 117 s. (cursivas mías); véase además *Kelsen*, Teoría pura 1975, pp. 185 s.

¹¹¹ Una limitación, por cierto, que resulta ya por sí misma de la condición no humana de la persona jurídica, y así por ejemplo, la persona natural y la jurídica pueden ser perfectamente equiparadas en derechos y en deberes subjetivos privados y públicos como, por ejemplo, en el derecho de propiedad o en el de edificación por medio de una licencia, y en los deberes de indemnización por el daño o tributarios, pero no podrían serlo en modo alguno en otros derechos como los de uso y habitación, de cursar una carrera universitaria o de obtener una licencia de conducción de vehículos a motor, ni en deberes como el de alimentos “entre parientes”, el de detener el vehículo ante una señal de parada o los de realizar u omitir acciones (humanas) respectivamente prohibidas u ordenadas, como matar o alimentar a un recién nacido; véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 268; *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, pp. 276 ss., y especialmente p. 279.

¹¹² Sobre los inicios en el Derecho romano y la evolución, véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, pp. 138-175; y más resumidamente *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, pp. 260 ss.

¹¹³ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, p. 267.

¹¹⁴ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, p. 268.

¹¹⁵ *Ferrara* calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica por Gierke como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”; cita tomada de *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, p. 267.

¹¹⁶ Así, antes de su cambio de opinión al respecto, *Jakobs* AT² 1991, p. 149, el nivelar en un supraconcepto de “sistema” a la persona física (mente y cuerpo) y a la jurídica (estatutos y órganos). En la doctrina del *common law*, se llega a asimilar a la persona jurídica con el cuerpo humano, viéndola como un ente dotado de cerebro y de centro nervioso representados por sus directivos y órganos que deciden y controlan todo lo que ella hace, y viendo así los conocimientos, la voluntad y los estados mentales de éstos como los propios de la persona jurídica, y como un ente dotado asimismo de brazos y de manos representados por los empleados subordinados que usan las herramientas para la ejecución de lo ordenado por el cerebro; véase *Zaffaroni* PG² 2002, p. 427, con referencias.

caracteriza a las semejanzas (identidades) propias de la *analogía*¹¹⁷, y que son, también precisamente, las que sirven de base a la construcción jurídica de conceptos y de supuestos de hecho¹¹⁸. Y es que la personalidad jurídica no se construye a partir de ningún dato ontológico estructural (constitutivo) del substrato existencial y tangible de los seres o de los entes a los que se les otorga, porque ella no es y no consiste en nada más que en una *pura* atribución de capacidad *jurídica* por el Derecho, es decir, no es más que el resultado de un puro recurso *técnico-jurídico*, por lo que, en este sentido, también la natural es una persona jurídica. La personalidad *jurídica* no es, pues, ninguna cualidad innata y natural del ser humano, sino una cualidad que éste solo adquiere en virtud de la *atribución* a él de la condición de sujeto jurídico por el Derecho¹¹⁹, esto es, de sujeto con capacidad jurídica plena¹²⁰, o dicho de otro modo: solo es sujeto (jurídico) en virtud de la atribución jurídica de la capacidad para adquirir derechos y para contraer obligaciones; más allá de esto, la persona —toda persona, también la natural— no es nada más que un *objeto* del Derecho¹²¹.

2. De acuerdo con la conocida, nunca discutida y universalmente aceptada explicación de *Kelsen*, “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 es 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*”¹²². La denominación “persona *jurídica*” es en realidad un pleonasma, pues no hay más persona que la jurídica¹²³. La persona es solo y nada más que un *centro de imputación objetiva* de efectos jurídicos conforme a criterios exclusivamente *normativos*; un centro de imputación de derechos y de obligaciones, de potestades, de expectativas, pero también de cargas, de riesgos, de daños y de perjuicios¹²⁴. Esta desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicos del ser humano es la que hace posible reunir y unificar, es decir *equiparar* y abrazar en un mismo concepto de persona a realidades ontológicamente tan diversas

¹¹⁷ Sobre las “figuras de la semejanza” (epistemológicas), cfr. *supra* IV.7 b).

¹¹⁸ Véase *Arthur Kaufmann Analogie*² 1982, *passim*, y especialmente pp. 18 ss., 29 ss., y 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”; véase también *Schünemann Unterlassungsdelikte* 1971, pp. 229 ss., y especialmente pp. 231 ss., donde aplica de forma modélica el método analógico a la equiparación de la omisión a la acción; y con alcance general, véase *Schünemann FS-Arthur Kaufmann*, 1993, *passim*.

¹¹⁹ Véase *Lacruz/Delgado Elementos I-2*⁶ 2010, p. 267.

¹²⁰ Véase *H.J. Wolff Verwaltungsrecht I*⁸ 1971, p. 196.

¹²¹ Véase *Armin Kaufmann Normentheorie* 1954, p. 127: en relación con el “deber” en el sentido de que algo “tiene que” tener lugar necesariamente en virtud de un juicio de valor previo (norma de valoración), como por ejemplo el pago de un impuesto cuando se dan los presupuestos de hecho de la obligación tributaria, “la persona es solamente objeto, y por cierto no sólo como parte del objeto de un juicio de valor —en este sentido siempre es objeto—, sino también como mero objeto de distribución del patrimonio”, de modo que “el hombre no es considerado aquí como un sujeto que actúa, sino como miembro de la relación de distribución de bienes”.

¹²² Véase *Kelsen, Teoría pura* 1979, p. 184 (cursivas mías); véase también *Kelsen, Teoría general* 1995, 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). El concepto de “persona” desvinculado del ser humano (individuo) que define *Jakobs* —“destino de expectativas normativas correspondientes a roles”— no es ninguno distinto sino que, más allá de las variaciones lingüísticas y del contexto en que lo describe, es uno que substancialmente coincide con el de *Kelsen* y que, en todo caso, tiene la misma raíz; véase *Jakobs Sociedad* 1996, pp. 30 s., 50, 53, 72 ss. y 80 ss.; véase además *Jakobs Idea de la normativización* 2003, pp. 69 s.; *el mismo*, *Obligación jurídica*, pp. 18, 39, 47 s.; y también, siguiendo a *Jakobs, Pawlik GA* 1998, p. 369.

¹²³ Véase *Kelsen Teoría general* 1995, p. 113.

¹²⁴ Véase, en este sentido, por ejemplo, *H.J. Wolff Verwaltungsrecht I*⁸ 1971, pp. 194, 201 ss.; *Lacruz/Delgado Elementos I-2*⁶ 2010, p. 259; *Gracia Martín Actuar I* 1985, p. 8; *el mismo*, *Personas jurídicas* 1996, p. 40.

como el ser humano individual y la agrupación de una pluralidad de éstos, e incluso a otros entes con substrato puramente patrimonial¹²⁵, pero esto, por cierto, y hay que advertirlo ya, no a *todos*, sino *sólo* a los efectos para los cuales el concepto ha sido pensado y construido. La desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicamente humanos es lo que permite explicar sin complicaciones la equiparación jurídica de la persona natural y de la colectiva no sólo lógicamente, sino también *funcionalmente*. En definitiva, si el concepto de persona es uno desvinculado de —y para el que no cuentan para nada— los atributos y propiedades específicamente humanos, entonces nada obsta a que el mismo pueda comprender a entes desprovistos absolutamente de tales propiedades. Como advirtiera *Kelsen*, “si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como ‘jurídica’”¹²⁶. Pero por esta razón, toda búsqueda de propiedades semejantes o análogas a las específicamente humanas en cualquier otro substrato distinto al del ser humano individual para poder fundamentar y explicar a partir de ellos la equiparación de ambos en el mismo concepto de persona (jurídica), no sólo es una tentativa absolutamente inidónea, sino que por lo dicho, únicamente puede verse como una búsqueda absolutamente innecesaria e inútil para la construcción jurídica del concepto de persona (jurídica) comprensivo con el mismo rango y a los mismos efectos tanto de la natural como a la colectiva¹²⁷.

3. Que la equiparación (jurídica) de la persona jurídica a la natural no pueda tener lugar a partir de ni una sola propiedad existencial y tangible común a ambas, no significa, empero, que no quepa establecerla en absoluto. Esto será posible, pero sólo en la medida en que se identifiquen y sean sacados a la luz los datos o elementos de la realidad a partir de los cuales tiene que ser posible ligar una semejanza entre ellas que permita ya su equiparación *per analogiam*, y que como queda dicho, tendrán que ser datos de naturaleza forzosamente distinta a la de las propiedades humanas existenciales (biopsíquicas). Para comenzar, debemos tener en cuenta que en el presente se pueden tener como superadas las visiones extremas de la persona jurídica como una ficción total o como un ente real “supraindividual” pretendidamente idéntico o similar a la persona natural y, aceptando con *Federico de Castro* que la polémica entre las teorías de la ficción y de la realidad “se reduce de hecho a una querrela terminológica”¹²⁸, entender que, como sostiene la doctrina mayoritaria actual, de la que son cualificados exponentes *Lacruz Berdejo* y *Delgado Echeverría*, “la persona jurídica, en suma, participa de la ficción y de la realidad”¹²⁹. La persona jurídica es, por una parte, una figura o ente jurídica¹³⁰ y, en este sentido, una ficción jurídica, pero no se puede desconocer que, por otra parte, y como tan acertadamente advierten y dicen los civilistas últimamente citados, ella “contiene un substrato real” a partir del cual “aspira a funcionar con independencia y autodeterminación [autonomía] en el tráfico”, y por esto “debe encontrar en el ordenamiento los medios para ello”¹³¹. El *quid* preexistente de la persona jurídica es —como observan *Lacruz/Delgado*— “una realidad *sociológica*, compuesta por los miembros de la asociación, los órganos, el patrimonio, etc.”, y la

¹²⁵ Así desde el Derecho romano fue objeto de discusión la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a la herencia yacente (véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, pp. 177 ss.), y como advierten *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, p. 259, “algunos entes, incluso, no están constituidos por un grupo, sino por una *obra*”, como sería el caso de “el hospital fundado por un testador que dejó sus bienes para construirlo y dotarlo”.

¹²⁶ Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 113.

¹²⁷ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, pp. 267 s.

¹²⁸ Véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264.

¹²⁹ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, p. 267.

¹³⁰ Véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264.

¹³¹ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, p. 267.

puesta en funcionamiento de tal organización para la consecución de fines por medio de una actividad colectiva, es precisamente el dato real a partir del cual ya es posible establecer la semejanza de la persona jurídica con la natural, una semejanza “en cuanto ‘unidad de eficacia’; en cuanto factor activo en el acontecer social”¹³². De este modo la *analogía* entre la persona jurídica y la natural, a los efectos jurídicos, encuentra su fundamento, como advierte *Federico de Castro*, recordando a *Florentino*, sólo en el hecho de que la persona jurídica *funciona (fungitur)* en ciertas relaciones como una persona humana, y absolutamente en nada más¹³³. Además, toda equiparación que puede hacerse de la persona jurídica y de la natural se agota con el “reconocimiento” por el Derecho de su aptitud para ser sujeto de derechos y de deberes y —para que pueda hacerla efectiva— en la translación *sólo* de la *subjetividad jurídica* de la segunda a la primera, y sin que quepa pensar como posible ninguna otra equiparación a partir de alguna otra —inexistente e imposible, y por esto sólo imaginada— similitud entre ambas¹³⁴. En suma, y como se dice en la STC de 2 de junio de 1998, citada por *Lacruz/Delgado*¹³⁵, las personas jurídicas “sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los *instrumentos* o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento”.

4. Determinados así tanto el fundamento como los límites de la equiparación y de la nivelación jurídicas de la persona jurídica a la natural —sólo en cuanto “sujetos de derecho”, y en nada más—, la cuestión que debe plantearse a continuación es la relativa a cómo la jurídica —en comparación y a semejanza de la natural— “actualiza” en la realidad la subjetividad jurídica que se le reconoce. Con esto se trata de determinar el modo en que la persona jurídica concreta y manifiesta su funcionamiento como factor activo en el acontecer social y el modo en que por medio de este funcionamiento produce efectos —y cuáles sean éstos— en tal acontecer, y en última instancia, determinar lo que tal vez sea más importante para el Derecho, a saber: las *consecuencias jurídicas* que, en tanto que *posibles*, puedan derivar de los efectos y del funcionamiento mismo de la persona jurídica que los produce, y que, por ello, podrán serle aplicadas a ella en cuanto sujeto de derecho, o dicho de otro modo: en cuanto “centro de imputación jurídica” o “sujeto jurídicamente imputable”. A este respecto, debe llamarse la atención acerca de la frecuente y, no obstante, muy grave confusión doctrinal de la persona jurídica con la “actividad” que ésta desarrolla, a su modo, por medio del funcionamiento de su organización en el tráfico y en las relaciones jurídicas, pues tal confusión, que es fuente de muy graves errores conceptuales y dogmáticos, alcanza cotas máximas en la doctrina jurídicopenal cuando se habla en ella de la “persona jurídica” y de la “empresa” indistintamente, esto es, como si ambas realidades y sus correspondientes conceptos fueran lo mismo, y de tal modo que, en unos casos, se las mezcla, y en otros se intercambia a la una y a la otra¹³⁶. Pues la persona jurídica es el

¹³² Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, p. 268; véase también *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264; y para la doctrina alemana, véase *Larenz* ATBR^o 1983, p. 129; en sentido similar desde el punto de vista penal *Luzón Peña* LPG² 2012, p. 152: “la personalidad y las actuaciones de éstas no son una pura ficción, sino que ciertamente responden a una realidad social”.

¹³³ Véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264, y en sentido parecido *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, pp. 267 s.

¹³⁴ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, pp. 267 s., y en sentido parecido *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264.

¹³⁵ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^o 2010, p. 268.

¹³⁶ Paradigmáticos al respecto los títulos de dos libros de *Gómez-Jara*, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, IBdF,

sujeto jurídico titular de la organización y de la actividad que desarrolla en el tráfico jurídico y económico por medio del funcionamiento de su organización, mientras que la organización y la actividad mismas son, más bien, los “objetos” que se imputan a su subjetividad jurídica, los cuales, cuando tienen un sentido económico y una forma empresarial, se configuran ciertamente como “empresa”, siendo entonces precisamente ésta la que constituye el objeto que se imputa a la persona jurídica como sujeto de derecho y a los efectos jurídicos correspondientes¹³⁷.

5. Ahora bien, dicho lo anterior, y a diferencia de lo que hace la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹³⁸, cuando se opta por un modo no arbitrario de construcción jurídica de conceptos, es decir, por uno que tome y respete los datos de la realidad del mundo en que se quiere operar y producir efectos por medio de ellos¹³⁹, y que respete asimismo el *minimum minimorum* de los principios y de los enunciados jurídicos fundamentales que aún hoy conservan toda su validez¹⁴⁰, tanto en la teoría general como en las específicas y diferentes ramas del Derecho¹⁴¹, y en

Montevideo/Buenos Aires, 2010.

¹³⁷ Véase, en este sentido, *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 8 s.: “El titular de la empresa es el *sujeto jurídico* al que se imputa el conjunto socioeconómico del sistema de acción [operativo] ‘empresa’”, pudiendo ser aquél tanto una persona natural como una jurídica; ya antes, *el mismo*. en FS-Tiedemann 2008, pp. 439 s. (corchete mío).

¹³⁸ En el mismo sentido, contundentemente, *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 4, 8 s.; véase también *Zaffaroni* PG² 2002, pp. 426 s.; *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 404 s. y 421 s.

¹³⁹ Los cuales deben incluir datos tanto ónticos como sociológicos, y naturalmente sin que quepa transformar a tales datos *eo ipso* en conceptos jurídicos. Como advierte *Zaffaroni* PG² 2002, 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) y porque si “toda disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, (entonces) no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos”, ya que si dejara de hacerlo, entonces “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 la necesidad de tener en cuenta y de respetar también los datos *sociales* en la construcción de los conceptos jurídicos, véase *Zaffaroni* PG² 2002, pp. 22 ss., porque de lo contrario, se “terminaría creando una sociología falsa, con una realidad social ajena incluso a la experiencia cotidiana, una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo” (p. 22), y porque a consecuencia de esto, se acabará proponiendo finalmente nada más que “la *ilusión de solución de gravísimos problemas sociales* que en la realidad no resuelve sino que, por el contrario, generalmente potencia” y, en definitiva, introduciendo un discurso cuyos efectos no son en absoluto inofensivos, “puesto que la ilusión de solución *neutraliza o paraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces*” (p. 24, las cursivas son del propio *Zaffaroni*). Además, véase en sentido parecido *Schünemann*, *Unterlassungsdelikte* 1971, pp. 36 ss.: “como en la formación jurídica de conceptos no se modifica la realidad misma, sino solo *sectores* de la realidad, los conceptos jurídicos deben formarse igualmente *ajustados a la realidad* (entendiéndose por realidad no sólo la psicofísica, sino también los datos socioculturales preexistentes propios del Derecho)”, y de tal modo que “la *consecuencia jurídica* se deduzca directamente de la *observación* del substrato” (p. 38, las cursivas son del propio *Schünemann*). En el mismo sentido que los autores citados, véanse mis propias consideraciones en *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, pp. 55 ss.: “un desconocimiento de los datos previamente dados que se destacan como esenciales para una regulación, sí impide que la regulación propuesta pueda alcanzar su fin, pues en tal caso se muestra objetivamente errónea, contradictoria e incompleta” (p. 56), y *Gracia Martín* Fundamentos 2006, pp. 79 ss.: “si la materia configurada por los datos ónticos emergentes ... fuera una que no se correspondiera con el objeto sobre el que se proyecta la regulación pretendida, entonces o no será ya posible llevar a cabo la regulación por falta de objeto, o bien será imposible que la misma pueda alcanzar su fin al ser aplicada a un objeto inapropiado” (p. 80). Sobre la frustración del fin de la regulación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas como consecuencia de ser una construida sin respeto a los datos de la realidad, y sobre lo cual se volverá más adelante, véase ahora *R. Schmitt* FS Lange 1976, p. 885; *Stratenwerth* FS R. Schmitt 1992, pp. 300 ss.; *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 14 s.

¹⁴⁰ Como ya se dijo, y ahora se insiste en ello, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 404 s., advierte con razón e invocando la famosa frase de *von Kirchmann*, que la fundamentación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede tener lugar si se “envían a la papelería bibliotecas enteras de literatura jurídica” (p. 404).

¹⁴¹ Así, respecto de la construcción de la “responsabilidad” de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, véase el acertado criterio de *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421).

particular en el Derecho civil, se comprueba fácilmente que también la Dogmática de éste sector jurídico, igual que la teoría general del Derecho, no ve ni en la adquisición de derechos subjetivos por la persona jurídica ni en todo aquello por lo que se la puede hacer responsable nada más que hechos *ajenos* —nunca *proprios*— que, por esto mismo, solo le pueden ser jurídicamente *imputados*. Es más, en el Derecho civil, lo que se imputa “objetivamente” a la persona jurídica no son nada más que los *efectos jurídicos* de la acción ajena de quien haya actuado válidamente como órgano o representante suyo¹⁴², pero en ningún caso se le imputa *la voluntad* —ni siquiera la *negocial*— del sujeto individual de la acción. Y así, como explican *Lacruz/Delgado* “no es concebible que los hombres que actúen por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad”, pues “es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la *representación*”¹⁴³. Ahora bien, como sostienen también los civilistas citados, en los negocios representativos —los concluidos entre el representante, en nombre del representado, con el tercero—, las voluntades del representado y del representante, aunque concurrentes ambas, en ningún caso se mezclan ni confunden, pues si bien en tales negocios una y otra se unen entre sí funcionalmente, esto en nada afecta al dato real de que ambas sean y permanezcan “autónomas desde el punto de vista estructural”, y en todo caso, en el negocio representativo, es el representante el que “aporta la voluntad de contenido” que es la “más ostensible”, porque es la “dirigida a determinar el contenido efectual del negocio”¹⁴⁴, mientras que la presencia y la voluntad del representado son meramente virtuales, es decir, sólo están presentes en el modo de una *contemplatio domini*¹⁴⁵. Más allá de la imputación de los efectos del negocio representativo, la persona jurídica está sujeta a una responsabilidad *civil* incluso por los daños causados por los hechos delictivos cometidos por sus órganos y por sus dependientes en general. Y así, por ejemplo, en el Derecho español, el art. 120.4º CP establece la responsabilidad civil de “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”¹⁴⁶. Pero aún siendo esta responsabilidad de naturaleza *civil*, no hay duda de que, también en este orden jurídico, en ningún caso es una por el hecho propio, sino que se trata más bien de una responsabilidad de tipo *objetivo y por el hecho ajeno*¹⁴⁷ que en ningún caso tiene ni podría tener su *fundamento* ni en la voluntad de la acción ni en la culpabilidad mismas del autor del hecho¹⁴⁸, las cuales en ningún caso son ni podrían ser imputadas a la persona jurídica, sino que lo tiene, como lo explica *Kelsen*, en la *relación jurídica* existente entre aquél y ésta, es decir, en una situación jurídica que se la mire por donde se la mire, en ningún caso puede identificarse con ningún concepto de acción ni con ninguno de culpabilidad en el sentido del Derecho penal¹⁴⁹.

¹⁴² Véase *Lacruz/Delgado*, Elementos I-3^{3º} 2005, p. 274.

¹⁴³ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2^{6º} 2010, p. 281.

¹⁴⁴ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-3^{3º} 2005, p. 281.

¹⁴⁵ Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-3^{3º} 2005, p. 286.

¹⁴⁶ Reflexiónese sobre la identidad de contenido y de estructura de este precepto con los del art. 31 bis.

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, *Santos Briz* Responsabilidad civil 1970, pp. 331 ss., 361 ss. y 375 ss.; *Gracia Martín* Responsabilidad 1986, pp. 108 ss.; *Alastuey* Tratado 2006, pp. 635 ss.; *Lacruz/Luna* Elementos I-2^{2º} 1990, pp. 275 ss.; *Lacruz/Rivero* Elementos II-2^{4º} 2009, pp. 502 ss.

¹⁴⁸ Lo que resulta obvio y palmario en el caso previsto en el art. 31 bis de la responsabilidad de la persona jurídica cuando no se ha identificado al autor del hecho o éste obró sin culpabilidad, lo cual es la prueba evidente de que por mucho que a dicha responsabilidad se la quiera denominar “penal”, materialmente no tiene ni puede tener otra naturaleza jurídica que no sean las de carácter *civil* o la *administrativo no sancionadora*; en el mismo sentido, véase *Robles Planas* Diario La Ley nº 7705 de 29 Sep. 2011, pp. 12 ss.

¹⁴⁹ Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 80 ss.: “el sujeto del deber jurídico, o legalmente obligado, es el capaz de obedecer o desobedecer la norma de derecho, es decir, aquel cuya conducta, en cuanto acto antijurídico, es condición

VI. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo

1. Volviendo a la crítica de las opiniones de Zugaldía y de Gómez Tomillo, que aquí se han seleccionado como representativas de las muchas que circulan por la doctrina penal con el mismo o parecido contenido, la afirmación de estos autores de que a la persona jurídica se le reconoce capacidad de acción y de culpabilidad en el Derecho sancionador administrativo, carece del mínimo fundamento, como resulta de un riguroso estudio y análisis de la mejor y más cualificada doctrina iusadministrativa, la cual por lo demás, y como debe ser desde el punto de vista científico, para nada se encuentra desligada de los saberes de la teoría general del Derecho y del Derecho civil. Es cierto que en el plano de la legislación, todos los ordenamientos jurídicos vienen admitiendo desde antiguo y establecen positivamente una responsabilidad de las personas jurídicas en el orden sancionador *administrativo*. Así, por ejemplo, en la legislación española, el art. 130.1 de la LRJAPPC establece con carácter y alcance generales para todo el ordenamiento jurídico sancionador administrativo que “podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las *personas físicas y jurídicas* que resulten responsables de los mismos”. Es cierto también que por *alguna* doctrina y por la jurisprudencia españolas se ha venido admitiendo desde antiguo la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones administrativas¹⁵⁰, pero ya no es cierto que tal postura sea unánime e indiscutida, y en mi opinión ni siquiera que sea la postura mayoritaria¹⁵¹. Por otro lado, dentro de la doctrina iusadministrativa que dice admitirla, las divergencias respecto a su fundamento y a su estructura jurídica son tan profundas e incompatibles conceptualmente, que permiten poner en duda que, al menos algunas de las opiniones que se manifiestan en principio como favorables tengan realmente este signo y no, más bien, el contrario si, más allá de la nomenclatura utilizada, se atiende a las construcciones dogmáticas y a los conceptos realmente formulados¹⁵². En todo caso, la doctrina iusadministrativa más rigurosa y más altamente cualificada, *niega* con la mayor contundencia la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica también en ese orden sancionador. Por esta razón, el tratamiento de la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica no debe limitarse al campo de lo criminal, sino que debe extenderse también al de la sanción administrativa, pues en éste no sólo se plantea en idénticos términos que en aquél, sino que debe

de la sanción”, mientras que “*responsable* de tal acto es el individuo o son los individuos contra los cuales se dirige la sanción, aun cuando la condición para que la sanción se dirija contra él o contra ellos *no sea su conducta propia*, sino la *relación jurídica* que tienen con el autor” (pp. 80 s.); de este modo “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); además, véase Kelsen Teoría pura 1979, pp. 189 ss., y en el mismo sentido, y en concreto en relación con la responsabilidad civil del empresario, Lacruz/Rivero Elementos II-2⁴ 2009, pp. 500 y 502 ss.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, Montoro Puerto Infracción 1965, pp. 143 y ss.; Gómez Tomillo Derecho sancionador 2008, pp. 236 ss.; sobre la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito de las infracciones administrativas en el orden laboral véase, por ejemplo, Del Rey Guanter Potestad sancionadora 1990, pp. 72 s., 130 ss., y la jurisprudencia de ese orden que cita especialmente en nota 123 de p. 72; García Blasco Infracciones 1989, pp. 57 ss.; y para el ámbito de la infracción tributaria administrativa, véase Pérez Royo Delitos 1986, pp. 280 ss. y Zornoza Sistema 1992, pp. 181 ss.

¹⁵¹ Véase sobre todo Gracia Martín Personas jurídicas 1986, pp. 45, 48 s., 69 ss.; *el mismo*, Tratado 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; *el mismo*, Lecciones⁴ 2012, pp. 216 ss.; Fuster Asencio, Procedimiento sancionador 2001, p. 106; Navarro Cardoso Infracción administrativa 2001, p. 67; y en el mismo sentido, Robles Planas Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 8; en la doctrina peruana, véase en el mismo sentido Meini Méndez, Responsabilidad 1999, p. 141.

¹⁵² Véase, por ejemplo, Alejandro Nieto Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 421 ss.: “en algunas de sus manifestaciones el Derecho Administrativo Sancionador parece estar dejando atrás las aguas del Derecho penal y adentrándose en las de la *responsabilidad civil*” (loc. cit., p. 421, subrayado mío).

resolverse también de la misma manera. Esto es y debe ser así para todo el que, como es mi caso, entienda que *todo* Derecho sancionador sin una sola excepción, y en particular el llamado administrativo, tiene idéntica naturaleza que el penal criminal¹⁵³, porque ambos son manifestaciones de un único y mismo poder punitivo (*Strafgewalt*) que es distinto del poder coercitivo (*Zwangsgewalt*)¹⁵⁴ en el sentido de la fructífera diferenciación de ambos que debemos a *Otto Mayer*¹⁵⁵. Las sanciones administrativas deben estar sometidas a los mismos e idénticos principios y garantías de la penal criminal, y *sin la mínima flexibilización*, no sólo en razón de la *identidad* material entre ambas (y entre sus respectivos supuestos de hecho) y en razón de la identidad del *poder* que las aplica (*punitivo*)¹⁵⁶, sino también por exigencias ético-políticas y por la urgente necesidad de someter al Derecho el ejercicio de semejante poder —en mi opinión originariamente *judicial*— delegado en las autoridades y funcionarios de la Administración, toda vez que la realidad cotidiana nos prueba y demuestra que en éste ámbito el poder punitivo ha alcanzado un máximo y difícilmente superable grado de corrupción, y también que su ejercicio real se practica sin sujeción al Derecho de un modo completamente arbitrario y, en definitiva, *salvaje*, entendiendo esto en el sentido de no sujeción de hecho a ninguna regla¹⁵⁷. Por todo esto, el estudio y el desarrollo doctrinales de la posible o imposible responsabilidad penal de las personas jurídicas compete en idéntica medida a penalistas y a iusadministrativistas.

2. Se la mire por donde se la mire, la interpretación que hace *Gómez Tomillo* del concepto de acción de *Roxin* “como manifestación de la personalidad” para luego pretender fundamentar a partir de él la capacidad de acción de la persona jurídica es absolutamente contradictoria e insostenible¹⁵⁸. Ya el mismo *Roxin* rechaza la capacidad de acción de la persona jurídica a partir precisamente de su propio concepto porque “dado que les falta una substancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas”¹⁵⁹. Pero dado que en la edición de la Parte General de *Roxin* que cita *Gómez Tomillo* —la traducción de la 2ª edición alemana, de 1994—, aquél concluía su exposición de las opiniones favorables a la capacidad de acción de las personas jurídicas con la indicación de que habría “que esperar a ver como sigue evolucionando la discusión”¹⁶⁰, el autor español cree poder deducir de esto que *Roxin* dejó ahí la cuestión abierta en el sentido de que a la vista de tal evolución de la discusión, pudiera llegar a aceptar en el futuro la capacidad de acción de la persona jurídica¹⁶¹. Esta interpretación de *Gómez Tomillo* es, sin embargo, completamente desafortunada, pues no se ve cómo el concepto de “manifestación de la personalidad” de *Roxin* podría asimilar a cualquier substrato carente de substancia psíquico-espiritual que pudiera ser propuesto por cualquier nuevo concepto de acción para la persona jurídica, como lo demuestra que en su última edición de 2006 *Roxin* continúe rechazando por la misma razón, y sin ninguna variación, la incapacidad de acción de la persona jurídica, y que tras haber observado

¹⁵³ Así la doctrina mayoritaria, véase por todos *Cerezo Mir* PG I⁶ 2004, pp. 56 ss.; por el contrario, en la doctrina iusadministrativa, entiende que el Derecho *administrativo* sancionador tiene autonomía y naturaleza distinta a la del penal, y que por ello debe regirse por otros principios, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, 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.

¹⁵⁴ En el mismo sentido *Zaffaroni* PG² 2002, pp. 48 ss. y 214 ss.

¹⁵⁵ Véase *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht* 1³ 1924, pp. 213 ss.

¹⁵⁶ En el mismo sentido *Zaffaroni* PG² 2002, pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss., y 177 ss.

¹⁵⁷ Sobre ello, en general, véase *Zaffaroni* PG² 2002, pp. 177 ss.; y en particular sobre el panorama del “Derecho” sancionador administrativo español y de su ejercicio cotidiano, véanse las ciertamente sobrecogedoras pero absolutamente realistas descripciones y estimaciones de *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 26 ss.

¹⁵⁸ Véase *Gómez Tomillo* Introducción 2010, pp. 47 s.

¹⁵⁹ Véase *Roxin* AT I⁴ 2006, § 8 C n° 59, p. 262.

¹⁶⁰ Véase *Roxin* PG I² 1997, § 8 n° 56c *in fine*, p. 260.

¹⁶¹ Véase *Gómez Tomillo* Introducción 2010, p. 48.

aquella evolución durante los 11 años transcurridos entre ambas ediciones, haya suprimido la invitación a esperar a la evolución de la discusión¹⁶². Por lo demás, que a partir de un concepto de acción como “manifestación de la personalidad” no es posible derivar ni explicar ninguna capacidad de acción de la persona jurídica, lo confirma ahora con razón *Luzón Peña*, al negar dicha capacidad con base en su muy similar concepto de acción como “manifestación externa activa o pasiva de una voluntad”¹⁶³. Pero por otra parte, y esto es lo que interesa para la crítica que ahora estoy desarrollando, a *Gómez Tomillo* le sorprende¹⁶⁴, y cree que es una contradicción, que pese a que *Roxin* considera que existe una gran proximidad entre el Derecho penal y el sancionador administrativo, sostenga luego, sin embargo, que en el ámbito de las contravenciones sea posible aplicar “sanciones” sin necesidad de la concurrencia de una acción¹⁶⁵. Sin embargo, ni hay motivo alguno para sorprenderse ni tampoco —esto aún menos— para ver contradicción alguna en la postura de *Roxin*. En primer lugar, porque *Roxin* sostiene expresamente que la multa para personas jurídicas del § 30 OWiG no es más que una “consecuencia accesorias”¹⁶⁶, y este tipo de consecuencias no tiene naturaleza ni finalidad propiamente “sancionadoras”, por lo cual la realización de una acción —aunque haya tenido lugar— no es elemento constitutivo del supuesto de hecho habilitante de su aplicación, porque éste no está constituido más que por estados o situaciones objetivamente contrarias a Derecho (enriquecimiento injusto, peligrosidad objetiva de la cosa, defecto de organización, etc.)¹⁶⁷. Pero es que, en segundo lugar, si bien *Roxin* no entra en detalles, su postura no sólo es plenamente acertada, sino que es también absolutamente coherente porque en realidad, como resulta del saber que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del administrativo, al supuesto de hecho de la “responsabilidad” —y aquí por cierto tanto de la persona jurídica como de la física— no siempre pertenecen como elementos constitutivos ni la realización de una acción ni tampoco —esto aún menos— la culpabilidad del autor de la infracción. Con esto, paso ahora ya a desvirtuar definitivamente las infundadas opiniones de *Zugaldía* y de *Gómez Tomillo* sobre el reconocimiento de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo.

3. En particular *Gómez Tomillo*, se decanta por rechazar a cierta doctrina iusadministrativa —y por cierto, la de mayor prestigio y rigor científicos— que niega la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica también en el Derecho sancionador administrativo, y que considera consecuentemente que la responsabilidad de aquélla es una de tipo “objetivo”. Y la rechaza, por un lado, porque en su opinión, prescindir de la culpabilidad podría suponer una “inaceptable afección del principio de proporcionalidad” y podría también “plantear problemas desde el punto de vista del principio de igualdad”¹⁶⁸, y por otro lado, porque así “se incidiría en una responsabilidad por el riesgo que tiene su fundamento en el ámbito del Derecho civil, pero que carece de sentido en un Derecho de carácter punitivo”¹⁶⁹. Estos argumentos de *Gómez Tomillo*, sin embargo, son sumamente desafortunados. Los primeros porque

¹⁶² Véase *Roxin* AT I⁴ 2006, § 8 C n° 59, p. 262 y § 8 C n° 63, p. 263.

¹⁶³ Véase *Luzón Peña*, PG-Lecciones, 2ª ed., pp. 137 ss., y especialmente pp. 152 s.

¹⁶⁴ Véase *Gómez Tomillo* Introducción 2010, pp. 48 s. y nota 76.

¹⁶⁵ Véase *Roxin* AT I⁴ 2006, § 2 O n° 133, p. 59 y § 8 C n° 60, p. 263.

¹⁶⁶ Véase *Roxin* AT I⁴ 2006, § 8 C n° 60, p. 263.

¹⁶⁷ Sobre todo esto, véase ampliamente *Gracia Martín*, Personas jurídicas 1996, pp. 69 ss.; *el mismo*, en Tratado 2006, pp. 552 ss., 576 s. y 580 ss.; *el mismo*, en Lecciones⁴ 2012, pp. 201 ss. y 216 ss.; y en sentido próximo *Robles Planas* Diario La Ley n° 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s. y 12 ss.

¹⁶⁸ Véase *Gómez Tomillo*, Introducción 2010, p. 99.

¹⁶⁹ Véase *Gómez Tomillo*, Introducción 2010, p. 100.

como tan documentadamente ha demostrado *Schünemann*, según ya se vio más atrás¹⁷⁰, es precisamente la pretensión de fundamentar una acción, una culpabilidad y una pena para la persona jurídica lo que —justo al revés de lo que cree *Gómez Tomillo*— sí vulnera los principios de proporcionalidad e igualdad. De esto no puedo ocuparme aquí ahora. En cambio, sí voy a hacerlo, aunque sea brevemente, de la segunda de las razones esgrimidas por *Gómez Tomillo*, porque sin la menor duda tiene toda la razón cuando afirma que prescindir de la culpabilidad de la persona jurídica nos llevaría al *Derecho civil*, y porque esto es precisamente lo que sin la menor duda *debe ser*. Y si aquí sí que tiene *Gómez Tomillo* toda la razón es porque es evidente y cierto que eso sólo es lo que se puede hacer respecto de la persona jurídica, es decir: imputarle una responsabilidad de tipo “objetivo” estricta y exclusivamente *civil* —y en su caso, también administrativa “no sancionadora”—; porque como con una gracia no exenta de ironía y, en cualquier caso, de un modo que no dudo en calificar de “genial”, ha afirmado el magnífico y brillante joven colega *Víctor Gómez Martín*, “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”¹⁷¹. Todo esto se explica bien si no se pasan por alto ciertos importantes conocimientos que proporciona el saber jurídico.

4. Partiendo de la premisa —es que no hay otra posible— de la absoluta imposibilidad de fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas¹⁷², advierte *Alejandro Nieto* que respecto de ellas el Derecho administrativo sancionador se vería en principio abocado a optar por estas tres alternativas: *a*) a no poder sancionar nunca a una persona jurídica¹⁷³; *b*) a tener que “modular” el principio y el concepto de culpabilidad para poder así afirmar la concurrencia de ésta en la persona jurídica y poder así aplicarle la sanción sin violentar aquél principio¹⁷⁴; y *c*) a negar la vigencia del principio de culpabilidad en éste ámbito sancionador, y a reconocer en consecuencia que en él rige un tipo de responsabilidad objetiva¹⁷⁵. La primera de las alternativas no parece viable en absoluto, pues está en abierta contradicción con la legislación y con una inveterada y copiosa praxis jurídica que sanciona desde siempre a las personas jurídicas con base en dicha legislación¹⁷⁶. Pero la segunda alternativa, que es por la que se ha decantado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, incluida la constitucional, es una que cuando se intenta poner en práctica agrava considerablemente el problema por la sencilla razón de que la misma es una de imposible realización. En efecto, ya que todas las “modulaciones” del concepto de culpabilidad que se han formulado por doctrina y jurisprudencia, y cualquiera otra que quisiera intentarse, en realidad no dan lugar más que a una completa aniquilación del concepto de culpabilidad¹⁷⁷, pues por mucho que se quiera seguir llamando así a cualquiera de los

¹⁷⁰ Vid. *supra* nota 98.

¹⁷¹ Véase *Gómez Martín* Falsa alarma 2012, p. 383 (cursivas mías).

¹⁷² Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 391, 402.

¹⁷³ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 393 y 414.

¹⁷⁴ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 393.

¹⁷⁵ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 402 s., 415 s. y 418 ss.

¹⁷⁶ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 395 ss. y 414.

¹⁷⁷ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 398, pues 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”, pues “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 de tal modo que la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”.

resultados de la modulación, en ellos empero —en palabras de *Alejandro Nieto*— no cabe ver nada más que “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”¹⁷⁸.

5. a) Descartadas, pues, las dos alternativas expuestas, *Alejandro Nieto* se decanta decididamente por la tercera, y llega a la conclusión de que en el tema que nos ocupa, optar por la “responsabilidad objetiva [sic. en el Derecho sancionador administrativo] no debiera, por tanto, escandalizar a nadie, pues no supone una agresión a una sociedad democrática, [sino que] antes al contrario, [supone] un robustecimiento efectivo del Estado social”¹⁷⁹. Sin duda, ésta es, a mi juicio, la única vía posible y correcta para resolver la cuestión de la “responsabilidad” de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones administrativas por las personas físicas que actúan para ella. Como indica el eximio administrativista español, “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*”, o bien, 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’”¹⁸⁰. Pero —pregunta— “¿qué necesidad hay de hablar de culpabilidad —un fenómeno psíquico rigurosamente personal— cuando estamos ante una infracción cometida por una empresa?”¹⁸¹. A la vista de cómo está el panorama actual de la doctrina jurídica, no es de extrañar que *Alejandro Nieto* piense en que su propuesta de reconocer de plano y sin ambages una responsabilidad “objetiva” derivada de la comisión de infracciones penales y administrativas pueda ser tachada por algunos “de inadmisibles herejías constitucionales”¹⁸², y probablemente así sucederá. Sin embargo, frente a esto hay que decir que no sería precisamente a su tesis, sino que, al contrario, deberá ser a toda crítica que se haga de la misma desde la ignorancia o desde el desprecio del saber jurídico que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas de los Derechos privado y público, a lo que legítima y realmente *sí* se lo tendrá que tachar de herejía o de algo peor. Pues a mi juicio, en la construcción que propone *Alejandro Nieto* no debiera verse una de naturaleza *sancionadora*, sino más bien una plural con estructuras del Derecho *civil* y del *administrativo coercitivo* e incluso de las llamadas potestades administrativas ablatorias¹⁸³, pues evocando de nuevo la graciosa y genial metáfora de *Víctor Gómez Martín*, más atrás expuesta, ninguna duda puede haber acerca de que las personas jurídicas —incluidas las naturales cuando no se las contempla como seres humanos, sino como “personas”— en ningún caso pueden ser ovejas expuestas a los lobos punitivos y sancionatorios, sino única y exclusivamente ovejas de una raza mixta civil y administrativa, que únicamente pueden morar y pastar en los rediles y en los prados del Derecho civil y del administrativo.

¹⁷⁸ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 393, 338, 402 y 427; donde habla del “atajo hipócrita de considerar que la inobservancia es una variante de imprudencia” (p. 338); literalmente de “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia” (p. 402), y de que “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable” (p. 427), refiriéndose aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la *culpa in eligendo* y a la *in vigilando*, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad; sobre ello véase *Gracia Martín*, Responsabilidad 1986, pp. 113 ss. y cfr. *supra* en IV.4., las descalificaciones que dirige *Nieto* a todos los intentos de configurar un concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

¹⁷⁹ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 425 (corchetes añadidos por mí).

¹⁸⁰ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 402.

¹⁸¹ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 415, donde advierte sobre que exigir la culpabilidad de la persona jurídica lleva a “imputaciones arbitrarias” que fuerzan a “colgar a alguien el título de culpable”.

¹⁸² Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 426.

¹⁸³ Como vengo sosteniendo desde hace años; véase *Gracia Martín*, Responsabilidad 1986, pp. 103 ss.; véase además *supra* nota 168.

b) No veo claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica que *Alejandro Nieto* atribuye a la responsabilidad de la persona jurídica¹⁸⁴, pero sí —y esto es lo decisivo— que su tesis está sólidamente fundada en los saberes jurídicos que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho privado y público, a los cuales remite de un modo expreso e inequívoco y con una llamada de atención acerca de que en este campo la estructura de la construcción jurídica es una de naturaleza más bien *civil* que sancionadora o punitiva¹⁸⁵. Por otra parte, el eje de la construcción de *Alejandro Nieto* lo constituye la importante —pero tan ignorada— distinción de la teoría general del Derecho entre “culpabilidad” y “responsabilidad”¹⁸⁶. “Esto que parece tan elemental a los juristas” —dice— “se pasa por alto en el Derecho Administrativo Sancionador, cuyo error consiste en no acertar a separar las figuras de autoría y responsabilidad”¹⁸⁷. Conforme a esta distinción básica en la teoría general del Derecho, por diversas razones puede ser que el autor de una infracción no sea responsable, mientras que, a la inversa, es posible hacer responsable a un sujeto que ni siquiera haya realizado la infracción ni haya participado en ella. Ahora bien, debería estar fuera de toda duda que una estructura o figura de responsabilidad de esta clase sólo puede tener una naturaleza civil o administrativa, y en modo alguno una de carácter sancionador. Con esto, sin embargo, a *Gómez Tomillo*, no le quedan otras salidas que o bien la de aceptar lo que él parece querer rechazar y evitar, es decir, que como no puede ser de otro modo, aquí estamos ante una responsabilidad objetiva inequívocamente civil, o bien, si quiere poder continuar afirmando una culpabilidad de la persona jurídica, desvirtuar con argumentos científicamente rigurosos a esta importante distinción entre culpabilidad y responsabilidad en el sentido expuesto, y en el que, para terminar, se desarrolla a continuación.

VII. Acción (infracción), culpabilidad y responsabilidad

1. Efectivamente, como ha dicho *Alejandro Nieto*, es un error muy grave ignorar o pasar por alto la fundamental distinción entre “culpabilidad” y “responsabilidad”, formulada en primera instancia por la teoría general del Derecho¹⁸⁸, y aceptada y

¹⁸⁴ Aunque en el desarrollo de su tesis *Alejandro Nieto* habla constantemente de “infracción” y de “sanción”, en algún momento, sin embargo, plantea la cuestión de si a la vista de los presupuestos y del régimen jurídico peculiares de algunas figuras de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador, podríamos estar en presencia de una “difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción”; véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 351.

¹⁸⁵ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 421 s., donde apela a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421). De hecho, los títulos de imputación objetiva que menciona *Nieto* (loc. cit., p. 42), 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^o 2010, p. 280, quienes mencionan como títulos de imputación el principio *ubi commodum, ibi periculum*; en el mismo sentido, *Lacruz/Rivero* Elementos II-2^o 2009, 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 2006, 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).

¹⁸⁶ Sobre ella, por ahora, véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 414 ss. y especialmente pp. 421 s. El mismo valor y sentido jurídicos tiene la distinción entre “deuda” y “responsabilidad”; véase al respecto *Díez Picazo* Fundamentos 1970, 329 s.

¹⁸⁷ En este sentido *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 422.

¹⁸⁸ Sobre ella, véase extensamente la brillante construcción y exposición de *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 75 ss.;

normalmente operativa en diferentes ámbitos jurídicos específicos¹⁸⁹. Mientras que el término “responsabilidad” es multívoco y remite en concreto a significados jurídicos muy distintos y variados¹⁹⁰, el concepto de “culpabilidad” tiene un significado relativamente preciso y unívoco. Sea cual sea la concepción o la teoría que se sustente sobre ella, la idea de culpabilidad remite siempre, desde el momento inicial en que se piensa, hasta el último en que se comprueba y verifica su presencia, a un juicio, ya sea éste descriptivo o normativo, sobre un sujeto humano individual¹⁹¹ a causa de algo

véase también *Nino* Introducción² 1984, pp. 184 ss.

¹⁸⁹ Así, en el Derecho francés goza de una gran tradición la figura denominada como *responsabilité pénale du fait d'autrui*, también llamada *responsabilité du chef d'entreprise*, la cual, pese a su denominación, y según la doctrina francesa, no es más que una clase de responsabilidad *civil* del jefe o del encargado de la empresa que opera como garantía de la ejecución de la pena de multa impuesta al autor material de la infracción; véanse los clásicos trabajos de *Bonnard* *Infracciones intentionnelles* 1978, pp. 12 ss. y *Cartier* *Responsabilité du chef d'entreprise* 1977, pp. 46 s. Lo mismo cabe decir respecto de la llamada *responsabilità per fatto altrui* del Derecho italiano; véase el clásico trabajo de *Pettoello Mantovani* *Responsabilità per fatto altrui* 1962, pp. 23 y 51 ss. Sobre estas figuras, véase *Gracia Martín* *Actuar I* 1985, pp. 49 ss. A este modelo de responsabilidad respondía el deber de pago de la multa impuesta al autor por la persona jurídica, que establecía el derogado apartado 2 del art. 31 CP; véase al respecto, *Gracia Martín* *Diccionario* 2008, pp. 818 ss.; en el mismo sentido *Alastuey* *Tratado* 2006, pp. 632 s.; también *Silva Sánchez/Ortiz de Urbina* *InDret* 2/2006, pp. 11 s. y 20 ss.

¹⁹⁰ Sobre la amplitud de significados del término “responsabilidad”, véase por ejemplo *Nino*, *Introducción*², 1984, pp. 184 ss.

¹⁹¹ 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* 2005, pp. 83 s., afirma y 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 en todo caso por objeto 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* *Estudios*³ 1990, pp. 175 ss., o con el de la “capacidad de motivación normal por las normas jurídicas”, de *Mir Puig* *Estado social* 1994, pp. 85 ss. y *PG*⁹ 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* 2005, 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* 2005, 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 y 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. *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 (lug. 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

hecho *por él mismo* o que está presente *en él mismo* y *porque* las condiciones y la razones del juicio están dadas también *en él mismo*; en fin, de todos los aspectos y matices de la culpabilidad, el que aquí interesa destacar es que ella está ligada de modo esencial e indisoluble a la *autoría del hecho propio* y, por consiguiente, que no es concebible —y si lo fuera sería absolutamente inadmisibile— una culpabilidad de nadie por el hecho realizado por un sujeto distinto¹⁹²; de aquí deriva *eo ipso* que la consecuencia jurídica con que puede responderse a la culpabilidad —la pena— tiene que ser forzosamente *personal*, es decir, que sólo puede aplicarse al *autor* del hecho que él mismo, y sólo él, ha realizado culpablemente¹⁹³.

2. De los diferentes significados que tiene el término “responsabilidad”, interesa aquí el de “responder” de las posibles “consecuencias” de un hecho, entre las cuales hay que contar incluso el cumplimiento o satisfacción de la sanción. En este sentido, responsabilidad significa hacerse cargo y soportar sobre sí mismo las consecuencias de un hecho; en relación con los hechos ilícitos, responsable es aquél “que ‘responde’ de las consecuencias del ilícito (en primer término una sanción administrativa)”¹⁹⁴. Mientras que la culpabilidad, como se ha dicho, va siempre ligada al autor del hecho, la responsabilidad por las consecuencias puede recaer en un sujeto distinto y que ni siquiera haya participado en el hecho¹⁹⁵. La culpabilidad se contrae siempre al hecho propio y es subjetiva o personal, pero la responsabilidad puede ser objetiva y por el hecho de otro¹⁹⁶. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, substrato de la culpabilidad es únicamente el ser humano, y por esto toda responsabilidad por la culpabilidad es siempre personal (subjetiva) y por el hecho propio. Por el contrario, la responsabilidad por el hecho de otro es una completamente desvinculada de la culpabilidad y es, por

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”, tendrá que ser la “misma” para la persona jurídica y para la natural, pero entonces ya no puede 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 persona natural (en sentido similar, véase sólo *Roxin AT I*⁴ 2006 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 una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad”), y resulta absurdo buscar un ya completamente innecesario e inútil equivalente funcional de la culpabilidad para la persona jurídica. Mas allá de esto, aún hay que decir que el concepto de “equivalente funcional” ni mucho menos remite siempre a una auténtica semejanza ni analogía de los términos que se completan 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, sino que pueden ser completamente distintos. 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 PG*² 2002, pp. 659 s.

¹⁹² Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 82: “la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por una persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste”.

¹⁹³ Véase, por ejemplo, *Mir Puig RECPC* 06-01 (2004), p. 9: “el principio de personalidad de la pena es también consecuencia del principio de culpabilidad: solo puede imponerse una pena al culpable del hecho”.

¹⁹⁴ Véase *Alejandro Nieto Derecho sancionador*⁵ 2012, p. 426.

¹⁹⁵ Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 77 ss.; *Nino* Introducción² 1984, pp. 187 ss.; *Alejandro Nieto Derecho sancionador*⁵ 2012, pp. 414 ss.; *Gracia Martín Diccionario* 2008, pp. 818 ss.; *el mismo*, Lecciones⁴ 2012, p. 218.

¹⁹⁶ Véase, por todos, *Alejandro Nieto Derecho sancionador*⁵ 2012, pp. 402, 418 ss. y nota anterior.

ello, siempre objetiva¹⁹⁷ o, como la llama *Kelsen*, absoluta¹⁹⁸, pues se traduce y concreta en una “obligación” que la ley le *imputa* a un sujeto jurídico distinto del autor de la infracción y, por lo tanto, el sujeto de ella ya no es el ser humano, sino la “persona”. Ahora bien, cuando la ley determina que el sujeto responsable sea el mismo autor del hecho, no por ello queda eliminada y sin efecto la distinción entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de la responsabilidad por el hecho propio el autor del hecho habrá tenido que ser necesariamente un ser humano que haya obrado culpablemente, pero este ser humano es al mismo tiempo el substrato de un sujeto jurídico, esto es, de una “persona”. Como advierte *Alejandro Nieto*, “se es responsable porque así lo declara la ley”¹⁹⁹, y la ley puede declarar que lo sea tanto un sujeto distinto como “el autor material directo”²⁰⁰. En los casos de responsabilidad por el hecho propio, aun a pesar de coincidir en un mismo sujeto la culpabilidad y la responsabilidad, debe continuar distinguiéndose entre una y otra por la simple razón de que, también aquí, el sujeto se ha manifestado y obrado en la doble condición de ser humano y de persona. En estos casos, pues, consecuentemente, en la “responsabilidad” del sujeto por su propio hecho hay que ver y distinguir un momento estrictamente *subjetivo* anclado en la culpabilidad del autor en su condición de ser humano, y que por esto mismo no es susceptible de “imputación” ni de “transferencia” a ningún otro sujeto, y otro momento *objetivo* respecto del cual el sujeto que entra en consideración es la “persona”, es decir, el sujeto jurídico capaz de imputación; un momento objetivo referido a las consecuencias del hecho, incluida la satisfacción de la sanción, respecto de las cuales pueden emanar “obligaciones” que, a diferencia de la culpabilidad, *sí* son ya susceptibles de imputación y de transferencia a un sujeto distinto contemplado también en su condición de “persona”, es decir, como sujeto capaz de “imputación jurídica”²⁰¹. Pero precisamente aquí, en lo que se refiere a este momento *objetivo* de la “responsabilidad” cuyas consecuencias específicas son susceptibles de transferencia o de imputación a un sujeto distinto del que ha realizado el hecho determinante, ya no estamos dentro de ningún campo jurídico *sancionador*, sino completamente inmersos en los ámbitos del Derecho civil o del Derecho administrativo no sancionador, esto es, coercitivo, policial o de la coacción directa.

3. Ahora bien, contra lo que pretende en la doctrina española *Gómez-Jara*, hay que decir que el sujeto del Derecho penal, como ya he demostrado ampliamente en otro lugar, no es en absoluto la “persona”²⁰², sino única y exclusivamente el ser humano empírico²⁰³. La distinción entre culpabilidad y responsabilidad corresponde precisamente a la distinción entre ser humano individual y persona, y en este sentido debe distinguirse entre el “sujeto de la acción” y el “sujeto de la imputación”²⁰⁴. Uno y otro podrán coincidir cuando el primero sea una persona natural, porque sus cualidades existenciales le permiten producir por sí y para sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados, y aun aquí, como acabo de explicar, también se tienen que distinguir entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de las personas jurídicas, en cambio, el sujeto de la acción y el de la imputación son siempre inexorablemente distintos, pues aquéllas sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas, que son siempre y necesariamente los sujetos de la acción.

¹⁹⁷ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 402, 416 y 425; *Nino* Introducción² 1984, p. 190.

¹⁹⁸ Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 82.

¹⁹⁹ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 419.

²⁰⁰ Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, p. 427.

²⁰¹ Cfr. sobre todo esto *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 75 s., y especialmente p. 79 s.

²⁰² Véase *Gómez-Jara* Culpabilidad 2005, pp. 219 ss.

²⁰³ Véase *Gracia Martín* Horizonte 2006, pp. 214 ss.

²⁰⁴ Véase al respecto, especialmente, la exposición de *Seiler* Strafrechtliche Massnahmen 1967, pp. 50 ss.

Ahora bien, a mi juicio, todo aquello que puede imputarse inmediatamente a la persona jurídica son sólo y exclusivamente los *efectos* objetivos y externos de la acción del órgano o del representante, por ejemplo los efectos jurídico-civiles del contrato celebrado inmediatamente por él en cuanto persona jurídica que la representa²⁰⁵, pero en ningún caso podrá serle imputada la voluntad de la acción ni el proceso de su formación, porque esto pertenece a la esfera individual del sujeto de la acción y es intransferible²⁰⁶. En este sentido, ya *Frank* advirtió claramente que lo que exclusivamente se imputa al representado (sic. a la persona jurídica) son las consecuencias jurídico-civiles del contrato, mientras que la responsabilidad penal, en cambio, es sólo de la incumbencia del que concluyó el contrato inmediatamente²⁰⁷. *Nagler*, por su parte, sostuvo que “las acciones del representante legal no se agotan, para la contemplación jurídica, en la producción de efectos en la esfera jurídica del representado” sino que “se desdoblán en actividades que tienen lugar dentro de las esferas vitales ajena y propia”. De esto resulta, según *Nagler*, 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, por lo tanto, la responsabilidad criminal, no pueden alcanzar en modo alguno al representado sino exclusivamente “al representante en cuanto individuo que actúa”²⁰⁸. Y *Rodríguez Mourullo*, en nuestra doctrina, advierte con razón, que “no es que la persona jurídica ‘concluya’ por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que se celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos”, y como “el fenómeno de la representación” –prosigue *Rodríguez Mourullo*– “no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito, para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena”²⁰⁹.

4. De todo cuanto se ha expuesto, pues, se tiene que deducir no sólo que la persona jurídica no es en absoluto capaz de acción; es que ni siquiera le pueden ser imputadas las *acciones reales* de sus órganos y representantes²¹⁰. Por lo tanto, carecen de todo fundamento todas las opiniones que, independientemente de cuál sea el modelo de responsabilidad de la persona jurídica del que digan partir, pretenden fundamentarla en cualquier mecanismo o criterio de “imputación” a la persona jurídica del hecho cometido por la persona física, pues todo lo que se puede imputar a la persona jurídica no es nada más que la “responsabilidad” misma y en virtud de que así lo establece la ley en razón y por el único fundamento de la *relación jurídica* existente entre ella y los sujetos que hayan cometido la infracción, y en ningún caso ni de modo alguno en razón de ninguna supuesta acción ni de ninguna supuesta culpabilidad propias de la persona jurídica que ni existen ni es posible construir si se respetan las reglas del pensamiento racional. La responsabilidad de la persona jurídica, nada tiene que ver con la responsabilidad personal o individual derivada de una acción u omisión culpable, sino que es una responsabilidad exclusivamente objetiva, absoluta, o vicaria de naturaleza exclusivamente civil o administrativa, incluida aquí la relacionada con el poder coercitivo administrativo para la prevención de peligros. Con esto, me reafirmo en las

²⁰⁵ Véase *Gracia Martín*, *Actuar I* 1985, pp. 8 s., 11.

²⁰⁶ En Derecho penal “sujeto de la imputación es el hombre, *si y en la medida en que actúa responsablemente*”, como afirma acertadamente *Maiwald ZStW* 1966, p. 54; y en el mismo sentido *Hardwig Zurechnung* 1957, pp. 117 s.

²⁰⁷ Véase *Frank ZStW* 1917, p. 31.

²⁰⁸ Véase *Nagler Teilnahme* 1903, p. 55.

²⁰⁹ Véase *Rodríguez Mourullo PG I*, pp. 228 ss.

²¹⁰ En el mismo sentido *Kelsen*, *Teoría general* 1995, pp. 79, 81 y 82.

tesis que al respecto formulé hace ahora casi 20 años, y muy particularmente me reafirmo del modo más contundente y absoluto frente a las aquí ya rechazadas como completamente infundadas e insostenibles críticas de *Zugaldía*, sobre las cuales aún me queda algo por decir en las conclusiones que siguen.

VIII. Conclusiones

1. Como queda dicho, a diferencia de la culpabilidad, la “responsabilidad” es multívoca y no sólo en lo estrictamente semántico²¹¹, pues incluso en el sentido estricto explicado de cargar con las consecuencias de un hecho y de tener que soportarlas, también se tiene que distinguir entre clases o tipos de responsabilidad, como por ejemplo: objetiva y subjetiva, directa o indirecta y subsidiaria, por hecho propio o por ajeno, mancomunada, solidaria, etc²¹². Estas diferentes clases de responsabilidad se han ido configurando a lo largo de la historia del Derecho como propias o típicas de uno o de varios sectores jurídicos específicos, y así como responsabilidad civil, administrativa, tributaria, penal, etc. Esta distribución es meramente formal en cuanto a la simple adscripción, pero desde el punto de vista de los *fundamentos* de la adscripción tiene sin la menor duda un sentido y un significado materiales. Contra lo que parece opinar el tan lamentable e injustamente perdido y malogrado colega alemán *Joachim Vogel*²¹³, la distribución e inserción precisas de cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad en el sector jurídico que le sea propio de acuerdo a su naturaleza, tiene la máxima importancia²¹⁴. Pues el sector de la realidad que se recorta y selecciona por el concepto jurídico con el que se trata de aprehenderlo para operar en esa realidad y así poder producir los efectos que se pretendan con él, tiene ya prefigurados en aquella misma realidad unos contenidos materiales determinados y una cierta estructura que no pueden ser en absoluto alterados o modificados ni con el modo de construcción del concepto, ni tampoco —esto mucho menos— con un etiquetamiento del realmente construido con una denominación inapropiada y hostil con la realidad subyacente a la que remite²¹⁵. Como todo saber, también el jurídico debe aspirar, a semejanza de la taxonomía, a ordenar claramente en un sistema clasificatorio a la diversidad de figuras jurídicas para hacer posible identificar y distinguir por sus características y propiedades materiales específicas —y además también por sus nombres no fungibles de acuerdo con un rígido Código de Nomenclatura— a cada uno de los diversos fenómenos jurídicos con relevancia jurídica; y distinguirlos —incluso de sus similares— para dar a cada uno el tratamiento jurídico adecuado y justo que debe posibilitar la producción de los efectos y alcanzar así los objetivos —por ejemplo políticocriminales— que se pretendan con cada uno. Pues como, recordando a Henkel, aleccionara hace ya algún tiempo *Enrique*

²¹¹ Véase *Nino* Introducción² 1984, pp. 184 ss. (puede usarse como asumir los deberes de un cargo, causar una catástrofe, ser capaz mentalmente, como cualidad moral, etc.)

²¹² Véase *Nino* Introducción² 1984, pp. 187 ss. Para las distintas figuras de responsabilidad por la comisión de infracciones en el Derecho administrativo (solidaria y subsidiaria), véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador⁵ 2012, pp. 378 ss.

²¹³ Véase *Vogel* StV 7/2012, pp. 430 s., quien sostuvo que 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 daños³.

²¹⁴ Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 4.

²¹⁵ Véase en este sentido *Zaffaroni* PG² 2002, p. 387: “no hay saber humano que no proceda *pescando* sus datos del mundo”, y p. 415: “se *pescan* pedazos del ser, se *recortan*” (cursivas del mismo autor citado); también *Schünemann*, *Unterlassungsdelikte* 1971, pp. 36 ss.

*Gimbernat*²¹⁶, *qui bene distinguit, bene iudicat*, y es obvio que no distingue bien, y por ello que tampoco juzga bien quien, ya sea consciente o inconscientemente, mezcla, confunde o intercambia a los elementos de un fenómeno con los de otro diferente y, por añadidura, llama al objeto de su mezcolanza con un nombre errado que en absoluto lo identifica, aumentando así la confusión y el desconcierto en la comunicación porque el nombre usado remite de inmediato a otro objeto completamente distinto del que se está denominando con el término errado²¹⁷.

2. Como ya se vio más atrás, mi estimado colega *Zugaldía* quiso objetar a mis propuestas de tipos o clases de reacciones jurídicas frente a personas jurídicas, que no obstante mi rechazo de la responsabilidad penal de éstas, yo acabo proponiendo todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador, y que esto, en su opinión, podría “hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”, toda vez que tras de haber fundamentado yo —según él, “jugando con las etiquetas”— que a las personas jurídicas “no se les puede imponer absolutamente de nada”, con mi propuesta “se les termina(ría) imponiendo absolutamente de todo”²¹⁸. Pero como tiene que resultar de todo lo dicho aquí, lo cual aún tendrá que ser desarrollado con mucho más detalle en el futuro, nada, absolutamente nada de lo que puede predicarse de la persona jurídica tiene ni de lejos naturaleza ni carácter “jurídicopenal”, y por lo ya razonado y documentado aquí de un modo más que suficiente por ahora, resulta absolutamente innecesario cualquier argumento adicional para desvirtuar lo que se desvirtúa por sí mismo y ha tenido que quedar claramente aún más desvirtuado con lo que se ha razonado aquí, a saber: que es sólo y precisamente la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo muy particular *Zugaldía*, y no quienes la rechazamos, la que realmente cuelga a las cosas etiquetas a todas luces inapropiadas²¹⁹. Por otra parte, y como también se vio, *Zugaldía* afirmó también en su crítica que mis razonamientos y construcciones discurrían de un modo metodológicamente equivocado o incorrecto²²⁰. Desde luego, no me compete a mí juzgar si el método de construcción jurídica de conceptos que sigo es o no el correcto, pues es evidente que mi juicio al respecto sería absolutamente positivo incluso dentro del margen de duda socrática que debe quedarle siempre a quien pretenda alcanzar algún conocimiento racional con una pretensión de mínima verdad. Pero lo que sí puedo afirmar, dado que esto ya no es una opinión, sino un hecho comprobable, es que con el método que sigo lo que no hago en ningún caso, porque así me lo enseñaron los grandes e insuperables maestros directos o indirectos de los que he aprendido lo poco que sé, es ni prescindir del *minimum minimorum* del saber jurídico válido y vigente, ni tampoco esquivar los argumentos contrarios a mis tesis siempre que éstos no tengan un carácter superficial. Así, pues, espero que mi apreciado colega *Zugaldía* responda a las contraobjeciones que aquí he formulado a sus reparos respecto de mi método, y también que responda a cuestiones respecto de las que en el transcurso de más de 20 años aún no ha dicho absolutamente nada que pueda ser asimilado por la Ciencia jurídica, como por ejemplo en qué consisten la acción y la culpabilidad *propias*

²¹⁶ Véase *Gimbernat Estudios*³ 1990, p. 217.

²¹⁷ Véase de nuevo *Schiinemann ZIS* 1/2014, p. 4: “se vulneran las reglas del habla racional cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes.”

²¹⁸ Véase *Zugaldía, CPC* (53) 1994, p. 622, si bien ahora, para *Zugaldía*, mi juego de etiquetas parece haberse convertido en “un alarde de logomaquia”; véase *Zugaldía Responsabilidad* 2013, p. 61.

²¹⁹ Y que esto es así, ni siquiera es preciso que lo planteemos quienes nos posicionamos en contra de tal doctrina, pues que para la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo que en definitiva importa es colgar la etiqueta de lo “penal”, esto es algo que con un gesto de sinceridad, ya lo ha confesado algún caracterizado defensor de la misma, como es el caso de *Vogel* en la cita que he hecho de su opinión *supra* en nota 213.

²²⁰ Véase *Zugaldía, CPC* (53) 1994, pp. 621 s.

de la persona jurídica, qué es lo que él entiende por norma de determinación y cómo la persona jurídica infringe esta especie de normas, en qué consisten el dolo y la imprudencia de una persona jurídica, etc., etc. Pero frente a la tacha de la incorrección que *Zugaldía* le cuelga a mi método, de momento me conformo —aunque no es poco— con expresar la tranquilidad y el sentimiento de cierta seguridad que me proporciona la garantía de seguir y de aplicar uno muy próximo al de los grandes y eximios juristas de todos los campos jurídicos, de cuyo prestigio y genialidad nadie duda y en quienes me apoyo para —como hacen ellos— negar contundente y radicalmente que la persona jurídica pueda ser transubstanciada y transfigurada en sujeto jurídico-penalmente imputable e idóneo de ser penado.

Bibliografía citada*

- Alastuey*, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Tratado** de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Silvina Bacigalupo*, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- Silvina Bacigalupo*, en Enrique Bacigalupo (dir.), **Curso** de Derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 65 ss.
- Bajo/Silvina Bacigalupo*, **Derecho penal económico**, Ramón Areces, Madrid, 2001.
- Benda*, El **Estado social** de Derecho, en Benda et alt. Manual de Derecho constitucional, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487 ss.
- Bonnard*, Les **infractions intentionelles** 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.
- 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 I⁶ 2004**)
- Cramer/Heine*, en **Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch. Kommentar**, 27ª ed., 2006.
- Federico de Castro*, La **persona jurídica**, Civitas, Madrid, 1981.
- Del Rey Guanter*, **Potestad** sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.
- Díez Picazo*, **Fundamentos** de Derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972).
- Díez Ripollés*, La **racionalidad** de las leyes penales, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- Engisch*, Die Idee der **Konkretisierung** in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1953.
- Engisch*, **Einführung** in das juristische Denken, 7ª ed., Verlag Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1977.
- 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.
- Fernández Teruelo*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español (una visión crítica), **RJCL (25) 2011**, pp. 7 ss.
- Ferrajoli*, **Derecho y razón**, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001.
- Ferrajoli*, **Derechos y garantías**, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001.
- Foucault*, Les **mots** et les choses. Une archéologie des sciences humaines, Ed. Gallimard, Paris, 1966.
- Foucault*, **L'archéologie** du savoir, Ed. Gallimard, Paris, 1969.
- Foucault*, La **verdad** y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980.
- Foucault*, El orden del **discurso**, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980.
- Frank*, Unternehmertdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchstpreisgesetz, **ZStW 1917**, pp. 28 ss.
- Fuster Asencio*, El **procedimiento** sancionador tributario, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- García Blasco*, **Infraacciones** y sanciones en materia laboral; Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.
- García de Enterría* 2011, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso** de Derecho administrativo I, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- Gimbernat*, **Estudios** de Derecho penal, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- Gimbernat*, **Ensayos** penales, Tecnos, Madrid, 1999.

* En negrita como se cita la obra.

- Gómez-Jara, La **culpabilidad** penal de la *empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Gómez-Jara, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2010.
- Gómez Martín, **Falsa alarma**, o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas dlinquere 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.
- Gómez Tomillo, **Introducción** a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- 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 Díez 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, 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.
- 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 3ª 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 Urquiza/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, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (1ª ed., 1998; 2ª ed. 2000; 3ª ed., 2004).
- 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.
- Hardwig, Die **Zurechnung**, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.
- Heine, en **Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar**, 28ª ed., 2010.
- Jakobs, Tätervorsellung und objektive Zurechnung, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Karl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 271 ss. (cit. **GS Armin Kaufmann 1989**)
- 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, 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.
- Kelsen, **Teoría pura** del Derecho, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernengo, 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.
- 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*, 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.
- Luzón Peña*, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (cit. **LPG² 2012**).
- Maiwald*, Der "dolus generalis". Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, **ZStW 1966**, pp. 30 ss.
- Marxen*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung – eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, **JZ 1988**, pp. 286 ss.
- Otto Mayer*, **Deutsches Verwaltungsrecht 1**, 3ª ed., München und Leipzig, 1924.
- 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*, **Bases constitucionales** del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Mir Puig*, Derecho penal. Parte General, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011 (cit. **PG⁹ 2011**).
- Montoro Puerto*, La **infracción** administrativa, Ed. Nauta, Barcelona, 1965.
- 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. **Derecho sancionador**).
- Nieto Martín*, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008.
- Nietzsche*, Die **fröhliche Wissenschaft**, edición Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982.
- Nino*, **Introducción** al análisis del Derecho, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984.
- Octavio de Toledo*, ¿Responsabilidad penal de los entes sociales?, **ADPCP 2009**, pp. 93 ss.
- 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.
- Paredes Castañón*, La **justificación** de las leyes penales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Pawlik*, "Verdeckte Ermittlungen und Schweigerecht des Beschuldigten. Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs.1 S.2 und § 136a StPO", **GA 1998**.
- 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.
- Robles Planas*, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, **Diario La Ley n° 7705, 29 Sep. 2011**.
- Rodríguez Mourullo*, Derecho penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1977 (cit. **PG I 1977**).
- Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006 (cit. **AT I⁴ 2006**).
- Santos Briz*, La **responsabilidad** civil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970.
- 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**).
- 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 individuación de la imputación, **ADPCP 2002**, pp. 9 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*, 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 Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen, 2013, http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf
- Seiler*, **Strafrechtliche Massnahmen** als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.
- 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**.
- Stratenwerth*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en Festschrift für Rudolf Schmidt, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, pp. 295 ss. (cit. **FS R. Schmitt 1992**).
- Tiedemann*, Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, **NJW 1988**, pp. 1169 ss.
- Vogel*, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, **StV 7/2012**, p. 427 ss.
- 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.
- Würtenberger*, Die **geistige Situation** der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2ª ed., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959.
- Zaffaroni*, Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002 (cit. **PG^{2ª} 2002**)
- 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, 2ª ed., Aranzadi, 2003.