

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Zaragoza, España. Socio de la FICP

~La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas*~

Sumario: I. Introducción. II. 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 prescindase de ella, *sic et simpliciter*. III. Los vicios claramente manifiestos de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo. IV. 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. V. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo. VI. Acción, (infracción), culpabilidad y responsabilidad. VII. Conclusiones. *Bibliografía citada.*

I. Introducción

1. En su esfuerzo por alcanzar la cabeza de una desbocada carrera de relevos emprendida por desnortados legisladores de nuestro tiempo con el testigo de la arbitrariedad hacia la meta del dismantelamiento del Estado de Derecho¹, que la cursan a modo de representación de un espectáculo político grotesco sin la mínima gracia y además martirizante para la mayor parte de la ciudadanía en general, y en particular para el saber jurídico que piensa², el legislador español se decidió en 2010 a favor del extraviado y disparatado constructo de una conceptualmente inconcebible e imposible —y por esto, sólo *nominalmente* denominada— responsabilidad “penal” de las personas

* Texto ampliado de mi ponencia en el I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015. El trabajo se ha realizado en el curso de la ejecución del Proyecto de investigación DER2013-46071-P, sobre “La responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias jurídicas aplicables a ellas por la comisión de hechos delictivos”, correspondiente al Subprograma de generación de conocimientos, Proyectos de “excelencia”, de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad.

Abreviaturas utilizadas: *ADPCP* = Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; *AP* = Revista Actualidad penal; *AT* = Allgemeiner Teil; *C.c.* = Código civil; *CP* = Código penal; *CPC* = Cuadernos de Política Criminal; *CuCGPJ* = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial; *EDJ* = Estudios de Derecho judicial; *EPC* = Estudios penales y criminológicos; *FS* = Festschrift; *GA* = Goldammer's Archiv; *GS* = Gedächtnisschrift; *JpD* = Jueces para la Democracia; *JZ* = Juristenzeitung; *Lb.* = Lehrbuch; *LH* = Libro Homanaje; *LP* = La Ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario; *LRJAPPC* = Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común; *NJW* = Neue Juristische Wochenschrift; *PE* = Parte Especial; *PG* = Parte General; *PJ* = Revista Poder Judicial; *RAP* = Revista de Administración Pública; *RDP* = Revista de Derecho penal; *RDPC* = Revista de Derecho penal y Criminología (UNED); *RECPC* = Revista Electrónica de Ciencias penales y Criminología: <http://criminnet.ugr.es/recpc>; *RJCyL* = Revista Jurídica de Castilla y León; *RP* = Revista penal; *RPCP* = Revista Peruana de Ciencias penales; *RXG* = Revista Xurística Gallega; *SCHÖNKE/SCHRÖDER*²⁸ = Strafgesetzbuch. Kommentar, 28ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991; *SchZStr.* = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; *SK I*³ = 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 Así la compilación de estudios de BERND SCHÜNEMANN, *Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats*, 2014 (cita completa en la bibliografía); véase también EL MISMO, *ZStW* 2014, p. 2.

² 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).

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 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 transfigurarlas así en sujetos jurídico-penales completos que, por esto mismo, tendrán que responder soportando y padeciendo una pena como consecuencia jurídica de las fechorías criminales que cometerían *ellas mismas*, si bien esto *sólo* sería así, naturalmente, según las alucinantes representaciones y suposiciones del legislador y —lo que es más grave y peor— de un sector ya demasiado amplio y creciente de la doctrina penal. Pero no conforme ni satisfecho con este dar rango de ley a un error común³, perseverando aún en éste, y —para decirlo con una paráfrasis de las sentencias de AGUSTÍN DE HIPONA y de SÉNECA EL RECTOR— acelerando así su diabólica marcha⁴, el legislador español del actual relevo en aquella carrera, ha dado una nueva —y enésima— vuelta de tuerca con el uso de la fuerza de la arbitrariedad legisladora socialmente lesiva, pues por medio de su reciente L.O. 1/2015⁵ ha dado un nuevo paso hacia su obstinadamente pretendida meta de consolidar un completo sistema “legal” de aquella inconcebible e imposible responsabilidad penal de las personas jurídicas a costa de dinamitar y de aniquilar de ese modo al Derecho y a la Ciencia jurídica con la que éste se identifica⁶.

³ De acuerdo con el brocardo de DIGESTO, 33, 10, 3, 5: *error communis facit ius*. Según explica A. M. ZANOVER, Frases latinas, p. 70, esta fórmula jurídica denota el dato o hecho de la experiencia que se resume en que “de una culpa generalizada puede nacer una norma”, lo cual acaece generalmente “en periodos de decadencia y degradación moral”.

⁴ Conforme a la sentencia de AGUSTIN DE HIPONA (Sermones, 164, 14): “*errare humanum est, perseverare autem diabolicum*”, y conforme a la de SÉNECA EL RECTOR (Controversias, 7, 15): “*errare humanum est, sed in errore perseverare dementis*”; sentencias tomadas del diccionario de A. M. ZANOVER, Frases latinas, p. 70. Como una “locura” o “insensatez” (*Torheit*) califica SCHÜNEMANN a la pretensión de “penar” a la persona jurídica; véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 2 *in fine*.

⁵ Con esta L.O. 1/2015 (B.O.E. núm. 77, de 31 de marzo de 2015), el actual legislador español ha dado lugar a un grave atentado, sin precedente en nuestra democracia, a principios básicos del Derecho y, por esto, a los derechos civiles y políticos de los ciudadanos. Pero más allá de esto, al sumarse este atentado a otros que resultan de otras varias leyes dictadas en la actual X Legislatura y Gobierno de un insoportablemente corrupto y antidemocrático Partido Popular —muy especialmente a los que derivan de la inadmisibles y terrorífica L.O. 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que complementando a la reforma penal instaura o refuerza un auténtico e intolerable “derecho penal administrativo del enemigo”—, se puede decir sin remilgos que este Gobierno ha producido todo un auténtico “sistema legislativo de atentados” dinamitadores del Estado social de Derecho y de los derechos fundamentales y socioeconómicos consubstanciales a él; véanse el *Manifiesto íntegro de Catedráticos de Derecho penal* (descargable por ejemplo de <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2015/01/22/texto.pdf>); el *Manifiesto del Grupo de Estudios de Política Criminal ante la reforma del código penal* intitulado “No hay Derecho. Por un Código penal de todos” (descargable por ejemplo de http://www.icab.cat/files/242-481220-DOCUMENTO/ManifestGEPC_2015_02_%20sobre%20reforma%20penal.pdf); y el *Prólogo* de FCO. JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA a la 22ª edición del “Código penal y Ley penal del menor”, de Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 17 ss.

⁶ Precisamente una variante de la sentencia de AGUSTÍN DE HIPONA —“*Errare humanum est, sed perseverare diabolicum*”—, fue el título de la magnífica ponencia mantenida por ROBLES PLANAS sobre la reforma —a la sazón en Proyecto— del art. 31bis CP, en la sesión del día 2 de abril de 2014 del XXI Congreso de Estudiantes de Ciencias

2. Como queda dicho, la mencionada L.O. 5/2010 introdujo en el Código penal español una pluralidad de disposiciones con las que se pretendió *constituir* una responsabilidad penal de las personas jurídicas, se establecieron las correspondientes “penas” aplicables a ellas y se fijaron reglas específicas para la aplicación y para la determinación de éstas. Y ahora, la reciente L.O. 1/2015 ha incorporado a la regulación legal una explícita y detallada descripción de los requisitos de eficacia —la previsión y la observancia ¡“por la persona jurídica misma”!— de los llamados “programas de cumplimiento” como causas eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y, en concordancia con esto, ha dado un nuevo y, a mi juicio, asistemático orden formal y numérico a la articulación legal de la totalidad de la regulación. Tras la reforma de la L.O. 1/2015, la regulación ha quedado como sigue:

a) En lo que respecta al “supuesto de hecho”, el art. 31 *bis.1* CP afirma en general la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos en que así se determine expresamente y define los “tipos” determinantes de aquella, que consisten básicamente en la probada comisión de un hecho delictivo en nombre, por cuenta y en beneficio de la persona jurídica por algunas clases de individuos que tengan una determinada “relación” con ella (directivos o empleados subordinados)⁷; en el art. 31 *ter* CP se amplía el supuesto de hecho a casos en que no pueda individualizarse a la persona física que tuvo que cometer el delito (¿?), y a casos en que a pesar de estar individualizada, el procedimiento no pueda dirigirse contra ella por distintas razones⁸; el

penales de la Universidad de Barcelona sobre “La reforma del Código penal: la historia interminable”, en la cual el autor, con la expresión “incultura Dogmática” se reafirmó con razón en su certero juicio, que él ya antes había expresado por escrito, de que el constructo de la responsabilidad penal de la persona jurídica supone “una involución monumental en nuestra cultura jurídica”; véase ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 15.

⁷ Art. 31 *bis.1* (modificado por la L.O. 1/2015): En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. La literatura al respecto es ya sobreabundante y prácticamente inabarcable; sobre tales supuestos de hecho véase ahora solo, y por ejemplo, las exposiciones de FEIJÓO, Presupuestos 2012, pp. 102 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, InDret 1/2012, pp. 14 ss., 20 ss.; URRUELA, Personas jurídicas 2012, pp. 470 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PG⁴ 2014, pp. 587 ss.; y para la reforma de 2015, véase GONZÁLEZ CUSSAC, Personas jurídicas 2015, pp. 160 ss.

⁸ Art. 31 *ter* (introducido por la L.O. 1/2015 trasladando a él sin modificación los anteriores apartados 2 y 3 del art. 31 *bis*) : 1. 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 artículo 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. 2. 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

art. 31 *quinquies* CP excluye del régimen general de responsabilidad penal a determinados entes con personalidad jurídica y restringe su aplicación para algunos otros⁹; en los apartados 2 a 5 del art. 31 *bis* CP —la gran novedad de la reforma de 2015— se regula la que podríamos llamar “eximente —completa o incompleta— de cumplimiento de programas de prevención de la comisión de delitos”¹⁰; en el art. 31 *quater* CP se reconocen como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica a determinados supuestos de confesión de la infracción, de reparación o de adopción de medidas de prevención y descubrimiento de delitos

jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente. Sobre este supuesto específico, en el cual se pretende apoyar la independencia o autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica con respecto a la de la física, véase por ejemplo, GARCÍA ARÁN, Comentarios 2012, pp. 401 ss.

⁹ Art. 31 *quinquies* (introducido por la L.O. 1/2015 modificando el contenido del anterior apartado 5 del art. 31 bis): 1. 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 las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. 2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Sobre estas exclusiones, véase por ejemplo, para la situación anterior a la reforma de 2015, GARCÍA ARÁN, Comentarios 2012, pp. 411 ss.; URRUELA, Personas jurídicas 2012, pp. 488 ss.; Díez RIPOLLÉS, InDret 1/2012, pp. 10 ss. y ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, pp. 106 ss.; y para la situación actual después de la reforma, GONZÁLEZ CUSSAC, Personas jurídicas 2015, pp. 205 ss.

¹⁰ Art. 31 *bis* 2, 3, 4 y 5 (introducidos por la L.O. 1/2015): 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios. La literatura sobre la eficacia de los llamados programas de cumplimiento en este ámbito es inabarcable; véase, por ejemplo, las obras colectivas de KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), y de SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), citadas en la bibliografía; y para la introducción de la eximente en la reforma del CP español de 2015, véase GONZÁLEZ CUSSAC, Personas jurídicas 2015, pp. 180 ss.

futuros¹¹; y, finalmente, el art. 130.2 CP completa el supuesto de hecho global con la negación de la extinción de la responsabilidad penal en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión y disolución, encubierta o aparente, de la persona jurídica responsable¹².

b) En lo concerniente a las “consecuencias jurídicas” del delito, 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 se le impusieran las penas *típicas* con que está conminada su realización; mas como esto es por la propia naturaleza de la cosa simplemente imposible —piénsese especialmente en la pena privativa de libertad¹³—, el legislador español ha previsto en el art. 33.7 CP un catálogo específico de consecuencias jurídicas específicas para las personas jurídicas, a las cuales meramente denomina “penas” sin serlo realmente¹⁴, y cuyo contenido es la privación o la

¹¹ *Art. 31 quater* (introducido por la L.O. 1/2015 trasladando a él sin modificación el anteriores apartado 4 del art. 31 bis): 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. Sobre esto, véase por ejemplo, GARCÍA ARÁN, Comentarios 2012, pp. 407 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, InDret 1/2012, pp. 25 ss.; URRUELA, Personas jurídicas 2012, pp. 480 ss.; GÓMEZ-JARA, Atenuación 2012, pp. 181 ss.

¹² *Art. 130.2* (no modificado por la L.O. 1/2015): 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. Al respecto, véase por ejemplo, FEJÓO, Extinción 2012, pp. 262 ss.; CUGAT, Comentarios 2012, pp. 1005 s.

¹³ Como dice KELSEN, Teoría pura, p. 195, “parece, en realidad, una representación absurda pensar que pueda imponerse una pena de privación de libertad, o una pena de muerte, a una persona colectiva”; no obstante, hay que advertir que a pesar de esto, mediante una argumentación de la que aquí ahora se puede prescindir, y que, en mi opinión, tiene demasiados saltos lógicos, KELSEN llega a sostener la absurda tesis de que “el orden jurídico puede estatuir una responsabilidad colectiva que se hace efectiva a través de una pena privativa de libertad o una pena de muerte”; véase KELSEN, loc. cit., p. 196 y la crítica al respecto de BACIGALUPO ZAPATER, Teorías 2005, pp. 53 s., con la advertencia de que el modelo de referencia de KELSEN para tal afirmación es el de la responsabilidad del Estado por la guerra (p. 53). ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, pp. 35 s., que considera al proceso penal contra personas jurídicas más próximo a los procesos contra animales que al proceso contra personas físicas (p. 35), ironiza al respecto diciendo que “si un día nos dijese —basta un botón de muestra— que el Banco Nacional de México se hallaba preso en Lecumberri por haber raptado y violado a la Fundidora de Monterrey, soltaríamos la carcajada, y el juez que llegase a dictar tan disparatado auto, no sería mantenido en su cargo más de veinticuatro horas” (p. 36).

¹⁴ Véase en este sentido, fundamentando su naturaleza jurídica de “consecuencias accesorias”, a pesar de su denominación como “penas” por el Código, GRACIA MARTÍN, LCJD⁴⁷ 2012, pp. 201 ss. y especialmente pp. 212 ss.; en el mismo sentido de ver a estas penas como consecuencias accesorias, también BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), pp. 259 s. y especialmente pp. 261 s.; EL MISMO, LCJD⁴⁷ 2012, p. 82; EL MISMO, PG 2013, pp. 343 s.; BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 276; y asimismo MIR PUIG, Bases constitucionales 2011, pp. 127 s.; EL MISMO, en Foro FICP nº 2014-1 (abril), p. 28 s.; negándoles también todo carácter y naturaleza de penas, véase SILVA SÁNCHEZ, Persona jurídica 2013, pp. 32 s.; LUZÓN PEÑA, LPG²⁷ 2012, pp. 12 s., 25, 32, 154 s. y 514 s.; GÓMEZ MARTÍN, Falsa Alarma 2012, pp. 382 s.; ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 14. DÍEZ RIPOLLÉS, JpD nº 73 2012, pp. 48

restricción de bienes y de derechos de los que son titulares semejantes entes en cuanto sujetos de derecho¹⁵; y puesto que, también por la misma naturaleza de las cosas, ni el

y 49, mantiene al respecto una postura próxima pero indeterminada en su conjunto, pues aunque advierte que se trata de penas “diferenciadas de las penas previstas para las personas físicas” (p. 48), y también que “corresponden sustancialmente con las *consecuencias accesorias*” (p. 49), no obstante “doctrinalmente” las llama en todo momento “penas” (*passim*); y por su parte, URRUELA, *Personas jurídicas* 2012, p. 501, duda de la naturaleza jurídicas de estas “penas” sin pronunciarse al respecto. Como se dirá insistentemente a lo largo de esta exposición, puesto que el Derecho se identifica con la Ciencia o Dogmática jurídicas, y no con la legislación, la doctrina científica debe hacer un uso de la nomenclatura jurídica *conforme con la naturaleza de la cosa*; sobre esta cuestión taxonómica y de nomenclatura, véase ahora sólo por ejemplo, DUBBER, *Strafrechtsdogmatik als Botanik* 2005, p. 254, quien, si bien en actitud crítica respecto del método de la Dogmática, llama la atención acerca de cómo de acuerdo con él, en comparación con el angloamericano, si “no se pueden censurar las multas de cuantías millonarias contra corporaciones”, ello se debe —dice el autor— *a que* en el sistema dogmático “ellas son clasificadas como ‘*Busse*’ (sanción pecuniaria) en lugar de como ‘*Strafe*’ (pena) para una ‘contravención’ (en lugar de para un ‘hecho punible’)”. Pero como se dirá, esto que parece criticar DUBBER es justamente lo que *debe* hacerse en la Ciencia jurídica, porque como ha dicho con razón SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, p. 15, si “la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo”, entonces “toda errónea nomenclatura es también un error sobre (la substancia de) las cosas”, y porque como en sentido similar advierte DELGADO ECHEVERRÍA, *Vigor de las leyes*, pp. 11 s., en el metalenguaje de los juristas “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”; sobre el lenguaje científico-técnico en general, y sobre el carácter especializado del lenguaje jurídico en particular, véase ahora solo HORN, *Rechtssprache* 1966, *passim*, especialmente, pp. 21 ss. y 97 ss., y también SOLER COSTA, *Poder* 2014, pp. 26 ss. y, especialmente, p. 33. Por esto, *en una parte* no me parece asumible la completa y *generalizada* “identidad” que establece BACIGALUPO ZAPATER, *Teorías* 2005, p. 57, entre sanción pecuniaria o multa administrativa (*Geldbusse*) y sanción pecuniaria o multa penal (*Geldstrafe*). Sin duda, BACIGALUPO tiene toda la razón en que ambas son iguales y sólo cabe ver en ellas diferencias de grado, es decir, de carácter cuantitativo o de gravedad, pero esto será así sólo cuando la multa administrativa —al igual que la multa penal— sea la consecuencia jurídica que siga a un supuesto de hecho en el que necesariamente tiene que estar presente como elemento *constitutivo* la “culpabilidad del infractor”; pero si la multa administrativa es la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho del que está ausente la culpabilidad del infractor —y del que también podría estar ausente incluso una “acción”—, entonces ya no puede verse ninguna “identidad” o “igualdad” —ahora ya en sentido “cualitativo”— entre la multa administrativa y la penal. Pues en tal caso, la similitud entre aquellos dos tipos o clases de multa, es sólo y meramente externa o fáctica —ambas consisten en el “pago” de una suma pecuniaria—, pero ya no hay similitud o identidad “cualitativas” ni de “significado”, sino diferencias materiales o substanciales que ya vienen dadas por las diferencias asimismo substanciales existentes entre los respectivos “supuestos de hecho” de la multa penal —uno consistente en la realización culpable de una acción antijurídica— y de la multa administrativa —otro distinto del que está ausente la culpabilidad e incluso una acción—, y que además tendrán su reflejo también en los *finés específicos* de la una y de la otra; en este sentido, véase ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* n° 7705, 29 Sep. 2011, p. 9; y para el Derecho alemán, véase claramente en este sentido, por ejemplo, ROXIN, *AT I*⁴ 2006, § 8 C n° 60, p. 263, quien considera que la multa contra personas jurídicas prevista en el § 30 OWiG tiene la naturaleza jurídica de una “consecuencia accesoria” (*Nebenfolge*) para cuya aplicación no es precisa —como tampoco para otras “sanciones” del Derecho de contravenciones— ni siquiera la concurrencia de una “acción”. Y es que, como tan acertadamente explicó ENGISCH, *Einführung*⁷ 1977, pp. 33, 119 s., entre el “supuesto de hecho” y la “consecuencia jurídica” de toda proposición jurídica debe existir una exacta y perfecta correspondencia estructural y funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que *fundamentan* y gradúan la consecuencia jurídica, y *sólo* ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho. Por mucho, pues, que dos o más reacciones jurídicas tengan la misma e idéntica forma externa, esto sólo las hace similares en el plano meramente fáctico, mientras que en el plano cualitativo y substancial de su “significado” y en el de sus “finés específicos” condicionados por el significado, las diferencias substanciales de los supuestos de hecho que las justifican y de los que cada una trae su causa las hacen consecuencias jurídicas también “diferentes”. Tal vez el ejemplo más apropiado para explicar todo esto —por su extrema simplicidad y sencillez— sea el de la llamada “multa administrativa coercitiva”, la cual, aún consistiendo en el pago de una suma pecuniaria, como la multa sanción o la multa penal, de ningún modo tiene el carácter ni la naturaleza de una sanción en sentido estricto; al respecto véase, por ejemplo, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso I*¹⁵ 2011, pp. 824 ss.; SUAY RINCÓN, *Sanciones* 1989, pp. 62 ss.; I. PEMÁN, *Sistema* 2000, pp. 88 ss.; GRACIA MARTÍN, *Tratado* 2006, pp. 546 s.; y en la doctrina alemana, para la multa coercitiva del Derecho de policía, véase, por ejemplo, RACHOR, en *Polizeistrafrecht*⁵ 2012, E nm. 829, p. 562.

¹⁵ *Art. 33.7* (no modificado por la L.O. 1/2015): “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

fundamento ni los fines de estas meramente llamadas penas para personas jurídicas pueden ser los mismos que los de las auténticas penas en sentido material¹⁶, en el art. 66 *bis* CP se han previsto unas reglas específicas de determinación de aquéllas conforme a criterios que materialmente no tienen casi nada en común con los relativos a la determinación de las auténticas penas¹⁷.

3. Con esta positivación legal de un pretendido —y, sin embargo, como veremos, fallido— Derecho penal de personas jurídicas o de agrupaciones, el legislador español ha ignorado o pasado por alto a la más altamente cualificada y científicamente más

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. Sobre ello, véase ahora solo, por ejemplo, BAUCCELLS, Comentarios 2012, pp. 424 ss.; Díez RIPOLLÉS, JpD n° 73 2012, pp. 48 ss.; FEIJÓO, Consecuencias 2012, pp. 235 ss.; URRUELA, Personas jurídicas 2012, pp. 492 ss.; ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, pp. 131 ss.

¹⁶ En este sentido, véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 6 s., 10 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, Función 2012, pp. 558 ss. y especialmente pp. 562 ss.; BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), p. 261; y MIR PUIG, Foro FICP n° 2014-1 (abril), pp. 28 ss.

¹⁷ *Art. 66 bis CP* (modificada la regla 2ª por la L.O. 1/2015): 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. Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. 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 apartado 1 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. Sobre las reglas de determinación de estas llamadas “penas” para personas jurídicas, véase, por ejemplo, GARCÍA ARÁN, Comentarios 2012, pp. 638 ss.; ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, pp. 143 ss.; Díez RIPOLLÉS, JpD n° 73 2012, pp. 61 ss., quien estima, sin embargo, que en principio son aplicables los criterios generales de medición relativos a las penas para las personas físicas (p. 62); de otra opinión, que suscribo, SILVA SÁNCHEZ, Persona jurídica 2013, pp. 32 s.; BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), p. 261; EL MISMO, LCJD⁴ 2012, pp. 129 s.; EL MISMO, PG 2013, p. 343; y MIR PUIG, Foro FICP n° 2014-1 (abril), p. 29, porque para graduar estas “penas” —advierte MIR— el art. 61 bis.1 establece que hay que tener en cuenta el criterio puramente preventivo de su necesidad para evitar la continuidad delictiva y criterios económicos y sociales, por lo que —concluye MIR con razón— “en cualquier caso se trata de *presupuestos distintos* de los de las demás penas” (cursiva mía).

rigurosa doctrina jurídica (española y extranjera) del sistema jurídico continental¹⁸, que se ha caracterizado siempre por su contundente rechazo de un constructo como aquél que no podía ser tomado y aquélla no lo tomó nunca en serio¹⁹. Aún menos en serio debería tomarlo hoy en día la Ciencia jurídica del presente si se tiene en cuenta el refuerzo dado a la doctrina tradicional por recientes y decisivas aportaciones doctrinales contra los pretendidos nuevos argumentos favorables al constructo, entre las cuales destacan sobre todo las de BERND SCHÜNEMANN, quien por medio de una rigurosa observancia del *método* de construcción jurídica de conceptos ha demostrado de un modo irrefutable su imposibilidad dogmática y también su inconveniencia político-criminal²⁰⁻²¹, caracterizándolo genialmente como un “zombi político-criminal”²². Por el contrario, el legislador español, como ya antes sucedió con otros, y como

¹⁸ Véase el juicio de SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 14: “contra la protesta del sector predominante de la Ciencia jurídica penal (española)”.

¹⁹ Como recuerda SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 1, en el pasado los fundamentos del rechazo de la responsabilidad penal de la persona jurídica no fueron nunca rebatidos *en serio*, y como afirmara KELSEN, Teoría general 1995, p. 114: “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”; véase además KELSEN, Teoría pura 1979, pp. 186 ss.

²⁰ Para citar de su voluminosa obra sólo una selección relevante de lugares donde ha desarrollado en general el método de construcción jurídica de conceptos, véase SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte 1971, pp. 39 y 41; EL MISMO, FS Klug 1983, pp. 169 ss.; EL MISMO, FS Arthur Kaufmann 1993, pp. 299 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. Para los argumentos de SCHÜNEMANN contra la posibilidad de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, los cuales están estrechamente vinculados al método de construcción jurídica de conceptos, véase SCHÜNEMANN, 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^{2a} 2006, pp. 1841 ss.; EL MISMO, FS Tiedemann 2008, pp. 429 ss.; EL MISMO, GA 2013, pp. 193 ss.; EL MISMO, Verfassungswidrigkeit 2013, *passim*; EL MISMO, ZIS 1/2014, pp. 1 ss. Sobre mi postura al respecto, ampliamente coincidente con la de SCHÜNEMANN, véase GRACIA MARTÍN, Actuar I 1985, p. 8; EL MISMO, Personas jurídicas 1996, pp. 40 ss. y 63 ss.; EL MISMO, Prólogo a Castillo Alva 2001, pp. 59 ss.; EL MISMO, Tratado 2006, pp. 546 ss. y 576 ss.; EL MISMO, LCJD^{4o} 2012, pp. 216 ss.; EL MISMO, en LH-Schünemann II 2014, pp. 107 ss.; EL MISMO, en Foro FICP n^o 2014-2, pp. 16 ss.

²¹ Por esto, es inexplicable que ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, en nota 35 de pp. 30 s., incluya a SCHÜNEMANN — y también a ¡ROXIN!— en la lista de autores alemanes que, según él, proporcionarían “apoyo doctrinal” “a la introducción de la pena para asociaciones”; y aún lo es más, si cabe, que ZUGALDÍA (*loc. cit.*, p. 62) atribuya a SCHÜNEMANN ser partidario de una responsabilidad nada menos que ¡“penal”! de la persona jurídica. Dado que cualquiera que conozca superficialmente el pensamiento de BERND SCHÜNEMANN al respecto sabe de su vehemente y severo rechazo del constructo, como se irá exponiendo a lo largo de esta investigación, en este momento huelga cualquier comentario sobre la a todas luces errónea afirmación de ZUGALDÍA; no obstante, como simple muestra véase lo que dice SCHÜNEMANN al respecto, reforzando su postura en contra mantenida con firmeza y sin cambios desde su primer escrito —precisamente el citado por ZUGALDÍA— sobre la materia, en SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, *passim*, a saber y por ejemplo: que hablar de acción y de culpabilidad de la persona jurídica y llamar “pena” a la sanción de la empresa supone una “contaminación semántica del lenguaje” que quebranta “los principios del habla racional” (pp. 4 y 11).

²² En el sentido de que una propuesta que tras un minucioso examen ha sido ampliamente rechazada en un momento histórico determinado, es desenterrada después de un periodo de latencia y se provoca así una discusión renovada, pero en realidad con muy pocos argumentos nuevos y más bien con una preponderancia de los viejos argumentos recalentados; véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 1. En el presente trabajo, cuando venga al caso, utilizaré también la metáfora del “zombi” para referirme al constructo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero en otros posibles sentidos (en el apartado 1 de este epígrafe ya he comparado al legislador español con un “hechicero de vudú haitiano”, y lo mismo cabe hacer con quienes tratan de dotar a la persona jurídica de una subjetividad —¿espíritu?— jurídico-penal).

probablemente aún sucederá con algunos más en el futuro, se dejó seducir por la maraña de opiniones circulantes en la doctrina jurídico-penal a favor del reconocimiento de la persona jurídica como un sujeto jurídico-penal, y con las cuales sus defensores tratan ahora de avalar y de legitimar a esta desafortunada decisión y también de precisar y determinar el alcance de los textos legales positivos en los que se ha concretado²³.

4. A favor de su decisión, el legislador español quiso argüir que ella venía exigida —demandada— así por numerosos instrumentos internacionales²⁴. Pero esta —sin la menor duda— infundada y fraudulenta motivación²⁵, que junto al argumento del Derecho comparado ha estado presente desde siempre en cierta doctrina favorable a dicha decisión²⁶, puede y debe quedar relegada aquí y ahora a un plano secundario y sin la menor trascendencia. Pues aun suponiendo que semejante motivación tuviera un fundamento real y cierto —que como queda dicho, no lo tiene en absoluto—, ella en modo alguno podría justificar ni legitimar una decisión que, como ésta, 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 ella es la misma que ya han tomado y realizado prácticamente otros, porque esto, evidentemente, para nada elimina la irracionalidad de quienes ya antes han procedido de ese modo y, por consiguiente, ni siquiera mitiga la de quienes, imitándoles, les siguen luego miméticamente por su misma senda equivocada²⁷.

5. 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 legislativa misma, y en razón de su

²³ Así expresamente, véase por todos ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, p. 64: para “encontrar vías y cauces para su razonable aplicación”.

²⁴ Véase el apartado VII de la Exposición de motivos de la L.O. 5/2010, BOE nº 152, de 23 de junio de 2010. Sobre los instrumentos europeos al respecto, véase, a fecha de 2005 el estudio de BACIGALUPO ZAPATER, Derecho europeo 2005, pp. 61 ss. exhaustivamente, DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO, Marco europeo 2013, p. 133.

²⁵ Al respecto, véanse las argumentadas desacreditaciones de la misma formuladas por FERNÁNDEZ TERUELO, RDP (31) 2010, pp. 45 ss. y por OCTAVIO DE TOLEDO, ADPCP 2009, pp. 109 ss., éste último en relación con las Exposiciones de motivos de los precedentes Proyecto de 2007 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, nº 119-1, de 15 de enero de 2007) y Anteproyecto de 2008; véase asimismo URRUELA, Personas jurídicas 2012, pp. 465 s.; ORTIZ DE URBINA, Sanciones penales 2013, pp. 275 ss.; BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), pp. 224 s.; EL MISMO, en PG 2013, p. 332; BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 287; también en el sentido de negar que de los instrumentos europeos se derive la “obligación” para los Estados de introducir un sistema de responsabilidad “penal” de la persona jurídica en sus legislaciones nacionales, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO, Marco europeo 2013, pp. 136 ss.

²⁶ Con anterioridad a la L. O. 5/2010, véase, por ejemplo, sobre recomendaciones de organismos internacionales ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, pp. 70 ss.; EL MISMO, CPC (53) 1994, pp. 617 ss., y con posterioridad a dicha Ley, EL MISMO, Responsabilidad 2013, pp. 30 ss.; véase también ZÚÑIGA, Responsabilidad 2012, pp. 440 ss.

²⁷ En sentido similar, véase SCHÜNEMANN, Verfassungswidrigkeit, pp. 18 s. y EL MISMO, ZIS 1/2014, p. 12, quien contra el argumento de la “marcha triunfal” (*Siegeszug*) del constructo en el Derecho comparado, que muchos alegan a su favor con la afirmación de que un Estado que no lo introdujera se quedaría “al final de la cola” (*Schlusslichtthese*), replica con el acertado contraargumento de que “aunque fuera así, en un Estado de Derecho (ello) no podría llevar a que fueran copiadas leyes erróneas de otros países”.

coincidencia en lo esencial con lo demandado desde hace un tiempo por una doctrina que, ya desde su punto de partida, ha tomado una dirección 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 formulando y dejando como hitos a constructos conceptuales que, si bien materialmente carecen absolutamente de todo y del mínimo contenido *real* de naturaleza jurídica penal, pretende mostrar no obstante con el ropaje nominal correspondiente a ella. Pues del análisis de la materia elaborada y luego dada como contenido a dichos constructos por sus artífices, resulta con la mayor claridad y evidencia que nada de lo que se obtiene después de él muestra ni una sola partícula de materia prima *real* con naturaleza jurídico-penal; o dicho de otro modo: porque de los substratos u objetos *reales* que se descubren e identifican irremisiblemente al final de la desnormativización o deconstrucción de cada uno de los conceptos de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, resulta que no puede ser destilada ni obtenida *ni siquiera una sola gota de fluido jurídico-penal*, pues todo el que se obtiene es, con toda seguridad y certeza, uno de naturaleza inequívocamente civil o administrativa policial (no sancionadora)²⁸ incluso en los planos de la morfología y de la sintaxis de su descripción y formulación lingüísticas²⁹.

²⁸ En el mismo sentido, véase por ahora, en la Dogmática penal, por ejemplo, ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s.; GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma 2012, p. 383; y BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 287; y en la Dogmática del Derecho administrativo, véase ZORNOZA, Sistema, pp. 48 s., 50 ss., 182 y 184, y A. NIETO, DAS⁵ 2012, pp. 421 s. Sobre la inequívoca raíz y procedencia civilística de la *corporate criminal liability* en el Derecho penal de los E.E.U.U., véase EHRHARDT, Unternehmensdelinquenz, pp. 94 y 95 ss.

²⁹ La naturaleza jurídica *civil* del supuesto de hecho de la llamada responsabilidad “penal” de la persona jurídica, la revela con toda claridad y de modo inequívoco ya la misma descripción o formulación lingüística y sintáctica de aquél en el art. 31 bis.1 CP, cuya *identidad* —o si se quiere *analogía*— lingüística y sintáctica con las descripciones legales de los supuestos de hecho de responsabilidad *civil* por hecho *ajeno* en el art. 120.3º y 4º CP y en el art. 1903.4º Cc. salta a la vista hasta el punto de que bastaría con sustituir en el art. 31 bis.1 la expresión “penalmente” por la de “civilmente” para que dicho precepto legal quedará como uno sustancialmente *idéntico* —sólo con diferencias de vocabulario— a los de la responsabilidad civil por hecho ajeno de aquéllos artículos. Así por ejemplo, según el art. 120 CP: “Son también responsables *civilmente* ...: 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que son titulares, cuando *por parte de los que los dirijan o administren* [similar art. 31 bis 1. a)], *o de sus dependientes o empleados* (similar art. 31 bis 1. b), *se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad* que estén relacionados con el hecho punible cometido (similar o equivalente a la infracción de los deberes de organización implícitos en el art. 31 bis 1), de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción (similar o equivalente a la conexión exigida por el art. 31 bis 1. b, entre la comisión del hecho y la infracción de los diferentes deberes de control y de vigilancia); 4.º Las personas naturales o jurídicas ..., por los delitos que hayan cometido *sus empleados o dependientes, representantes o gestores* [o sea, sujetos similares a los del art. 31 bis.1 a) y b)] *en el desempeño de sus obligaciones o servicios* (o sea, en el ámbito funcional objetivo análogo al descrito en el art. 31 bis.1 b) como “ejercicio de actividades sociales”). Lo que en cualquier caso está fuera de discusión, es que de acuerdo con la regulación del art. 31 bis CP, el hecho penalmente típico debe cometerlo siempre y necesariamente una persona *física*, y que por lo tanto, el supuesto de hecho legal de la llamada responsabilidad penal de la persona jurídica es *idéntico* al de la responsabilidad civil por hecho ajeno; en este sentido, véase entre otros y por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, pp. 370 ss. y MIR PUIG, Foro FICP nº 2014-1 (abril), pp. 24 s. En la Dogmática alemana, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 574, advierte también la similitud con la responsabilidad civil del § 31 BGB.

II. 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 imprejuzgada³⁰. La 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.

³⁰ NIETZSCHE contrapone 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, n° 99 (pp. 112 ss.), n° 151 (p. 151), n° 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 churrigueresca, un suelo de terrazo o un techo de marquetería”, porque como él describe, el número de participantes en la discusión científica se ha multiplicado ampliamente, “se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas, y la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, y que en su conjunto tienden, igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta”, todo lo cual sería posible 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. En sentido similar, véase A. NIETO, *El Derecho y el revés* 1999, pp. 217 ss., donde describió la tendencia en la producción jurídica, ya suficientemente marcada cuando hizo la advertencia, y que no se ha detenido ni cambiado de rumbo, con observaciones como estas: la producción de pensamiento —dice *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”.

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”³¹. 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”³². 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”³³.

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 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 estricto³⁴, con esto último estaría yo “jugando con las

³¹ Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 621.

³² Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, pp. 621 s. En el mismo sentido, GALÁN MUÑOZ, *Persona jurídica*, pp. 534 s., quiere afirmar ahora exactamente lo mismo respecto de la misma tesis de SCHÜNEMANN, al decir que éste “parte de una premisa equivocada” cuando llega a la conclusión y afirma que la persona jurídica no puede infringir normas de conducta o de determinación (p. 534).

³³ Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.

³⁴ 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.

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”³⁵.

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)

Vamos, que creo tener muy clara la diferencia entre el Derecho civil y el penal.

³⁵ Véase ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, p. 622 y EL MISMO, Responsabilidad 2013, p. 61; 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, no llamen “penas”, sino consecuencias *civiles*, por ejemplo a la devolución del producto de un enriquecimiento injusto o a la indemnización del daño —así por ejemplo JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 572 y 574, y si también juegan con las etiquetas todos quienes no llaman “penas” —y ni siquiera “sanciones”— sino *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, al desahucio administrativo, a las incautaciones de industrias, a las intervenciones administrativas de empresas, a las llamadas “multas coercitivas” o, en general, a todos los instrumentos por medio de los cuales se ejercen y realizan las llamadas potestades administrativas ablatorias (reales) o, finalmente, a todos los diferentes dispositivos o medidas de *policía*, como hacen por ejemplo, entre otros muchos, T.R. FERNÁNDEZ, Curso I¹⁵ 2011, pp. 807 ss., y especialmente, pp. 821 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso II¹² 2011, pp. 109 ss., y 124 ss.; SUAY RINCÓN, Sanciones 1989, pp. 60 ss.; I. PEMÁN, Sistema 2000, pp. 88 ss.; sobre todo esto, véase GRACIA MARTÍN, Tratado 2006, pp. 546 s. Si ZUGALDÍA hubiera entrado en debate y así tratado 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, tendría que haber tratado de rebatir lo *realmente* dicho por mí bajo la cobertura de la más rigurosa y seria doctrina jurídica, a saber: que a la persona jurídica, lo que *no* se le puede imponer absolutamente es *nada* que tenga naturaleza *penal o sancionadora*, y que, por el contrario, lo que *sí* puede serle impuesto es *todo* lo que tenga naturaleza *civil y administrativa (no sancionadora)*. 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.

para las personas jurídicas”³⁶. 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 correspondientes³⁷. Pero ¿en qué se 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. La primera vía estaría representada por la construcción puramente “normativa” de unos conceptos de acción y de culpabilidad *idénticos* para la persona natural y para la jurídica, que fue la propuesta por JAKOBS³⁸ antes de su espectacular giro hacia el sentido contrario de negarle a la persona jurídica toda subjetividad jurídico penal (en particular, la capacidad de culpabilidad) con el argumento ontológico de la ausencia en ella de toda “conciencia de sí misma”, la cual sería un presupuesto necesario de la culpabilidad³⁹. La segunda vía, que es la que siguen la mayoría de los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica, consistiría en construir unos conceptos de acción y de culpabilidad para ella *distintos pero en paralelo* a los de la persona física⁴⁰.

3. a) Desde luego hay que reconocer que en una primera lectura de las “percepciones” y afirmaciones de ZUGALDÍA, resulta cuando menos impactante su

³⁶ Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.

³⁷ 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, 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*.

³⁸ Véase JAKOBS, AT² 1991, p. 149; y en sentido similar, ahora en la doctrina española, a partir de un “concepto de persona jurídico penal” que incluye “tanto a individuos como a organizaciones empresariales”, véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad 2005, pp. 220 ss.

³⁹ Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 568, 570 s. En el mismo sentido KÖHLER, AT 1997, p. 562 y VON FREIER, Verbandstrafe 1998, p. 120.

⁴⁰ Así por ejemplo los conceptos de acción y de culpabilidad *análogos* propuestos por TIEDEMANN, NJW 1988, pp. 1172 ss. Con posterioridad al artículo de ZUGALDÍA, cfr. por ejemplo el ensayo de construcción en paralelo de categorías jurídico penales para la persona jurídica “funcionalmente análogas” a las correspondientes a la persona física, de HEINE, Verantwortlichkeit 1995, pp. 271 ss. y 310 ss.; y en la doctrina española, cfr. el método de los “equivalentes funcionales” que al efecto hace operativo GÓMEZ-JARA, Culpabilidad 2005, pp. 52 s., y extensamente *passim* en el capítulo V de esta obra, pp. 201-300, y así para el equivalente funcional de la acción pp. 229 ss., y para el de la culpabilidad, pp. 262 ss.

categoría 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 ella⁴¹, porque sólo debe ser cuestión de tiempo la derogación del Derecho penal tradicional y sin futuro⁴².

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 penal⁴³, pero durante todo este largo periodo, por diversos motivos, he considerado que 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

⁴¹ Véase ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, p. 87.

⁴² Véase ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, p. 86.

⁴³ 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 Lecciones¹, 1998, pp. 367 ss. y 385 ss.; en Lecciones², 2000, pp. 385 ss. y 403 ss.; en Lecciones³ 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 jurídicas previstas para las personas jurídicas como “penas”, ello no modifica en nada su naturaleza material de “consecuencias accesorias”, en Lecciones⁴, 2012, pp. 201 ss. y 212 ss.

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*”⁴⁴. 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.

III. Los vicios 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

⁴⁴ 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 la nota 30.

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 científica⁴⁵. Por lo demás, y parafraseando a WELZEL, de ningún modo se trata de 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*”⁴⁶. 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

⁴⁵ Lo que digo, podrá entenderse cabalmente si se tiene en cuenta que, desde que lo aprendiera de FOUCAULT, y así 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.

⁴⁶ Véase WELZEL, *Introducción*, 1971, p. 267.

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 TIEDEMANN⁴⁷, 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 personas jurídicas por razón —o derivada— de la comisión de un delito⁴⁸. 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)⁴⁹. 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 tradicionales⁵⁰. Finalmente, también he formulado, y ahora quiero reiterarlo aquí, un juicio muy favorable y claramente elogioso —porque sin duda

⁴⁷ Véase TIEDEMANN, NJW, 1988, pp. 1172 ss.; y en el mismo sentido, BRENDER, Verbandstäterschaft 1989, pp. 110 ss.

⁴⁸ 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, Lecciones^{4a}, 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.

⁴⁹ Véase, extensamente, GRACIA MARTÍN, Tratado, 2006, pp. 580 ss.

⁵⁰ 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.

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 agrupaciones⁵¹. 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*⁵².

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”⁵³. Contra lo que dice ZUGALDÍA hay 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

⁵¹ Véase GRACIA MARTÍN, Diccionario, 2008, p. 811.

⁵² Véase el acertado criterio de Alejandro NIETO, DAS⁵⁰ 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); en el mismo sentido, SCHÜNEMANN entiende que los fundamentos de las reacciones jurídicas contra la persona jurídica tienen naturaleza civil o policial; véase SCHÜNEMANN, en Constitución europea 2006, p. 157; véase también en el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma 2012, p. 383 y ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 8: “estructura de responsabilidad no basada en la culpabilidad y anclada en principios jurídicos extrapenales” (cursiva mía); para ZAFFARONI, PG²⁰ 2002, p. 428, contra las personas jurídicas son admisibles únicamente consecuencias jurídicas reparadoras o de coacción administrativa directa, mientras que las penas serían inconstitucionales..

⁵³ Véase MARTIN HEIDEGGER, Was ist Metaphysik?, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2006, pp. 1 ss., donde acuña la expresión “la nada nada” (*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 néantis*).

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*"⁵⁴, 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"⁵⁵. 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 pena⁵⁶. Naturalmente, a esta conclusión se llega sólo —y sólo a ella tendrá que llegarse necesariamente— si se respeta y no se ignora o elude al *minimum minimorum* permanentemente válido del saber jurídico y si se respetan también las estructuras del mundo para el que se construyen los conceptos jurídicos que tienen que operar en él. Si, por el contrario, como plantea y hace de hecho ZUGALDÍA, se prescinde de aquél saber (de la Dogmática) en tanto en cuanto represente un obstáculo que impida llegar al fin inicialmente querido y pretendido de hacer a la persona jurídica un sujeto jurídico-penal completo⁵⁷, así entonces sí quedará allanado el camino para elaborar ya

⁵⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, 1996, p. 37.

⁵⁵ Véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, 1996, p. 38.

⁵⁶ Cfr. en el mismo sentido SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 2, 3 s. y especialmente p. 12, donde afirma que "hay una total abundancia de razones que marcan como tentativa inidónea a la construcción de una sanción contra agrupaciones en paralelo a la pena criminal".

⁵⁷ Véase de nuevo ZUGALDÍA CPC (11) 1980, p. 86 s.: "si aun subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues *peor para ésta última*" (p. 87), pues dada "la conveniencia político-criminal de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas" y dado que la Dogmática jurídico-penal impide la realización de tal conveniencia, lo que hay que hacer es "prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro y allanar el camino para dar en el futuro nuevas

cualquier construcción de una responsabilidad penal de la persona jurídica diferente en sus contenidos y en su estructura a la del ser humano, pero así no será menos cierto también que semejantes constructos ya no serán admisibles por varias razones.

aa) Contra el modo de proceder expuesto y las conclusiones a las que se llega con él, hay que decir ya en primer lugar, ante todo, y parafraseando a HIRSCH, que “una minimización de la Dogmática abre el camino a la arbitrariedad y consecuentemente a la pérdida del Estado de Derecho”⁵⁸, y esto es justamente lo que sucede con todo y cualquier constructo de responsabilidad penal de la persona jurídica, porque éste, como es palmario, no es —ni podría ser— más que el producto de una construcción puramente normativa elaborada completamente al margen —o bien con una grosera y ostensiblemente arbitraria manipulación— del saber jurídico (de la Dogmática)⁵⁹, y por esto, al no ser consecuencia de ninguna investigación verdaderamente científica, su resultado no es científicamente verificable⁶⁰.

bb) En segundo lugar, y a consecuencia de lo anterior, hay que llamar la atención sobre la alta peligrosidad política de las construcciones normativas realizadas arbitrariamente por encima de la Dogmática. Porque nada impediría que la fuerza centrífuga encerrada en la propia “lógica” interna del constructo puramente normativo de la responsabilidad penal de la persona jurídica se desarrollara y extendiera como una mancha de aceite en una dirección expansiva⁶¹ que diera lugar a que la *intensio* de sus

soluciones”! (p. 86).

⁵⁸ Véase HIRSCH, Strafrechtsdogmatik, p. 64 (= Dogmática penal, p. 17).

⁵⁹ Por esto, como dice con toda la razón SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 4 nota 17, es inconsecuente —y a mi juicio es absolutamente incomprensible e inexplicable— que HIRSCH, Straffähigkeit, pp. 10 ss., cayera precisamente en un abandono de la Dogmática al reconocer —insisto en que de modo incomprensiblemente e incoherente— capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica.

⁶⁰ Con carácter general, como en referencia a Welzel recuerda HIRSCH, ZStW (116) 2004, p. 2: “una metódica que trabaja con objetos de regulaciones jurídicas formados de manera normativa-constructivista hace a estas regulaciones insoportablemente manipulables e impide una Dogmática penal que satisfaga aspiraciones científicas”. Por otro lado, Hirsch, ZStW (116) 2004, pp. 1 s., llamó la atención sobre el hecho de que en las últimas dos —actualmente ya tres— décadas ha disminuido considerablemente el interés por la investigación sobre los *fundamentos* del sistema jurídico penal, y que por esto (véase HIRSCH, Dogmática penal, p. 19) hoy dominan nuestra disciplina el caos y la inseguridad resultantes de un normativismo “idealmente más cómodo y científicamente más difícil de verificar”; en el mismo sentido, véase GEORG KÜPPER, Strafrechtsdogmatik, p. 12; GIMBERNAT, ADPCP 1992, p. 833; EL MISMO, Estudios³ 1990, pp. 158 ss.; EL MISMO, Ensayos 1999, p. 375; por su parte SCHÜNEMANN, en Constitución europea 2006, pp. 151 s. advierte que “centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas” —que es justamente lo que de modo abiertamente confesado hace ZUGALDÍA, es decir, prescindir de la Dogmática en aras de la conveniencia político-criminal— “constituiría naturalmente la *aniquilación de toda ciencia jurídica* que se considere seriamente ciencia” (p. 151, cursiva mía); véase además la descripción de SCHÜNEMANN, ya reproducida *supra* en nota 30, del panorama *acientífico* que muestra nuestra disciplina desde hace aproximadamente tres décadas, y que muy probablemente hay que ver recrecido en el presente; asimismo véase la cita de ALEJANDRO NIETO en la misma nota 40; y *supra* en nota 44 para la cita también en sentido semejante de FOUCAULT; véase también ROBLES PLANAS, Diario La Ley n° 7705, 29 Sep. 2011, p. 15, quien ve a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con razón, como “una involución monumental en nuestra cultura jurídica”; y finalmente, véanse mis propias consideraciones al respecto a partir de las advertencias de Hirsch y de Georg Küpper, en GRACIA MARTÍN, Horizonte, pp. 86 s.

⁶¹ Pues es evidente que toda afirmación y reconocimiento de una capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica sólo puede resultar de una metódica que no respeta ni en lo más mínimo los límites ónticos y antropológicos

ficticios conceptos de acción y de culpabilidad diera lugar a una ilimitada ampliación del campo de su *extensio* abarcando a otras realidades distintas⁶² pero sin la menor duda completamente *análogas* a la persona jurídica precisamente en el substrato real y en las valoraciones de éste que dan lugar al constructo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y que de ese modo dichas realidades análogas fueran capturadas en la órbita del poder punitivo en cuanto sujetos jurídico-penales con la misma capacidad (ficticia) de acción, de culpabilidad y de ser penados que la persona jurídica⁶³. Así podría suceder, por ejemplo, con la familia, pues como ya ha sugerido tan agudamente y con toda la razón ROBLES PLANAS, la lógica del fundamento del constructo bien podría convertir en sujeto penalmente responsable a una familia “inadecuadamente organizada” y cuya desorganización, precisamente, propicia la comisión de delitos por alguno o por varios de sus miembros individuales⁶⁴.

cc) Y en tercer lugar, porque ninguna arbitrariedad y ninguna acrobacia ni manipulación verbales en el metanivel lingüístico pueden dar lugar a la mínima alteración ni modificación del objeto real que se designa —deliberada o inconscientemente— con el término erróneo que corresponde a otro objeto diferente de acuerdo con el código de nomenclatura que venga en consideración (en nuestro caso el

del Derecho; véase ZAFFARONI PG, 2ª ed., pp. 427 s., donde advierte, con razón, que la incapacidad de acción de la persona jurídica resulta necesaria y naturalmente solo de los conceptos de acción que, aunque sea solo mínimamente, *respetan los límites ónticos*. Pero cuando no se respetan estos límites, como dice ZAFFARONI PG, 2ª ed., p. 387, los conceptos que se construyen así resultan perversos porque no son mas que invenciones de “lo que en el mundo no existe”, porque “al inventar el mundo lo único que se puede obtener es una coherencia interna del discurso, pero nunca se sabrá cuál es su función y, por lo tanto, no podrá ser dotado de intencionalidad (teleológica), o sea saber a dónde va políticamente”. Por lo demás, como advierte ZAFFARONI PG, 2ª ed., pp. 386 ss., la necesidad de respetar datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen en la realidad social los objetivos político-criminales en función de los cuales se construye el concepto jurídico, porque representaría “una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad” (p. 386) —o afirmando la presencia de datos inexistentes—, y porque así se “caería en la ilusión o en la alucinación”, y esto “equivaldría a inventar el mundo mismo” dando lugar a “un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político” (p. 387). Sobre los peligros de extensión ilimitada de los conceptos jurídicos en virtud de su arbitraria construcción al margen de la analogía, véase PHILIPPS, *Rechtsbegriffe*, pp. 91 ss.

⁶² Pues como dice con razón JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 571, una fundamentación de la culpabilidad propia de la persona jurídica, “mediada por una conciencia ajena como medio de organización propio ..., si es que existiera, no podría estar limitada a las personas jurídicas”.

⁶³ Que ello es así, lo demuestra claramente el hecho de que en la regulación legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica se hayan tenido que declarar excluidas de ella de un modo expreso en el apartado 5 del art. 31 bis a algunas organizaciones colectivas singulares y determinadas (Administraciones públicas, Organismos reguladores, Entidades públicas empresariales, Sociedades mercantiles estatales, etc.), pues la necesidad de semejante exclusión expresa sólo puede explicarse a partir de la completa *analogía* existente entre las realidades de los entes expresamente excluidos con la abarcada por la proposición legal general del núm. 1 del art. 31 bis. A mayor abundamiento, dicha analogía la demuestra el hecho de que el actual artículo art. 31 quinquies introducido por la LO 1/2015, haya ampliado el supuesto de hecho general de responsabilidad del núm. 1 del art. 31 bis, a las Sociedades mercantiles públicas que con anterioridad estaban excluidas expresamente.

⁶⁴ Véase ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 5, pues si se afirma que lo injusto propio de la persona jurídica radica en su situación desorganizada, entonces “¿lo sería (también) el que una familia estuviera ‘inadecuadamente organizada’ por los delitos de sus miembros?”

de la Ciencia jurídica)⁶⁵. Como enseña el dicho popular, el vestir a una mona de seda no altera ni modifica en lo más mínimo el *ser* de la mona, que sigue mona a pesar de su inapropiada vestimenta de seda. Por esto, y como se insistirá con detalle más adelante, con la acrobacia metalingüística de llamar acción y culpabilidad propias de la persona jurídica a los substratos reales⁶⁶ en que se sustentaría su responsabilidad, tampoco se logra alterar ni modificar en lo más mínimo el *ser* de aquellos substratos en el nivel de los objetos reales, ya que tras la *desnormativización* de los conceptos a los que erróneamente se les han colgado aquellas etiquetas, lo que sale a la luz como substrato real de la responsabilidad de la persona jurídica son objetos de la realidad subyacente que no consisten nada más que en “estados o situaciones” ambientales, “relaciones intersubjetivas” o “procesos sistémicos”⁶⁷ puramente objetivos a los cuales únicamente podría pretenderse denominar acción y culpabilidad acaso de un modo meramente poético metafórico —por no decir delirante— exclusivamente en un metanivel lingüístico que no refleja en nada ni para nada a los objetos reales del nivel empírico que corresponden realmente a los auténticos conceptos que se denominan propiamente con los términos acción y culpabilidad. Por lo mismo, si la *pena* como consecuencia jurídica tiene como presupuesto necesario exclusivamente a la culpabilidad, y si ésta está siempre referida también exclusivamente a la realización personal (por el autor) de un hecho (acción) injusto (típico y antijurídico)⁶⁸, de aquí tiene que resultar que absolutamente ninguna consecuencia jurídica que se anude al substrato de la responsabilidad de la persona jurídica (estados o situaciones, relaciones intersubjetivas,

⁶⁵ Véase de manera similar SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte* 1971, p. 37.

⁶⁶ Así por ejemplo una actitud criminal o una cultura de falta de fidelidad al Derecho de la agrupación, un defecto de organización, un riesgo de continuidad o de reiteración delictivas, etc.

⁶⁷ En este sentido, véase por ejemplo, SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 4 (“con la expresión culpabilidad por la organización se describe un mero estado de la organización, pero no una lesión de la norma”, y la expresión “cultura empresarial marcada por la falta de fidelidad al Derecho” —semejante a la de “actitud criminal de la agrupación”— hace referencia a los actos *individuales* de organización deficiente, y no a actos de la persona jurídica misma; en el mismo sentido véase además SCHÜNEMANN, *Constitución europea*, pp. 154 s. Por otra parte la “relación jurídica” existente entre la persona jurídica y la física que necesariamente tiene que haber realizado el hecho, que es el verdadero elemento del substrato de la persona jurídica constitutivo de toda posible responsabilidad de ella, para nada tiene que ver ni remotamente con ninguna acción ni culpabilidad propias de la persona jurídica; pues como enseña KELSEN, *Teoría general* 1995, pp. 81 s., “cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma (...) *no es su conducta*, sino *su relación específica* con los autores del acto lo que constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos” (p. 81); y en todo caso, “la *responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por *persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste*” (p. 82); véase además, KELSEN, *Teoría pura* 1979, pp. 189 ss. Por otra parte, sólo el atrevimiento o la osadía pueden explicar que se cuelguen las etiquetas de la acción y de la culpabilidad a factores de la dinámica de procesos meramente “sistémicos” que, en lo esencial, en nada se distinguen de los procesos causales desencadenados por la naturaleza; véase en este sentido, con razón, SCHÜNEMANN, FS-Tiedemann, p. 437; EL MISMO, ZIS 1/2014, pp. 2, 5-6, 11, y en un sentido similar SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal*, p. 283: “no tiene nada que ver con un injusto personal”.

⁶⁸ Véase en sentido similar SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 3: “la inflicción de un mal ... que encuentra una condición suficiente en el hecho que está emplazado en el pasado, sin capacidad de acción y de culpabilidad del autor, no puede ser pensada sin contradicción al mismo tiempo con la esencia de lo racional”.

procesos sistémicos, etc.) podrá tener —ni siquiera remotamente— la forma, el contenido, la finalidad y, en definitiva, la naturaleza jurídica de una *pena*⁶⁹ (así como tampoco la de una sanción en sentido estricto), por lo que denominar así a semejante consecuencia solo puede verse, asimismo, como el resultado de una acrobacia metalingüística o de una contaminación semántica del lenguaje que, sin embargo, para nada altera el ser del objeto real en el nivel empírico, es decir, el ser de la consecuencia jurídica realmente anudada al supuesto de hecho, que en ningún caso será una *pena* ni una sanción en sentido estricto, sino una consecuencia de naturaleza estrictamente jurídico-civil⁷⁰. Como queda dicho, aún se insistirá en esto más adelante.

b) Tal vez se suscite la tentación de oponer a lo que acaba de exponerse, que de ese modo se produce un retorno al principio, pues si se llega a tales resultados, la razón no puede ser otra —así podría decirse— que durante todo el proceso del análisis las herramientas utilizadas han sido precisamente los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona *física* y por eso no se ha 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 a su mismo 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 hasta 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 esa vuelta a la misma objeción que *ya ha sido contestada*. En primer lugar, porque como ya dije más atrás, hay que insistir en que *el punto de partida* —¡la pregunta inicial correcta!— para el análisis de quienes rechazamos finalmente toda subjetividad jurídicopenal de la persona jurídica *no son en absoluto ni remotamente* los

⁶⁹ Véase en este sentido STRATENWERTH, FS-R. Schmitt, p. 302: “aquí falta todo substrato de una pena”; en el mismo sentido JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 573 s.

⁷⁰ Véase en este sentido SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4: “la pena individual por la infracción culpable de una norma que protege bienes jurídicos y el pago de una suma de dinero impuesto a una empresa por su deficiente organización son tan diferentes por su contenido, por sus fines y por su legitimación, que da lugar a que se acabe en una ‘legitimación artera’ con la ayuda de una contaminación semántica del lenguaje y de un arbitrario tratamiento igual de lo que es desigual, cuando se llama ‘pena’ también a la sanción de la empresa y en lugar de una deducción teleológica del sistema del Derecho penal se cita una figura del Derecho civil, ignorando con una recaída atávica en el *common law*, su analíticamente forzosa separación racional teleológica y valorativa del Derecho penal”. En el mismo sentido, afirma JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 573 que “si está excluida una pena por la culpabilidad contra la persona jurídica, entonces, para evitar confusiones, una sanción eventualmente legitimable” —*sic.* contra la persona jurídica— “tampoco debería designarse como pena”.

conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física como, sin embargo, imagina y supone erróneamente ZUGALDÍA⁷¹. Muy por el contrario, el punto de partida de la doctrina que *termina* negando la subjetividad penal de la persona jurídica es justamente la pregunta misma propuesta por ZUGALDÍA como la correcta, es decir, la de “si pueden construirse unos conceptos de acción y de culpabilidad válidos para la persona jurídica”⁷². Ahora bien, entre esa pregunta y la misma de quienes —como ZUGALDÍA— ya tienen una respuesta *a priori* positiva para ella, existen dos grandes diferencias. La primera radica en que en el momento inicial de formular la pregunta, es decir, *a priori*, la respuesta es absolutamente desconocida, y la segunda, consecuencia forzosa de la anterior, que para buscar esa respuesta, la doctrina que termina encontrando una de signo negativo hace uso y trabaja justo con todo lo que ignora o que deliberadamente pasa por alto la doctrina favorable al constructo, es decir, con todo el patrimonio de conceptos y de nociones jurídicas permanentes e indisponibles que proporcionan la Teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil, del administrativo y, finalmente, del penal, y por si esto fuera poco, haciendo operar a dicho patrimonio conceptual por medio de las herramientas e instrumentos que proporcionan la lógica formal y material y los principios del habla racional. De este modo, pues, parece claro que es ZUGALDÍA quien “no formula bien” el que es nuestro punto de partida, ya que es evidente que lo que él califica como tal es en realidad y a todas luces —justo al revés— el *punto de llegada* de la doctrina que niega la subjetividad penal de la persona jurídica. Esto es así, naturalmente, porque precisamente ha sido la trabajosa y laboriosa aplicación de todo aquel instrumentario conceptual y metodológico que se ha hecho operar desde el *punto de partida*, lo que ha llevado al final a la única *conclusión* objetiva que era posible, y que no es otra que en el sentido técnico jurídico no puede haber ningún otro concepto de acción ni de culpabilidad que no sean precisamente los pensados respecto de la persona física, y por esta razón, a la *conclusión*, también en el *punto de llegada*, de una respuesta rotundamente negativa a la pregunta *inicial correcta* que ZUGALDÍA entiende con razón —porque no hay otra posible— que hay que plantear acerca de si puede pensarse en “*otros* conceptos distintos de acción y de culpabilidad”⁷³, y en particular acerca de “si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”⁷⁴; una respuesta que es

⁷¹ Véase ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, pp. 621 s., y persistiendo en ello, ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, p. 61.

⁷² Véase ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, p. 622.

⁷³ Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 621.

⁷⁴ Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.

rotundamente negativa porque entre otras muchas razones, reiterando ahora sólo el tajante y apodíctico juicio de KELSEN —como también los de HENKEL y ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO— “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los *seres humanos*”, y que “cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de *seres humanos*”⁷⁵. Y que esto es así, se explica, en definitiva, porque al substrato real de la persona jurídica en cuanto tal le falta absolutamente toda propiedad con potencial adecuado para realizar u omitir *acciones* y, por consiguiente, como es obvio, para obrar de modo culpable en el sentido del Derecho penal. Como dice JAKOBS, con toda razón, y de modo claro y contundente, la persona jurídica misma no puede producir ella misma “ninguna desautorización de la norma”, porque ella “no puede desempeñar el rol de un autor, en el sentido del Derecho penal, por carecer de una dotación suficiente para ello”⁷⁶, y porque, además, “el concepto de culpabilidad, que se desarrolló para las personas naturales, cuya identidad se establece por medio de la unidad de la conciencia atribuida a ellas, no se puede extender o torcer de tal modo que comprenda también a las personas jurídicas, cuya identidad se garantiza por medio de su constitución”⁷⁷.

c) Pero no sólo es que la doctrina contraria a la subjetividad penal de la persona jurídica *no* parte en absoluto —como erróneamente le atribuye ZUGALDÍA— de unos conceptos de acción y de culpabilidad *preestablecidos* con respecto a la persona física, pues como queda dicho, tales conceptos son, por el contrario, el *punto de llegada* de aquélla. Es que, contra la errónea objeción de ZUGALDÍA hay que replicar ahora que es él mismo quien justo y precisamente incurre de un modo palmario en el error metodológico que imputa sin fundamento alguno a la doctrina contraria personalizada en mi propio discurso y en mi propia exposición. Pues cuando él meramente afirma sin más argumentación que los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física “*no excluyen ni mucho menos otros conceptos distintos de acción y de culpabilidad*”⁷⁸,

⁷⁵ Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 114 (cursiva mía); además KELSEN, Teoría pura, 1979, pp. 186 ss.; en sentido similar, HENKEL, Introducción, pp. 267-308 y especialmente pp. 309 ss. argumenta profunda y prolijamente en la dirección de que el estrato “espiritual” del ser humano, es la *única* dimensión respecto de la que es *posible* pensar normas jurídicas de conducta y conceptos de acción (injusto) y de culpabilidad; y también en sentido similar, en este caso desde el punto de vista procesal, el sorprendente opúsculo de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, pp. 26 ss. y 35 s., afirmando que el proceso “se compone de una serie de actos o actuaciones, concebidos como *manifestaciones de voluntad*, atinentes a su marcha y finalidad, que sólo pueden emanar de seres *racionales*” (p. 26, cursiva mía) y que, por esto, un proceso “relacionado con *la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas*” (cursiva del autor), estaría más próximo a “los procesos contra animales” que a “los seguidos contra personas físicas” (p. 35)

⁷⁶ Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 571.

⁷⁷ Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 570.

⁷⁸ Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 621.

y a continuación plantea la pregunta correcta de “si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”⁷⁹, es mucho más que obvio que es él quien *sí* está partiendo claramente de unos conceptos de acción y de culpabilidad *de la persona jurídica* ya absolutamente “preestablecidos” por él mismo⁸⁰. Pues es evidente que éstos, que no consisten en otra cosa que en la acción y en la culpabilidad de la persona física que haya cometido el hecho *imputadas* luego de algún modo a la jurídica⁸¹, se encuentran ya implícitos y latentes tanto en su inicial afirmación como en su subsiguiente pregunta, de modo que ZUGALDÍA ya no tiene más que deducirlos tautológicamente *a posteriori* de su afirmación y pregunta previas en las que ya las había incluido *a priori*. Este proceder, sin embargo, no es otro que el propio del conocido vicio lógico del *quaternio terminorum*, porque como afirma con razón SCHÜNEMANN, “quien intenta agrupar a una acción propia (o a una culpabilidad propia) y a la imputación de una acción ajena (o de una culpabilidad ajena) bajo uno y el mismo concepto de la acción (o de la culpabilidad) sucumbe absolutamente ante el error lógico del *quaternio terminorum* (que conduce a una argumentación circular)”⁸². Esto es así porque, como dice con el mayor acierto JAKOBS, “en el caso de las acciones no permitidas del órgano, la transmisión a la persona jurídica del interés determinante de

⁷⁹ Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.

⁸⁰ Que esto es así, lo prueba apodícticamente su mera y simple categórica afirmación en absoluto argumentada de que al margen de los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física “*¡existen! también unos conceptos de acción y de culpabilidad propios de la persona jurídica*”; véase ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, p. 61. Es cierto que como hacen todos los defensores del constructo, ZUGALDÍA trata de explicar en qué consisten esa acción y esa culpabilidad de la persona jurídica, pero el juicio que merecen tales explicaciones corresponde al plano del método de construcción jurídica de conceptos y será formulado más adelante al tratar de tal cuestión, cfr. *infra* III.7.

⁸¹ Véase ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, pp. 73 ss., y 75 ss., para quien se trata de “valorar el soporte humano en su justa medida fijando los criterios (normativos) de imputación que permitan poner a cargo de la persona jurídica, como propio de ella, el comportamiento llevado a cabo en su seno por una persona física” (p. 74), es decir, que la responsabilidad propia de la persona jurídica consiste en una “transferencia de responsabilidad (o de responsabilidad por contaminación) de la persona física a la jurídica” (p. 75); de este modo la persona jurídica actúa con dolo cuando se le pueda *imputar* “el conocimiento poseído por las personas competentes” (p. 90) y su culpabilidad propia trae su causa de “la actitud reprochable del autor (el defecto de organización)”, porque es esa actitud “lo que permite imputar a la persona jurídica el hecho ilícito (de conexión o de referencia), realizado por una persona física” (p. 92). Es realmente asombroso cómo algo “ajeno” queda transformado en “propio” en virtud de una simple y sencilla “imputación”; sin embargo, y afortunadamente, disponemos del auxilio del gran KELSEN para salir de ese asombro con la comprobación de que semejante transformación es simplemente imposible, pues como nos enseña el máximo artífice de la teoría pura del Derecho “referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es *imputar* dicho acto a la comunidad misma”, pero siendo esto sí, lo que no hay que perder de vista es que “ésta es, sin embargo, *otra* especie de imputación, *diferente* de aquella a que nos referimos al tratar el problema de la *imputabilidad* como capacidad jurídica de cometer un *acto violatorio*”; véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 116 (cursiva mía).

⁸² Véase SCHÜNEMANN, FS Tiedemann 2008, pp. 431 s.; ya antes EL MISMO, Unternehmenskriminalität 1979, pp. 234 s.; EL MISMO, en LK¹², 2006, comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840, y ahora de nuevo EL MISMO, ZIS 1/2014, pp 3 s., afirmando que el modelo de la imputación, “no consiste en algo distinto al *quaternio terminorum* del concepto de acción y del de culpabilidad, pues la imputación de una acción ajena justamente no es una acción, y la imputación de una culpabilidad ajena no puede crear un presupuesto de culpabilidad ausente”, de modo que así “ni se responde a la pregunta por la legitimación, ni se respetan las premisas racionales teleológicas y valorativas del Derecho penal, y por consiguiente” en todo esto “no existe nada más que un círculo vicioso tanto ontológica como valorativamente” (p. 4). Y en el mismo sentido, ROXIN, AT I⁴, 2006, § 8 C n° 63, p. 264 y GRACIA MARTÍN, en Foro FICP N° 2014-2 (septiembre), pp. 36 y 47 y en LH-Schünemann II 2014, pp. 112 y 123 s.

una ampliación de la masa de la responsabilidad, no tiene lugar alguno en el Derecho penal *de la culpabilidad*⁸³. ZUGALDÍA me ha imputado incurrir en errores metodológicos, pero después de lo dicho no creo que pueda haber ni una mínima duda sobre el hecho de que es él mismo quien incurre real y palmariamente en errores de esa clase.

d) 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 encuentra en el ser de la persona jurídica y a la cual no se pueden adaptar para nada aquellos conceptos preestablecidos, no obstante es posible, primero formar unos conceptos de acción y de culpabilidad *propios* de esa otra materia distinta, y luego someter a éstos a las valoraciones específicas del Derecho penal. 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 causado⁸⁴, pretender dar a tales predicados del lenguaje vulgar los sentidos técnico jurídicos que tienen en el Derecho penal⁸⁵, 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

⁸³ Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 572.

⁸⁴ Véase NINO, Introducción, 1984, pp. 184 ss.

⁸⁵ Pues como observa con razón SOLER COSTA, Poder 2014, p. 33, en el Derecho se utilizan ciertamente “numerosos términos simples” (quiere decir del lenguaje cotidiano), pero no obstante “especializados”, lo que apunta claramente a que una palabra o expresión del lenguaje vulgar, una vez que ha adquirido un sentido técnico-jurídico especializado, porque con ella se designa a un “concepto” jurídico preciso que se ha formado previamente, ya no puede utilizarse *en su sentido técnico* para llamar o designar con ella a cualquier fenómeno real al que pueda remitir —y en relación con el cual continúa siendo válido— *su uso vulgar*, sino sólo para designar al sector de la realidad que ha sido recortado y acotado por el concepto respecto del que se la usa ahora en aquel sentido técnico.

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 ejércitos⁸⁶.

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”⁸⁷ o el “mal del nominalismo”⁸⁸. 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.

a) 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 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*⁸⁹. 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

⁸⁶ Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 2 s.

⁸⁷ Así ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622

⁸⁸ Así NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, pp. 19 s. y especialmente la nota 10 en p. 20.

⁸⁹ Cfr. *supra* nota 35.

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 accesoria, etc., *los obstáculos se esfuman*”⁹⁰. 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 accesoria”⁹¹. Y es que, como advierte DELGADO ECHEVERRÍA, en el metalenguaje de los juristas “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”⁹². Por esto, contra lo que afirma NIETO, si el llamar “consecuencias accesorias” a las reacciones jurídicas contra personas jurídicas da lugar a que —como él dice— los obstáculos se esfumen, esto se debe simplemente a que, como han puesto de relieve BOLDOVA/RUEDA, “la responsabilidad (de la persona jurídica) sería de carácter no penal (civil o administrativa)”⁹³, y por esta razón si aquél

⁹⁰ Así NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, p. 19.

⁹¹ Sobre todo esto, véase por ahora sólo BOTTKE, 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 BOTTKE, 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.

⁹² Véase DELGADO ECHEVERRÍA, Vigor de las leyes, pp. 11 s., quien advierte, con razón, que el Derecho es dependiente del lenguaje natural y éste lo contamina; y dado, sin embargo, que en el Derecho “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”; entonces a todo esto debe seguir que “en ocasiones, habrá que estipular sentidos técnicos de términos de uso común”, pero también que “en ciertos casos, se (tenga que crear) un término más o menos artificial, específico de este lenguaje técnico”. Dada la grave hostilidad entre las palabras y las cosas que genera la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito científico-técnico del Derecho, sobre la importancia del lenguaje científico-técnico en el Derecho se volverá de modo insistente más adelante; por ahora véase sólo HORN, Rechtsprache 1966, *passim*, especialmente, pp. 21 ss. y 97 ss., y sobre los caracteres del lenguaje científico-técnico, que lo diferencian, por un lado, de los usos cotidianos del lenguaje en la vida común, especialmente de los “argots” y de las “jergas”, y por otro lado, de los lenguajes “sectoriales”, propios de las actividades profesionales, véase la interesante y penetrante investigación de SOLER COSTA, Poder 2014, pp. 26 ss. y, especialmente, p. 33, donde la autora precisa que una propiedad del lenguaje científico-técnico es “que su léxico específico es semánticamente único”, lo cual significa que “en un término científico-técnico, no cabe esperar polisemia”; en el Derecho —observa la autora— se utilizan ciertamente “numerosos términos simples” (quiere decir del lenguaje cotidiano), pero no obstante “especializados”.

⁹³ Véase BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 287.

nombre de “consecuencias accesorias” hace que los obstáculos “se esfumen”, ello no se debe sólo a la mera corrección denotativa del significante, sino sobre todo y primordialmente a su exacta y precisa connotación del objeto real al que se refiere, o dicho de otro modo: a la exacta y precisa correspondencia o concordancia *analógicas* del término (“consecuencias accesorias”) con la *naturaleza de la cosa*⁹⁴. Pues el delito que comete el que actúa para la persona jurídica, y por el que *sólo* su autor responderá —él sí— *criminalmente*, es un acto relacionado con la administración del patrimonio de aquélla por éste, y por ello el patrimonio de la persona jurídica también debe *responder* de las consecuencias derivadas de los actos relativos a su administración, pero una intervención en un patrimonio que está administrado por otro, como afirma clara y contundentemente JAKOBS, “no tiene absolutamente nada que ver con una *pena*”⁹⁵, y por esto, “para evitar confusiones, no se debería bautizar con el nombre de *pena*”⁹⁶.

b) 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 penal⁹⁷. Esta indeclinable exigencia, sin embargo, se burla del modo más absoluto cuando, como hace la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a un supuesto de hecho del cual están completamente ausentes una acción y una culpabilidad materiales —es decir, reales 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 serlo⁹⁸. Así pues, quienes afirman como ZUGALDÍA, que

⁹⁴ Sobre esto, véase ahora solo ARTHUR KAUFMANN, *Analogie*² 1984, pp. 44 ss.; y sobre el concepto de “consecuencias accesorias”, véase GRACIA MARTÍN, *LCJD*⁴ 2012, pp. 201 ss.

⁹⁵ Véase JAKOBS, *FS Lüderssen* 2002, p. 573.

⁹⁶ Véase JAKOBS, *FS Lüderssen* 2002, p. 574.

⁹⁷ Véase ENGISCH, *Einführung*⁷ 1977, pp. 33, 119 s.

⁹⁸ 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.

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 substancia⁹⁹, 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

⁹⁹ Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 109.

objetos de la naturaleza”¹⁰⁰. Desde el punto de vista del Derecho procesal, Alcalá-Zamora y Castillo, al comparar los procesos penales contra animales con los que pudieran seguirse contra las personas jurídicas, afirma que éstos estarían más próximos a los primeros que a los procesos contra personas físicas¹⁰¹. El gran civilista italiano FERRARA calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”¹⁰². Ya en tiempos recientes, el genial iusadministrativista español Alejandro NIETO, con razón y sin empacho alguno, descalifica los intentos de fundamentar una 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”¹⁰³, o afirmando que tales intentos no serían nada más que simples “artilugios”¹⁰⁴ y “fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables”¹⁰⁵ con las que, en definitiva, se termina recurriendo a “una especie de hipocresía”¹⁰⁶. 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 culpabilidad¹⁰⁷. 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”¹⁰⁸. Y en cuanto a

¹⁰⁰ Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 127; véase también KELSEN, Teoría pura, 1979, p. 187.

¹⁰¹ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, p. 35: “estas peculiaridades procedimentales, al alejar en ciertos aspectos los procesos contra animales de los seguidos contra personas físicas, *los aproximan*, a su vez, hasta cierto punto, a un tipo de enjuiciamiento también sobremano discutible y discutido: el relacionado con la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas” (cursiva mía).

¹⁰² 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”.

¹⁰³ Así, literalmente, Alejandro NIETO, DAS⁵ 2012, p. 398.

¹⁰⁴ También así Alejandro NIETO, DAS⁵ 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.

¹⁰⁵ Así Alejandro NIETO, Derecho sancionador⁵, 2012, p. 427.

¹⁰⁶ Así, literalmente, Alejandro NIETO, DAS⁵ 2012, p. 427 (se refiere NIETO a la hipocresía de llamar “culpabilidad” a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo).

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 4.

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-criminales¹⁰⁹.

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 serio¹¹⁰, 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”¹¹¹, 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.

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

¹⁰⁹ Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 15.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 1 y 18.

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 imaginable¹¹².

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 natural¹¹³. 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 jurídica¹¹⁴. 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”¹¹⁵, 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 criminal¹¹⁶.

¹¹² 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). En el mismo sentido, desde la Dogmática jurídico penal, véase BOLDOVA, EPC vol. XXXIII (2013), pp. 227 y 230, quien con toda la razón advierte que “es completamente imposible hablar de acción, omisión, dolo, imprudencia o culpabilidad en las personas jurídicas, dado que estas categorías tienen un sentido psicológico por estar vinculadas hasta ahora únicamente con el ser humano” (p. 227); asimismo, BOLDOVA, en PG 2013, p. 333 y BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 286.

¹¹³ Véase en este sentido, VOGEL, StV 7/2012, p. 428.

¹¹⁴ Así CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27ª ed., 2006, comentario previo al § 25 n.º 129 = HEINE, en la 28ª ed., 2010; ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, pp. 86 s.; el mismo, CPC, (53) 1994, pp. 620 s.

¹¹⁵ Así, lisa y contundentemente, y sin más, ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, p. 87.

¹¹⁶ 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

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 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”¹¹⁷. 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 uñas¹¹⁸. 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

Derecho penal sin futuro”.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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.

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”¹¹⁹. 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”¹²⁰, y por eso hace inmediatamente la importante observación de que los conjuntos de enunciados mismos no se refieren siempre al *mismo* objeto¹²¹. Que los enunciados de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas son unos que tienen a “otro” o a “otros” 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*¹²²—, incurren 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

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ Véase FOUCAULT, *L'archéologie*, 1969, pp. 45 s. (para la cita, cfr. p. 45).

¹²¹ 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.

¹²² 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*.

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”¹²³. En contra de la insostenible e inadmisibile habilitación que se pretende reconocer y dar al legislador para formular unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica, advierte SCHÜNEMANN 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”¹²⁴. 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 distinto¹²⁵. Por esto, empeñarse en continuar llamando 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 conocimiento¹²⁶, pues toda “contaminación semántica” induce a

¹²³ 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.

¹²⁴ Véase SCHÜNEMANN, *ZIS*, 1/2014, p. 4.

¹²⁵ Véase en este sentido SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 37: “con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el *concepto*” (cursivas del mismo autor).

¹²⁶ 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

errores en el razonamiento (lógicos)¹²⁷ 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”¹²⁸. 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 substancia¹²⁹. Pero así, dice con razón Alejandro NIETO, la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”¹³⁰ 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”¹³¹.

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 político¹³². 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 establecido¹³³. En un Estado de *Derecho* empero es inadmisibles identificar al *Derecho* con la *legislación* emanada del poder establecido¹³⁴. La legislación es ante todo un

PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.

¹²⁷ Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 11 y también en *Verfassungswidrigkeit* 2014, p. 15.

¹²⁸ Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 15.

¹²⁹ Véase Alejandro NIETO, DAS^{5t} 2012, p. 416.

¹³⁰ Véase Alejandro NIETO, DAS^{5t} 2012, p. 398.

¹³¹ Véase Alejandro NIETO, DAS^{5t} 2012, p. 416 (subrayado mío).

¹³² Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho por el poder público y sus distintos órganos, véase LEGAZ, *Filosofía del Derecho*^{4t}, 1975, pp. 651 ss.: “la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad ... (y) presupone el concepto del Derecho” (p. 651).

¹³³ Véase en este sentido WELZEL, *Introducción*, 1977, p. 259.

¹³⁴ En este sentido, véase ZAFFARONI, PG^{2t}, 2002, pp. 4 ss.

instrumento *político* de carácter técnico para la *concreción* del *Derecho* en los distintos ámbitos de relación y de la interacción sociales¹³⁵. Sólo pueden ser reconocidas como *Derecho* las leyes que realmente determinan una verdadera y auténtica concreción de éste, pero no aquellas que, porque lo contradicen, son sólo por esto *antijurídicas*¹³⁶. 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* penal¹³⁷, 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*¹³⁸, 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*¹³⁹. 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-penal¹⁴⁰, esto es, como dice WELZEL en

¹³⁵ Cfr. sobre este complejo problema ENGISCH, *Konkretisierung*, 1953, *passim*, y ahora especialmente pp. 75 ss. y pp. 85 ss. Según ENGISCH “se da también concreción como determinación en el plano de la *legislación*, allí donde ‘ideas abstractas’ o ‘planes inconcretos’ pretendan alcanzar la ‘forma concreta’ de normas jurídicas” (p. 77).

¹³⁶ 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).

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Cfr. en sentido parecido, aunque desde una postura iusnaturalista que no comparto, WÜRTEMBERGER, *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.

¹³⁹ Véase ZAFFARONI, *PG²* 2002, pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., y 101 ss.

¹⁴⁰ 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).

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.”¹⁴¹. 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 atribuir¹⁴², no reconozco a más Derecho que al *positivo*. A mi juicio, la fuente del Derecho (positivo) es el *contrato social*¹⁴³, y el cometido de la Ciencia del Derecho 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 individuos¹⁴⁴. Los principios *nulla iniuria sine “actione”* y *nulla iniuria sine “culpa”* constituyen exigencias indeclinables de la ética republicana y del Estado de Derecho¹⁴⁵. Ningún concepto de acción y de culpabilidad *en el sentido del Derecho penal* que se elabore

¹⁴¹ 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.

¹⁴² Véase GRACIA MARTÍN, REPC, 06-07 (2004), pp. 2-3 nota 6.

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ 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 razón⁵, 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.

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 Derecho¹⁴⁶. 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 Constitución¹⁴⁷, 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 ellas¹⁴⁸.

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 minimorum* del saber jurídico válido y vigente sin la mínima duda¹⁴⁹ 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 contrarios¹⁵⁰ o

¹⁴⁶ 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”.

¹⁴⁷ Véase NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, pp. 17 y 102 ss.

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ 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”.

¹⁵⁰ 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-

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”¹⁵¹ y si se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho¹⁵². 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 penal¹⁵³. Sin embargo, sólo con una toma de razón

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).

¹⁵¹ Véase Alejandro NIETO, DAS^{5º} 2012, p. 404 s.

¹⁵² Véase Alejandro NIETO, DAS^{5º} 2012, pp. 421 s.

¹⁵³ Véase ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 16 ss.: “admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas

superficial del estado 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*”¹⁵⁴. 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!*¹⁵⁵, 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*¹⁵⁶, 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

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”.

¹⁵⁴ Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 114 (cursivas mías); KELSEN, Teoría pura, 1979, pp. 186 ss.

¹⁵⁵ Así, véase sólo ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 64 ss.

¹⁵⁶ 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. En el mismo sentido ROBLES PLANAS, Diario La Ley n° 7705, 29 Sep. 2011, p. 5, advierte con razón que el llamado “modelo de la «culpabilidad propia» de la persona jurídica no es más que una variante refinada del modelo de la transferencia o de la atribución”; véase también ROBLES PLANAS, In Dret 2/2009, p. 5; y en el mismo sentido, BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), pp. 232 s. y 237 s., al decir con razón del modelo —sólo así “llamado” y, por ello, “falso”— de autorresponsabilidad, que en él todo lo que “finalmente se imputa a la persona jurídica es ontológicamente ajeno a ella” (pp. 233); EL MISMO, en PG 2013, p. 335; véase también BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, pp. 277 y 287: “a la persona jurídica no se le puede atribuir la autoría directa del delito, así como tampoco la autoría mediata ni la coautoría” (p. 277), pues “su responsabilidad está basada en hechos ajenos” (p. 287).

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 racional¹⁵⁷. 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*”¹⁵⁸. 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 acción¹⁵⁹. 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 obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos *individuos*”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Véanse las descalificaciones de SCHÜNEMANN en este sentido, expuestas más atrás en IV.4.

¹⁵⁸ Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 116 (cursivas mías).

¹⁵⁹ Así, véase ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 61 s. Así, véase sólo ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 61 s. El argumento original de que la capacidad de acción de la persona jurídica deriva de su condición de destinataria de normas de conducta es de TIEDEMANN, NJW 1988, pp. 1171 s.; en el mismo sentido, con remisión a TIEDEMANN, BRENDER, Verbandstäterschaft, pp. 117 ss.; asimismo — pero *inexplicablemente*— HIRSCH, Strafffähigkeit, p. 10; también SCHROTH, Unternehmen, pp. 13 ss., defiende con otros argumentos que la persona jurídica es destinataria de normas de conducta, y asume su tesis VOGEL, StV 2012, p. 429; en la doctrina española, véase el alambicado y en todo caso rechazable intento de GÓMEZ-JARA, Culpabilidad 2005, pp. 126 ss. Véase mi detenida y documentada crítica de la tesis de TIEDEMANN, en el sentido de que la persona jurídica, de lo único que puede ser destinataria es de normas de valoración o de distribución, pero nunca de normas de determinación o de conducta, en GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, pp. 63 ss. Debe hacerse mención aquí, para rechazarla con la mayor contundencia, de la disparatada “ocurrencia” de GALÁN MUÑOZ, Persona jurídica 2012, pp. 535 ss., de inventar en un vacío de saber jurídico, es decir, sin la mínima referencia que la respalde, y por tanto extraer de la nada a una supuesta norma de conducta o de determinación “colectiva” de la que sería destinataria la persona jurídica misma, es decir, que obligaría ¡de forma colectiva! a todas las personas físicas con capacidad de decidir sobre la actividad de la jurídica (p. 535). Contra esto, además de la explicación de KELSEN que se expone en el texto, véase sólo, porque es suficientemente contundente, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 567: “en todo caso, la voluntad común, *per se*, no puede delinquir, pues primero debe pasar por *la cabeza del órgano*” —es decir, en todo caso por la de un *individuo*— “para mover su mano”.

¹⁶⁰ Véase KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 117 s. (cursivas mías); véase además KELSEN, Teoría pura, 1975, pp. 185 s. Por esto, cuando se invoca el “defecto de organización” no se tiene en cuenta que éste no es más que un “estado” o “situación” —en ningún caso una “acción”— que resulta de la realización o de la omisión de acciones que infringen “normas de organización”, pero que tales acciones u omisiones solamente pueden realizarlas individuos humanos, y por esto destinatarios de normas de *determinación* a la organización de la persona jurídica son sólo individuos humanos y nunca ella misma; véase en este sentido sólo SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 4 s.; ROBLES PLANAS, InDret 2/2009, p. 5; y BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), pp. 252 s. Sobre todo esto, con más detalle, cfr. *infra* VI. 3 y 4.

IV. 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 efectos¹⁶¹, a la llamada persona jurídica y a la natural o física en los órdenes del Derecho privado y del Derecho público¹⁶², 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*¹⁶³. 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”¹⁶⁴. 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 son¹⁶⁵— 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 segunda¹⁶⁶, no pueden ser comprendidos más que como puras *metáforas* con las que

¹⁶¹ 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; en el mismo sentido, observa JAKOBS, *FS Lüderssen 2002*, pp. 561 ss. que “no todo lo que cabe para una persona natural, cabe para una jurídica” (p. 562).

¹⁶² 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, p. 260 ss.

¹⁶³ Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2^o*, 2010, p. 267.

¹⁶⁴ Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2^o*, 2010, p. 268. en sentido parecido, JAKOBS, *FS Lüderssen 2002*, pp. 563 s., habla de que es la persona natural la que “presta” a los elementos de la jurídica que *per se* no pueden participar en el tráfico jurídico —la masa patrimonial, la agrupación de personas misma— “la capacidad” para que aquellos elementos puedan hacerlo “como persona jurídica”.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ 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

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 caracteriza a las semejanzas (identidades) propias de la *analogía*¹⁶⁷, y que son, también precisamente, las que sirven de base a la construcción jurídica de conceptos y de supuestos de hecho¹⁶⁸. 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 Derecho¹⁶⁹, esto es, de sujeto con capacidad jurídica plena¹⁷⁰, 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 Derecho¹⁷¹.

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

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, *PG*², 2002, p. 427, con referencias.

¹⁶⁷ Sobre las “figuras de la semejanza” (epistemológicas), cfr. *supra* III.7 b).

¹⁶⁸ 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 análogo a la equiparación de la omisión a la acción; y con alcance general, véase SCHÜNEMANN, *FS-Arthur Kaufmann*, 1993, *passim*.

¹⁶⁹ Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2*^o 2010, p. 267.

¹⁷⁰ Véase H.J. WOLFF, *Verwaltungsrecht I*⁸, 1971, p. 196.

¹⁷¹ 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”.

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*”¹⁷². La denominación “persona *jurídica*” es en realidad un pleonasma, pues no hay más persona que la jurídica¹⁷³. 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 perjuicios¹⁷⁴. 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 como el ser humano individual y la agrupación de una pluralidad de éstos, e incluso a otros entes con substrato puramente patrimonial¹⁷⁵, 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, pues como acertadamente advierte JAKOBS, “la persona jurídica, sólo porque sea persona, no tiene que ser persona *en todo sentido*”¹⁷⁶, y teniendo en cuenta esto, “las personas jurídicas —comparables en esta medida a niños y a personas inimputables— son desde luego personas, pero precisamente *no son personas activas del Derecho penal*”¹⁷⁷. 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

¹⁷² 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.; EL MISMO, FS Lüderssen 2002, pp. 560 s.; y también, siguiendo a JAKOBS, PAWLIK, GA 1998, p. 369.

¹⁷³ Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 113.

¹⁷⁴ Véase, en este sentido, por ejemplo, H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I⁸, 1971, pp. 194, 201 ss.; LACRUZ/DELGADO Elementos I-2^o, 2010, p. 259; GRACIA MARTÍN, Actuar I, 1985, p. 8; el mismo, Personas jurídicas 1996, p. 40.

¹⁷⁵ 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”.

¹⁷⁶ Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 575.

¹⁷⁷ Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 566.

física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como ‘jurídica’¹⁷⁸. 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 colectiva¹⁷⁹.

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”¹⁸⁰, 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”¹⁸¹. La persona jurídica es, por una parte, una figura o ente jurídica¹⁸² 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”¹⁸³. El *quid* preexistente de la persona jurídica es —como observan LACRUZ/DELGADO— “una realidad *sociológica*,

¹⁷⁸ Véase Kelsen, Teoría general, 1995, p. 113.

¹⁷⁹ Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2^o, 2010, pp. 267 s.

¹⁸⁰ Véase Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264.

¹⁸¹ Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2^o, 2010, p. 267.

¹⁸² Véase Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264.

¹⁸³ Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2^o, 2010, p. 267.

compuesta por los miembros de la asociación, los órganos, el patrimonio, etc.”, y la 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”¹⁸⁴. 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 más¹⁸⁵. 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 ambas¹⁸⁶. En suma, y como se dice en la STC de 2 de junio de 1998, citada por LACRUZ/DELGADO¹⁸⁷, 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,

¹⁸⁴ 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”.

¹⁸⁵ Véase Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264, y en sentido parecido LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2^o, 2010, pp. 267 s.

¹⁸⁶ Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2^o, 2010, pp. 267 s., y en sentido parecido Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264.

¹⁸⁷ Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2^o, 2010, p. 268.

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 jurídico penal 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 otra¹⁸⁸. Pues la persona jurídica es el *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 correspondientes¹⁸⁹.

5. Ahora bien, dicho lo anterior, y a diferencia de lo que hace la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁹⁰, 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 ellos¹⁹¹, y que respete asimismo el *minimum minimorum* de los principios y de los

¹⁸⁸ 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, Montevideo/Buenos Aires, 2010.

¹⁸⁹ 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).

¹⁹⁰ En el mismo sentido, contundentemente, SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 4, 8 s.; véase también ZAFFARONI, PG², 2002, pp. 426 s.; Alejandro NIETO, DAS⁵ 2012, pp. 404 s. y 421 s.

¹⁹¹ 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

enunciados jurídicos fundamentales que aún hoy conservan toda su validez¹⁹², tanto en la teoría general como en las específicas y diferentes ramas del Derecho¹⁹³, y en 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 suyo¹⁹⁴, 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

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.

¹⁹² Como ya se dijo, y ahora se insiste en ello, Alejandro NIETO, *DAS*⁵ 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).

¹⁹³ 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, *DAS*⁵ 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).

¹⁹⁴ Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-3*³, 2005, p. 274; en sentido parecido, JAKOBS, *FS Lüderssen* 2002, pp. 562 s., advierte que lo que se imputa es sólo “la consecuencia jurídica”, como sucede por ejemplo en el caso del trabajo, en que lo único que se imputa al empresario es “la propiedad” (consecuencia jurídica) de la cosa elaborada por los trabajadores.

*representación*¹⁹⁵. 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”¹⁹⁶, mientras que la presencia y la voluntad del representado son meramente virtuales, es decir, sólo están presentes en el modo de una *contemplatio domini*¹⁹⁷. 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”¹⁹⁸. 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*¹⁹⁹ 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 hecho²⁰⁰, 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

¹⁹⁵ Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2^o, 2010, p. 281.

¹⁹⁶ Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-3^o, 2005, p. 281.

¹⁹⁷ Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-3^o, 2005, p. 286.

¹⁹⁸ Reflexiónese sobre la identidad de contenido y de estructura de este precepto con los del art. 31 bis.

¹⁹⁹ 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^o, 1990, pp. 275 s.; LACRUZ/RIVERO, Elementos II-2^o, 2009, pp. 502 ss.

²⁰⁰ 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.

penal²⁰¹, y como queda dicho, una responsabilidad cuyo fundamento sean la relación o el vínculo existentes entre el sujeto responsable y el que realizó el hecho punible, no puede tener nunca naturaleza jurídico penal, sino exclusivamente civil o, en su caso, jurídico administrativa no sancionadora²⁰².

V. 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

²⁰¹ 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 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-2^{4ª}, 2009, pp. 500 y 502 ss.

²⁰² Coincidiendo en negar la naturaleza penal de una responsabilidad con ese fundamento, véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 572 y 573 s., en cuya opinión, a mi juicio, se encuentran implícitas tesis kelsenianas. Por esto, me parece cuanto menos discutible la interpretación que desarrolla BACIGALUPO ZAPATER, Teorías 2005, pp. 52 s., en el sentido de que KELSEN admitiría una auténtica responsabilidad colectiva de carácter o naturaleza auténticamente “penal”; no obstante, hay que reconocer que KELSEN no sólo no es claro a este respecto, sino que en ocasiones incurre en claras contradicciones, como sucede precisamente en relación con su afirmación de que jurídicamente sería posible aplicar la pena privativa de libertad y la de muerte a todos los miembros de la organización, pues como acertadamente critica BACIGALUPO, loc. cit., p. 54, el mismo KELSEN tiene que admitir que tales penas sólo se pueden ejecutar sobre una persona *física*.

administrativas²⁰³, pero ya no es cierto que tal postura sea unánime e indiscutida, y en mi opinión ni siquiera que sea la postura mayoritaria²⁰⁴. 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 formulados²⁰⁵. 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 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 criminal²⁰⁶, porque ambos son manifestaciones de un único y mismo poder punitivo (*Strafgewalt*) que es distinto del poder coercitivo (*Zwangsgewalt*)²⁰⁷ en el sentido de la fructífera diferenciación de ambos que debemos a Otto MAYER²⁰⁸. 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

²⁰³ 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.

²⁰⁴ 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, *Lecciones*⁴⁷ 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*, n° 7705, 29 Sep. 2011, p. 8; en la doctrina peruana, véase en el mismo sentido MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad*, 1999, p. 141.

²⁰⁵ Véase, por ejemplo, Alejandro NIETO, *DAS*⁵ 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).

²⁰⁶ Así la doctrina mayoritaria, véase por todos CEREZO MIR, *PG I*⁶, 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, *DAS*⁵ 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.

²⁰⁷ En el mismo sentido ZAFFARONI, *PG*², 2002, pp. 48 ss. y 214 ss.

²⁰⁸ Véase Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht I*³, 1924, pp. 213 ss.

de la identidad del *poder* que las aplica (*punitivo*)²⁰⁹, 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 regla²¹⁰. 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 insostenible²¹¹. 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”²¹². 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”²¹³, 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 jurídica²¹⁴. 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

²⁰⁹ En el mismo sentido ZAFFARONI, PG², 2002, pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss., y 177 ss.

²¹⁰ 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, DAS⁵¹ 2012, pp. 26 ss.

²¹¹ Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, pp. 47 s.

²¹² Véase ROXIN, AT I⁴, 2006, § 8 C n° 59, p. 262.

²¹³ Véase ROXIN, PG I², 1997, § 8 n° 56c *in fine*, p. 260.

²¹⁴ Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 48.

observado aquella evolución durante los 11 años transcurridos entre ambas ediciones, haya suprimido la invitación a esperar a la evolución de la discusión²¹⁵. 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”²¹⁶. Pero por otra parte, y esto es lo que interesa para la crítica que ahora estoy desarrollando, a GÓMEZ TOMILLO le sorprende²¹⁷, 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 acción²¹⁸. 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 accesoria”²¹⁹, 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.)²²⁰. 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

²¹⁵ Véase ROXIN, AT I⁴ 2006, § 8 C n° 59, p. 262 y § 8 C n° 63, p. 263.

²¹⁶ Véase LUZÓN PEÑA, PG-Lecciones, 2ª ed., pp. 137 ss., y especialmente pp. 152 s.

²¹⁷ Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, pp. 48 s. y nota 76.

²¹⁸ Véase ROXIN, AT I⁴ 2006, § 2 O n° 133, p. 59 y § 8 C n° 60, p. 263.

²¹⁹ Véase ROXIN, AT I⁴ 2006, § 8 C n° 60, p. 263.

²²⁰ 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 *Lecciones*⁴ 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. Véase también SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, p. 4, donde advierte que con la expresión de “culpabilidad por la organización” no se describe nada más que un “estado” de la organización, y en modo alguno una “infracción de la norma”; en el mismo sentido, véase BOLDOVA, *EPC XXXIII* (2013), p. 228 y EL MISMO, en *PG* 2013, p. 333, observando aquí con acierto que “la persona jurídica no realiza comportamientos, sino que presenta un *estado de cosas, una situación fáctica*” (cursiva mía).

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”²²¹, 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”²²². Estos argumentos de GÓMEZ TOMILLO, sin embargo, son sumamente desafortunados. Los primeros porque como tan documentadamente ha demostrado SCHÜNEMANN, según ya se vio más atrás²²³, 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

²²¹ Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 99.

²²² Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 100.

²²³ Vid. *supra* nota 148.

peligrosas”²²⁴. 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 jurídicas²²⁵, 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 jurídica²²⁶; *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 principio²²⁷; 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 objetiva²²⁸. 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 legislación²²⁹. 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 culpabilidad²³⁰, pues por mucho que se quiera seguir llamando así a cualquiera de los 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”²³¹.

²²⁴ Véase GÓMEZ MARTÍN, *Falsa alarma*, 2012, p. 383 (cursivas mías).

²²⁵ Véase Alejandro NIETO, *DAS*^{5º} 2012, pp. 391, 402.

²²⁶ Véase Alejandro NIETO, *DAS*^{5º} 2012, pp. 393 y 414.

²²⁷ Véase Alejandro NIETO, *DAS*^{5º} 2012, p. 393.

²²⁸ Véase Alejandro NIETO, *DAS*^{5º} 2012, pp. 402 s., 415 s. y 418 ss.

²²⁹ Véase Alejandro NIETO, *DAS*^{5º} 2012, pp. 395 ss. y 414.

²³⁰ Véase Alejandro NIETO, *DAS*^{5º} 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”.

²³¹ Véase Alejandro NIETO, *DAS*^{5º} 2012, 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),

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”²³². 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’”²³³. Pero —pregunta— “¿qué necesidad hay de hablar de culpabilidad —un fenómeno psíquico rigurosamente personal— cuando estamos ante una infracción cometida por una empresa?”²³⁴. 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”²³⁵, 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 ablatorias²³⁶, pues evocando de nuevo la graciosa y genial metáfora de

refiriéndose aquí al artificio 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 III.4., las descalificaciones que dirige NIETO a todos los intentos de configurar un concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

²³² Véase Alejandro NIETO, DAS^{5º} 2012, p. 425 (corchetes añadidos por mí).

²³³ Véase Alejandro NIETO, DAS^{5º} 2012, p. 402.

²³⁴ Véase Alejandro NIETO, DAS^{5º} 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”.

²³⁵ Véase Alejandro NIETO, DAS^{5º} 2012, p. 426.

²³⁶ Como vengo sosteniendo desde hace años; véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 103 ss.; véase

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.

b) No veo claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica que Alejandro NIETO atribuye a la responsabilidad de la persona jurídica²³⁷, 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 punitiva²³⁸. 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”²³⁹. “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”²⁴⁰. 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

además *supra* nota 220.

²³⁷ 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, DAS⁵ 2012, p. 351.

²³⁸ Véase Alejandro NIETO, DAS⁵ 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-2⁶, 2010, p. 280, quienes mencionan como títulos de imputación el principio *ubi commodum, ibi periculum*; en el mismo sentido, LACRUZ/RIVERO, Elementos II-2⁴, 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).

²³⁹ Sobre ella, por ahora, véase Alejandro NIETO, DAS⁵ 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 PÍCAZO, Fundamentos, 1970, 329 s.

²⁴⁰ En este sentido Alejandro NIETO, DAS⁵ 2012, p. 422.

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.

VI. 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 Derecho²⁴¹, y aceptada y normalmente operativa en diferentes ámbitos jurídicos específicos²⁴². Mientras que el término “responsabilidad” es multívoco y remite en concreto a significados jurídicos muy distintos y variados²⁴³, 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 individual²⁴⁴ a causa de algo

²⁴¹ Sobre ella, véase extensamente la brillante construcción y exposición de KELSEN, *Teoría general*, 1995, pp. 75 ss.; véase también NINO *Introducción*² 1984, pp. 184 ss.

²⁴² 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, *Infractions 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.

²⁴³ Sobre la amplitud de significados del término “responsabilidad”, véase por ejemplo NINO, *Introducción*², 1984, pp. 184 ss.

²⁴⁴ 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

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*²⁴⁵; 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

prolijo listado de referencias, sucede con el criterio de la “motivabilidad” por la amenaza de la pena formulado por GIMBERNAT, Estudios³, 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 PG⁹ 2011, pp. 547 ss. Por esto, contra lo que pretende GÓMEZ-JARA, hay que decir que todo concepto de culpabilidad o de su equivalente como fundamento de la pena, que no remita *en todo caso* a un substrato humano individual, *sí* es uno completamente “inventado” y, por lo tanto, uno que *sí* vulnera el concepto penal de culpabilidad, o el de su equivalente incluso en el caso de que el criterio rector que lleve a la formulación de tal equivalente sea uno distinto y alternativo al poder actuar de otro modo (motivabilidad, capacidad de motivación normal, etc.). Por otra parte, GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, 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 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 I⁴ 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 PG² 2002, pp. 659 s.

²⁴⁵ Así también JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 566: “todos los hechos culpables son hechos propios de los que en ellos participan”.

concebible —y si lo fuera sería absolutamente inadmisible— una culpabilidad de nadie por el hecho realizado por un sujeto distinto²⁴⁶; 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 culpablemente²⁴⁷.

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)”²⁴⁸. 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 hecho²⁴⁹. La culpabilidad se contrae siempre al hecho propio y es subjetiva o personal, pero la responsabilidad puede ser objetiva y por el hecho de otro²⁵⁰. 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 ello, siempre objetiva²⁵¹ o, como la llama KELSEN, absoluta²⁵², 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

²⁴⁶ 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”, y en el mismo sentido JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 565.

²⁴⁷ 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”.

²⁴⁸ Véase Alejandro NIETO, DAS⁵ 2012, p. 426.

²⁴⁹ Véase KELSEN, *Teoría general*, 1995, pp. 77 ss.; NINO, *Introducción*², 1984, pp. 187 ss.; Alejandro NIETO, DAS⁵ 2012, pp. 414 ss.; GRACIA MARTÍN, *Diccionario*, 2008, pp. 818 ss.; el mismo, *Lecciones*⁴, 2012, p. 218.

²⁵⁰ Véase, por todos, Alejandro NIETO, DAS⁵ 2012, pp. 402, 418 ss. y nota anterior.

²⁵¹ Véase Alejandro NIETO, DAS⁵ 2012, pp. 402, 416 y 425; NINO, *Introducción*², 1984, p. 190.

²⁵² Véase KELSEN, *Teoría general*, 1995, p. 82.

jurídico, esto es, de una “persona”. Como advierte Alejandro NIETO, “se es responsable porque así lo declara la ley”²⁵³, y la ley puede declarar que lo sea tanto un sujeto distinto como “el autor material directo”²⁵⁴. 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 sujeto²⁵⁵, 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”²⁵⁶. 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 directa²⁵⁷. Fundamento de la imputación o transferencia de la obligación constitutiva del momento objetivo de la responsabilidad *por las consecuencias* de un hecho —que hay que distinguir de la responsabilidad *por el hecho mismo*—, por ejemplo de la obligación de *satisfacer* la sanción —que no hay que confundir con el *cumplimiento*—, no es en absoluto la infracción cometida, sino *la relación (normalmente jurídica)* existente entre el autor de la infracción y el sujeto a quien en virtud de dicha relación y por alguna buena razón ligada a dicha relación

²⁵³ Véase Alejandro NIETO, DAS^{5º} 2012, p. 419.

²⁵⁴ Véase Alejandro NIETO, DAS^{5º} 2012, p. 427.

²⁵⁵ En el mismo sentido, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 566 y 573: “No hay culpabilidad jurídico penal transferible, porque tan cierto es que el delinquir jurídico penal no puede ser una gestión de negocios ajenos, como que el que delinque tiene que responder él mismo por su hecho” (p. 566), y “el daño a la vigencia de la norma” es “producido por el administrador (de forma individual y no transferible)” (p. 573).

²⁵⁶ Cfr. sobre todo esto KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 75 s., y especialmente p. 79 s.

²⁵⁷ Véase también ROBLES PLANAS, InDret 2/2009, p. 12, quien observa con razón que “tampoco el Derecho civil o el administrativo reaccionan en sentido estricto ante un “hecho propio” de la persona jurídica, sino que hacen recaer sus sanciones en el ámbito organizativo-patrimonial de los titulares de la persona jurídica”.

(beneficio, riesgo, etc.) se le imputa o transfiere la obligación de responder²⁵⁸ y que resulta, por esto, “responsable” sin consideración para nada de su culpabilidad aunque sea un sujeto capaz de culpabilidad²⁵⁹, y sin consideración tampoco de la culpabilidad del autor del hecho²⁶⁰. Cuando el responsable *en este sentido* es el mismo autor de la infracción que ha obrado además culpablemente, y ha actuado aisladamente, es decir, fuera de toda relación con algún otro sujeto, aquél es doblemente responsable, pues tiene que responder tanto *personalmente por el hecho cometido culpablemente* como *objetivamente de las obligaciones relativas a las consecuencias del hecho* (por ejemplo la de indemnizar por el daño y el perjuicio, o la de prevenir futuros peligros), sin que en este caso pueda imputarse o transferirse esta responsabilidad por las consecuencias a nadie porque el autor realizó la infracción en relación consigo mismo. Por el contrario, si el autor realizó la infracción en el marco de una determinada relación con otro sujeto (porque por ejemplo era el gerente de una persona jurídica), él será desde luego el único responsable personal por el hecho porque esta responsabilidad es intransferible y no susceptible de imputación, pero la responsabilidad por las consecuencias, que ya no es personal, aunque también le incumbe a él personalmente en primer término y directamente²⁶¹, no obstante *sí* podrá serle transferida e imputada *objetivamente* al otro sujeto de la relación. Que esta clase de responsabilidad no tiene absolutamente nada que ver con el Derecho penal ni sancionador administrativo, sino sólo y exclusivamente con el Derecho civil y, en su caso, con el Derecho administrativo no sancionador, esto es, policial y coercitivo, no precisa en mi opinión de ninguna demostración adicional²⁶².

²⁵⁸ En este sentido, véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 562 ss.

²⁵⁹ Véase en sentido similar ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s.

²⁶⁰ Así JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 565: “la persona jurídica no debe indemnizar por los daños a causa de una culpabilidad imputable a ella, sino porque tiene que garantizar que el órgano no dañe de modo imputable”.

²⁶¹ Véase en este sentido JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 572: “la persona jurídica tiene que responder por un daño, por el cual el órgano ya está obligado de su parte a indemnizar”.

²⁶² Véase en este sentido JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 572: “el sentido no es jurídico penal, sino puramente jurídico civil”. Como observa con toda la razón y acierto BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), p. 247, con la modificación de las categorías del Derecho penal para adaptarlas a la persona jurídica, lo único que puede pretenderse es construir “otro Derecho penal”; EL MISMO, en PG 2013, pp. 333 y 334, donde destaca con razón que las categorías dogmáticas en que se pretende apoyar la responsabilidad de la persona jurídica son diferentes de las correspondientes a la persona natural; véase también BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 286. Pero como tiene que resultar de todo lo ya dicho aquí, muy especialmente en lo que concierne a las cuestiones de taxonomía y de nomenclatura, es evidente que ningún constructo de responsabilidad penal de las personas jurídicas puede salvarse tampoco mediante la acrobacia lingüística de continuar llamando “penal” al sistema que se construya aunque se le quiera reconocer como “otro”, pues lo “otro” es algo ya completamente diferente de lo “mismo”, y por esto ya no tiene la substancia del nombre con que se llama propiamente a lo “mismo”. Con el artilugio, pues, de la denominación del constructo como “otro” Derecho penal, para nada se elimina el vicio del falso etiquetamiento ni de la violación de las reglas del habla conforme a la razón, pues no puede llamarse Derecho *penal* “de ninguna clase” (porque no lo es en absoluto), a nada de lo que de un modo inequívoco y sin una sola duda tiene solo y exclusivamente una naturaleza (jurídica) civil o administrativa no sancionadora, y esto es lo que sucede con todo y con cualquier supuesto de hecho imaginable de “responsabilidad” de una persona jurídica, por lo que encasillar a éste en un supuesto “otro” Derecho penal resulta tan igualmente contrario a la lógica material y formal y a las reglas del habla racional como llamarlo supuesto de hecho del Derecho penal a secas, es decir, sin ningún pronombre ni adjetivo adicionales.

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”²⁶³, sino única y exclusivamente el ser humano empírico²⁶⁴. 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”²⁶⁵. 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. 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 representa²⁶⁶, 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 intransferible²⁶⁷. 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 inmediatamente²⁶⁸. 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

²⁶³ Véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, 2005, pp. 219 ss.

²⁶⁴ Véase GRACIA MARTÍN, Horizonte, 2006, pp. 214 ss.

²⁶⁵ Véase al respecto, especialmente, la exposición de SEILER, Strafrechtliche Massnahmen, 1967, pp. 50 ss.

²⁶⁶ Véase GRACIA MARTÍN, Actuar I, 1985, pp. 8 s., 11.

²⁶⁷ 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.

²⁶⁸ Véase FRANK, ZStW, 1917, p. 31.

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”²⁶⁹. 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”²⁷⁰. Y como observa con razón JAKOBS, “en tales casos, no se trata de la transferencia de *lo personalísimo* a otro, lo cual, por definición, estaría excluido, sino del propio ejercicio de las capacidades personalísimas en el ámbito organizativo de otro, mientras que no representa ninguna contradicción el hecho de que el titular de las capacidades decida por sí mismo el modo en que lo que vaya ejercer”²⁷¹.

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 representantes²⁷², y mucho menos aún la culpabilidad de éstos²⁷³. 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

²⁶⁹ Véase NAGLER, *Teilnahme*, 1903, p. 55, y en el mismo sentido, JAKOBS, *FS Lüderssen* 2002, pp. 566, 573 y 574.

²⁷⁰ Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG I*, pp. 228 ss.

²⁷¹ Véase JAKOBS, *FS Lüderssen* 2002, p. 565.

²⁷² En el mismo sentido KELSEN, *Teoría general*, 1995, pp. 79, 81 y 82.

²⁷³ En el mismo sentido, JAKOBS, *FS Lüderssen* 2002, p. 565: “Lo que debe atribuirse a una persona jurídica, primero tiene que ser empero descargado del órgano, y cuando el Derecho mantiene al órgano como persona sujeta a su culpabilidad, esta culpabilidad no puede ser descargada y atribuida a la persona jurídica”.

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 peligros²⁷⁴. Con esto, me reafirmo en las 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, y sobre las cuales aún me queda algo por decir en las conclusiones que siguen, y esto sin perjuicio de las ampliaciones de mis respuestas, de un calado mucho más profundo que el de las consideraciones aquí expuestas, que aún llevaré a cabo en la versión notablemente más extendida de este trabajo que todavía no considero ni puedo considerar terminado.

VII. Conclusiones

1. Como queda dicho, a diferencia de la culpabilidad, la “responsabilidad” es multívoca y no sólo en lo estrictamente semántico²⁷⁵, 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, etc²⁷⁶. 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 VOGEL²⁷⁷, la distribución e inserción precisas de cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad

²⁷⁴ En sentido parecido, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 573 ss., entiende que la persona jurídica es responsable, por una parte de forma mediata en el sentido de la responsabilidad civil del § 31 BGB, si bien —y esto ya no lo comparto— considera que dicha responsabilidad no es sólo a consecuencia del daño patrimonial, sino del daño —en su terminología— “a la vigencia de la norma” (p. 574), y por otra es también responsable de su “propia peligrosidad”, derivada de “una forma de administración peligrosa” (p. 574).

²⁷⁵ Véase NINO, Introducción^{2a}, 1984, pp. 184 ss. (puede usarse como asumir los deberes de un cargo, causar una catástrofe, ser capaz mentalmente, como cualidad moral, etc.)

²⁷⁶ Véase NINO, Introducción^{2a}, 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, DAS^{5a} 2012, pp. 378 ss.

²⁷⁷ 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 daños”.

en el sector jurídico que le sea propio de acuerdo a su naturaleza, tiene la máxima importancia²⁷⁸. 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 remite²⁷⁹. 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 GIMBERNAT²⁸⁰, *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 errado²⁸¹.

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

²⁷⁸ Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 4.

²⁷⁹ 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.

²⁸⁰ Véase GIMBERNAT, *Estudios*³, 1990, p. 217.

²⁸¹ Véase de nuevo SCHÜNEMANN, 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.”

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”²⁸². 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 “juridicopenal”, 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 inapropiadas²⁸³. 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 incorrecto²⁸⁴. 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 *proprias*

²⁸² 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.

²⁸³ 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 277.

²⁸⁴ 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.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, **Enjuiciamiento de animales** y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo XX, reedición de la edición de 1969, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.
- BACIGALUPO ZAPATER, **Teorías** de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Enrique Bacigalupo (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 43 ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, La responsabilidad penal y sancionadora de las personas jurídicas en el **Derecho europeo**, en Enrique Bacigalupo (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 43 ss.
- 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.
- BAUCELLS LLADÓS, en Córdoba/García Arán (dir.), **Comentarios** al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 417 ss.
- BENDA, El **Estado social** de Derecho, en Benda et alt. Manual de Derecho constitucional, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487 ss.
- BOLDOVA PASAMAR, La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española, **EPC vol. XXXIII (2013)**, pp. 219 ss.
- BOLDOVA PASAMAR, en Romeo/Sola/Boldova (coords.), Derecho penal. Parte General, Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 331 ss. (cit. **PG**).
- BOLDOVA/RUEDA, La responsabilidad penal de las **Personas jurídicas** en el Derecho Penal Español, en Pieth/Ivory (eds.), Corporate criminal liability, Springer Verlag, Heidelberg/London/New York, 2011, pp. 271 ss.
- BONNARD, Les **infractions intentionnelles** et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale du fait d'autrui, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.
- BOTTKE, **Assoziationsprävention**. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
- BOTTKE, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 41 ss. (cit. **LH-Roxin 1997**)
- BRENDER, Die Neuregelung der **Verbandstäterschaft** im Ordnungswidrigkeitenrecht, Schäuble Verlag, Freiburg/Berlin, 1989.
- 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.
- CUGAT, en Córdoba/García Arán (dir.), **Comentarios** al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 1005 s.
- FEDERICO DE CASTRO, La **persona jurídica**, Civitas, Madrid, 1981.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el **marco europeo**: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados, en De la Cuesta Arzamendi (dir.)/de la Mata (coord.), Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 129 ss.
- DEL REY GUANTER, **Potestad** sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social, Ministerio

* En negrita como se cita la obra.

- de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.
- DELGADO ECHEVERRÍA, El **vigor de las leyes**: el campo semántico *validez* en el *Diccionario de autoridades*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2013.
- DÍEZ PICAZO, **Fundamentos** de Derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972).
- DÍEZ RIPOLLÉS, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española, **InDret 1/2012**.
- DÍEZ RIPOLLÉS, Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española, en **JpD n° 73 2012**, pp. 48 ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, La **racionalidad** de las leyes penales, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2013.
- DUBBER, **Strafrechtsdogmatik als Botanik**, en Hefendehl (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitische Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Carl Haymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2005, pp. 245 ss.
- ENGISCH, 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.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, **Presupuestos** para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 91 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, La **extinción** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 261 ss.
- T.R. FERNÁNDEZ, en García de Enterría/T.R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo I*, 15ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2011 (cit. **Curso I**)
- 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, Unternehmerdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchstpreisgesetz, **ZStW 1917**, pp. 28 ss.
- FUSTER ASENCIO, El **procedimiento** sancionador tributario, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- GALÁN MUÑOZ, La responsabilidad penal de la **persona jurídica** tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Comares, Granada, 2012, pp. 503 ss.
- GARCÍA ARÁN, en Córdoba/García Arán (dir.), **Comentarios** al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 385 ss. y 637 ss.
- GARCÍA BLASCO, **Infracciones** 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.
- 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-JARA, La **atenuación** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 181 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, **Falsa alarma**, o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas 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.
- GONZÁLEZ CUSSAC, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 151 ss.
- GRACIA MARTÍN, El **actuar** en lugar de otro en Derecho penal I, *Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.
- GRACIA MARTÍN, **Responsabilidad** de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986.
- GRACIA MARTÍN, en 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**.
- GRACIA MARTÍN, La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, en Gimbernat/Gracia/Peñaranda/Rueda/Suárez/Urquiza, Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas II. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario, Gaceta penal & procesal, Lima, 2014, pp. 107 ss. (cit. **LH-Schünemann II 2014**).
- GRACIA MARTÍN, La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura, en **Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP N° 2014-2** (septiembre), pp. 16 ss.
- HARDWIG, **Die Zurechnung**, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.
- HEINE, **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit** von Unternehmen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.
- HEINE, en **Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar**, 28ª ed., 2010.
- HENKEL, **Introducción** a la Filosofía del Derecho, trad. De Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Taurus, Madrid, 1968.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, **Función** de la pena en la criminalidad económica, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 549 ss.
- HIRSCH, **Die Frage der Straffähigkeit** von Personenverbänden, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993.
- HIRSCH, **Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik** nach Welzel, citado por sus Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 60 ss. (= El desarrollo de la **Dogmática penal** después de Welzel, en sus Obras Completas, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f., pp. 13 ss.).
- HIRSCH, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, en **ZStW (116) 2004**, pp. 1 ss.
- Dieter HORN, **Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie**, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- 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, **Strafbarkeit** juristischer Personen?, en Prittwitz et al. (eds.), Festschrift f. Klaus Lüderssen, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, pp. 559 ss. (cit. **FS Lüderssen 2002**).
- JAKOBS, La **idea de la normativización** en la Dogmática jurídico-penal, en Moisés Moreno Hernández (coord.), Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Cepolcrim, Ed. D. R. Ius Poenale, México D. F., 2003.
- JAKOBS, Sobre la génesis de la **obligación jurídica**, en Jakobs/Cancio, Conferencias sobre temas penales, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s. f.
- KANT, **Crítica de la razón pura**, 19ª ed. de la traducción de la 2ª ed. alemana de 1787, con inserciones de los textos

- modificados de la 1ª (1781), de Pedro Ribas, Alfaguara, Madrid, 2002.
- 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, México 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.
- KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin, 1997 (cit. **AT**).
- KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), **Compliance** y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Sao Paulo, 2013.
- GEORG KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- LACRUZ/DELGADO, en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, vol. 2º, Personas, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010 (cit. **Elementos I-2⁶ 2010**).
- LACRUZ/DELGADO, *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, vol. 3º, Derecho subjetivo. Negocio jurídico, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005 (cit. **Elementos I-3³ 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-2² 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-2⁴ 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.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (cit. **PG⁴**).
- 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, Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Octavio de Toledo/Gurdiel/Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 741 ss. (cit. **EP Ruiz Antón 2004**).
- MIR PUIG, *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**).
- MIR PUIG, Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad, en **Foro FICP — Tribuna y Boletín de la FICP, n° 2014-1 (abril)**, pp. 24 ss.
- 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. **DAS**).
- NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
- NIEZTSCHKE, *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**.
- I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000.
- PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.
- PETTOELLO MANTOVANI, **Responsabilità per fatto altrui**. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- PHILIPPS, *Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen*, en Schweighofer et alt. (eds.), *Effizienz von E-Lösungen in Staat und Gesellschaft. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik* Tagungsband des 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposions **IRIS 2005**, Richard Boorberg Verlag,

- Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden, 2005, pp. 87 ss.
- RACHOR, en Liskén/Denninger, *Handbuch des Polizeistrafrechts*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012.
- ROBLES PLANAS, ¿Delitos de personas jurídicas?, **InDret 2/2006**.
- ROBLES PLANAS, El "hecho propio" de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, **InDret 2/2009**.
- ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, **Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011**.
- RODRIGUEZ 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**).
- SCHROTH, **Unternehmen** als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht, Brühlscher Verlag, Giessen, 1993.
- SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.
- SCHÜNEMANN, **Unternehmenskriminalität** und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979
- SCHÜNEMANN, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, en **wistra 1982**, pp. 41 ss. (= **ADPCP 1988**, pp. 551 ss.).
- SCHÜNEMANN, Die Gesetzesinterpretation in Schmittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, en *Festschrift für Klug I*, Köln, 1983, pp. 169 ss. (cit. **FS Klug I 1983**).
- SCHÜNEMANN, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, en *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 31 ss. (cit. **Jornadas 1992**)
- SCHÜNEMANN, Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 299 ss. (cit. **FS Arthur Kaufmann 1993**).
- SCHÜNEMANN, Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht, en *Schünemann/Suarez Gonzalez (eds.)*, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, pp. 265 ss. (= en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Ed. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565 ss.).
- SCHÜNEMANN, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissen, **GA 1995**, pp. 201 ss. (= **ADPCP**, 1996, pp. 209 s.).
- SCHÜNEMANN, Begründung und Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, en *Schünemann (ed.)*, *Unternehmenskriminalität; Deutsche Wiedervereinigung Band III*, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, pp. 153 ss.
- SCHÜNEMANN, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en **Modernas tendencias** en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2000, pp. 643 ss.
- SCHÜNEMANN, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, *Festschrift für Roxin, Walter de Gruyter, Berlin/New York*, 2001, pp. 1 ss. (cit. **FS Roxin 2001**).
- SCHÜNEMANN, Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la 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. **LK¹² 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
- SCHÜNEMANN, Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von *Günther Jakobs*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, en **ZStW 2014**, pp. 1 ss.
- SCHÜNEMANN, **Europäisierung** der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, *Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH*, Berlin, 2014.
- SEILER, **Strafrechtliche Massnahmen** als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, *Universitätsverlag Freiburg Schweiz*, 1967.
- SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las **personas jurídicas** en Derecho español, en *Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.)*, *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, **Fundamentos** del Derecho penal de la empresa, *Edisofer/IBdF*, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013.

- SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?, **InDret 2/2006**.
- SOLER COSTA, REBECA, El **poder** de las palabras. Un análisis del lenguaje pedagógico, Mira Editores, Zaragoza, 2014.
- STRATENWERTH, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en Festschrift für Rudolf Schmidt, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, pp. 295 ss. (cit. **FS R. Schmitt 1992**).
- SUAY RINCÓN, **Sanciones** administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- TIEDEMANN, Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, **NJW 1988**, pp. 1169 ss.
- URRUELA MORA, La introducción de la responsabilidad penal de las **personas jurídicas** en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 465 ss.
- VOGEL, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, **StV 7/2012**, p. 427 ss.
- VON FREIER, Kritik der **Verbandstrafe**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- 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. **PG² 2002**)
- ZANOVER, ANGELA Mª **Frases latinas**, trad. de M. Angels Pujol i Foyo, Ed. de Vecchi, Barcelona, 2000.
- 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.