

LA NATURALEZA JURÍDICA CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LA MAL LLAMADA RESPONSABILIDAD “PENAL” DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Luis GRACIA MARTÍN*

I. INTRODUCCIÓN

1. Contribuir con éste artículo científico, y precisamente con éste, al presente y merecido Libro Homenaje a Bernd Schünemann, que el mundo jurídico iberoamericano quiere brindarle, y del que soy además un privilegiado coeditor junto con los queridos y admirados colegas y amigos que figuran en la portada, representa para mí un gran honor y una inmensa alegría que me colman de satisfacción. Mi cercanía a Bernd Schünemann, permanentemente continuada desde el momento de nuestro primer encuentro personal, que tuvo lugar allá por marzo del año 1991, en mi querida Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y con motivo de su visita a ella invitado por mi querido maestro José Cerezo Mir para impartir una conferencia sobre el concepto material de culpabilidad, ha dado como fruto perenne unos vínculos personales y científicos tan estrechos entre ambos, y, para mí, tan sumamente agradables y gratificantes, como también altamente provechosos, que bien puedo así dejar aquí mi más emotiva y sincera constancia de mi conciencia y de mi sentimiento personal de tener en Bernd Schünemann, por sobre todo, a un grandísimo y muy particularmente destacado amigo entre mis amigos. En nuestros cruces de correspondencia siempre nos despedimos mutuamente con un familiar “Haus zu Haus”, y en lo concerniente al ámbito académico nuestros contactos han sido —y por supuesto continúan siéndolo— muy intensos y muy frecuentes. Hemos dialogado y debatido permanentemente sobre cuestiones científicas; desarrollado conjuntamente acciones integradas de investigación; yo he realizado varias largas estancias de investigación junto a él en el Ins-

tituto de la Universidad de Munich del que ha sido Director hasta su jubileo, en el cual además he mantenido algunas conferencias en el famoso “Donnerstagseminar” que iniciara en ya lejana época el gran Arthur Kaufmann; también mis discípulas han llevado a cabo estancias de investigación en Munich junto a Bernd Schünemann; él ha visitado en varias ocasiones mi Facultad de Zaragoza para participar en eventos científicos; y en fin, nuestras coincidencias en Latinoamérica con motivos académicos y científicos han sido muchas y frecuentes, y también aquí hemos sido ambos conjuntamente reconocidos y distinguidos con varios honores, entre los cuales fueron especialmente emotivos los correspondientes a nuestros respectivos doctorados honoris causa otorgados por las Universidades José Carlos Mariátegui de Moquegua y Hermilio Valdizán de Huánuco, ambas en Perú, donde hasta se nos insinuó —y casi hicieron realidad— distinguirnos como ¡Bomberos! Ilustres y Honoríficos del Cuerpo de la Ciudad de Moquegua en Perú, a fin de que pudiéramos desarrollar así la función del cargo formal de apaga-fuegos en los incendios de que en ocasiones es objeto la Dogmática jurídico-penal en ciertos lares.

2. Por otra parte, como sin la menor duda debía y tenía que ser, y aunque esto no haría falta recordarlo, Bernd Schünemann se ha hecho acreedor —y así goza en la realidad— del reconocimiento como un grande y genial jurista científico y como un maestro entre los maestros, y por cierto como uno perteneciente a la especie superior de ellos que hoy día, sin embargo, se encuentra en muy grave peligro de extinción, a saber: la que se caracteriza, identifica y destaca, por sobre todo, por una decidida vocación y por un nada fácil sino, por el

* Doctor Honoris Causa Múltiple. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Zaragoza (España).

contrario, muy costoso —pero en sus resultados, a la postre también muy reconfortante y gratificante— empeño firme en alejar al Derecho de la vulgar y tan gravemente perjudicial doxa, para hacerlo el objeto de una verdadera episteme y elevar así al saber jurídico al rango de una auténtica Ciencia; es decir, como actividad del pensamiento que, operando con el debido respeto al depurado saber jurídico acumulado a lo largo de la historia y, sin la menor duda, absolutamente válido y vigente en el presente, se orienta en la dirección correcta hacia la construcción de conceptos y a la formulación de enunciados con validez general, esto es, idóneos para explicar “regularidades” del acontecer relevantes para el Derecho y para resolver por medio de ellos de un modo homogéneo y uniforme —y así en salvaguarda de la seguridad jurídica— las cuestiones y los problemas prácticos que plantean tales regularidades¹. Muy alejado de esto se encuentran, por el contrario, las ya insoportablemente extendidas doxologías de las meras opiniones libres pero sin fundamento ni apoyo algunos en el saber jurídico válido e indeclinable², y las Dogmáticas “sin consecuencias” —como quiere llamarlas nuestro homenajead— que

operan arbitrariamente y elaboran a capricho, por conveniencia u oportunidad construcciones ad hoc que luego son puestas en el mercado de opiniones en oferta y a disposición para el caso al que se ciñen como un guante³. Estas actitudes amenazan seriamente con secuestrar y con encriptar el minimum minimorum del saber jurídico.

3. Más allá de los análisis, explicaciones, construcciones dogmáticas y propuestas politico-criminales concretas sobre cuestiones y problemas singulares muy variados que la Ciencia jurídicopenal debe al ingenio de Bernd Schünemann, en mi opinión son particularmente dignas de destacar sus aportaciones metodológicas, las cuales son por su rigor y por su profundidad, realmente decisivas y trascendentes para la elaboración de la Ciencia jurídica general y de la jurídicopenal en particular. En este sentido, ya en su monumental y extraordinaria tesis doctoral sobre el fundamento y los límites de los delitos de omisión impropia, asumí y se adhirió con matices propios al postulado fundamental —o como él lo dice, a “la idea intermedia”— del método del finalismo conforme al cual “las

¹ Véase SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 221 s. (= ADPCP, 1996, pp. 209 s.); asimismo GIMBERNAT, en sus Estudios de Derecho penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 158 ss.

² 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, en sus Ensayos penales, Tecnos, Madrid, 1999, p. 375; véase además Alejandro NIETO, en Alejandro Nieto/Tomás R. Fernández, El Derecho y el revés, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 217 ss., donde describía la tendencia ya suficientemente marcada cuando él hizo la advertencia, que no se ha detenido ni cambiado de rumbo, y de la que tal vez pueda pensarse que hoy haya podido alcanzar su climax, 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”.

³ Véase SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 223 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 211 s.); y sobre el efecto destructivo de la tópica para la Dogmática, véase Gimbernat, en sus Ensayos (n. 2), p. 375; y sobre los peligros políticos de esto, véase Zaffaroni PG, 2ª ed., pp. 22 ss., 94 ss., y especialmente 386 s.

estructuras lógico-objetivas únicamente vinculan al legislador en función de a cuál de sus propiedades enlaza su regulación⁴, una idea a la que no solo ha permanecido fiel desde entonces, sino que enriqueciéndola de matices y detalles a lo largo del tiempo, la ha tenido siempre presente como directriz metodológica de su pensamiento en todas sus sólidas y hasta geniales producciones científicas⁵.

4. En su último y reciente artículo sobre la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bernd Schünemann ha llevado a cabo una muy dura, despiadada y

demoledora crítica de este extraviado y perverso constructo con base en la mencionada directriz metodológica enriquecida con sus propios y personales matices⁶. Puesto que mi rechazo de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es absoluto y en idéntica medida que lo rechaza también Bernd Schünemann⁷, y puesto que comparto con él, al menos en el punto de partida, la directriz metodológica de la relativa vinculación de toda regulación jurídica a las estructuras lógico-objetivas de su objeto como método para la construcción jurídica⁸, en principio me pareció que sería especialmente oportu-

⁴ Véase SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971, pp. 39 y 41.

⁵ Para citar de su voluminosa obra sólo una selección relevante de lugares donde ha desarrollado el método, véase, además de la obra citada en la nota anterior, por ejemplo, SCHÜNEMANN FS Klug, 1983, pp. 169 ss.; el mismo, FS Roxin, 2001, pp. 23 ss.; y EL MISMO, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2000, pp. 654 ss., y 660 ss.

⁶ Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 1 ss.; EL MISMO, *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; y sus precedentes trabajos sobre la cuestión, EL MISMO, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, pp. 155 ss., 172 ss. y 232 ss.; EL MISMO, en *wistra* 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.); el mismo, en Schünemann/Suárez (eds.), *Madrid Symposium für Klaus Tiedemann*, Carl Heymanns Verlag, 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.); EL MISMO, en Schünemann (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung III*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, pp. 129 ss. y 168 ss.; EL MISMO, ADPCP 2002, pp. 9 ss.; EL MISMO, en *Bajo/S. Bacigalupo/Gómez-Jara (eds.), Constitución europea y Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 151 ss.; EL MISMO, LK I, 12ª ed., 2006, pp. 1841 ss.; el mismo, FS Tiedemann, pp. 429 ss.; EL MISMO, GA 2013, pp. 193 ss.

⁷ Véase 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, pp. 40 ss y 63 ss.; EL MISMO, *Prólogo al libro de José Luis Castillo Alva, Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, pp. 59 s.; EL MISMO, en *Gracia/Boldova/Alastuey, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; EL MISMO, en *Gracia/Boldova/Alastuey, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 216 ss.; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I, Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985, p. 8.

⁸ Véase GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 75 ss. y 115 ss.; EL MISMO, RECPC 06-07 (2004), [_http://criminet.ugr.es/recpc](http://criminet.ugr.es/recpc), pp. 4 ss., 8 ss.; EL MISMO, *Prólogo al libro de Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 22 ss.; EL MISMO, *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 44 ss. y 232 ss.; EL MISMO, en *Rebollo/Tenorio (dirs.), Derecho penal, Constitución y Derechos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 203 ss., 210 ss. y 228 ss.

no y adecuado escribir aquí sobre el método de construcción jurídica de conceptos en general y particularizarlo en ese inconcebible constructo de la responsabilidad de la persona jurídica, para brindar así mi particular homenaje a mi entrañable y querido amigo y tan admirado maestro y colega Bernd Schünemann. Sin embargo, la elaboración del trabajo llegó a un punto en que su extensión desbordó de un modo ya inasumible los límites de lo razonable para un lugar como éste, pues el mismo ha llegado a superar ya las cien páginas y todavía no puedo considerarlo terminado ni mucho menos cerrado y listo para su publicación completa. Esto me ha forzado a realizar grandes y drásticos cortes en lo ya escrito hasta ahora para entresacar del conjunto un texto más breve con la extensión que razonablemente permite este lugar.

II. SOBRE LOS VICIOS DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS ÓRDENES PENAL Y SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

1. 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 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 muchísimos de los más 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. Al inicio de su exposición del concepto de persona jurídica, Kelsen asimila a determinadas concepciones de ella con las creencias animistas del hombre primitivo, porque duplican —hipostasían— el objeto del conocimiento al separar de él, por una parte, una substancia independiente y, por otra, las cualidades de la substancia⁹, y después de haber analizado todos los pormenores y detalles relativos al modo de ser y de actuar de la persona jurídica (una ficción del Derecho), concluye que “la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas que llevaron al hombre primitivo a atribuir un ‘alma’ a los objetos de la naturaleza”¹⁰. Por su parte, el gran civilista italiano Ferrara calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”¹¹. 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

⁹ Véase 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, p. 109.

¹⁰ Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), p. 127.

¹¹ Cita tomada de LACRUZ/DELGADO, en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, vol. 2º, Personas, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 267 (Ferrara se refería obviamente a la construcción de Gierke).

tales como que así se da “un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”¹², o que tales intentos serían simples “artilugios”¹³ y “fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables”¹⁴ con las que, en definitiva, se termina recurriendo a “una especie de ‘hipocresía’”¹⁵. Por su parte Schünemann no ha ahorrado descalificaciones tan severas como contundentes sobre el modo de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, y así 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 culpabilidad¹⁶; 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, al emplear las mismas expresiones para llamar a objetos que son completamente diferentes se estarían quebrantando las “reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional”¹⁷. Y en cuanto a la denominación de “pena” a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo, advierte Schünemann que ello conduce a una contaminación semántica que arrastra consigo gra-

ves defectos del pensamiento y que produce también graves consecuencias dogmáticas y político-criminales.¹⁸

2. 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 serio¹⁹, 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, quien recientemente ha tildado al Derecho penal de agrupaciones como “zombi político-criminal”²⁰, 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

¹² Así, literalmente, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 398.

¹³ También así Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 402, refiriéndose literalmente a “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia”, y p. 427: “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable”; A. 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; sobre ello véase GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986, pp. 113 ss.

¹⁴ Así Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 427.

¹⁵ Así, literalmente, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 427 (se refiere Nieto a la hipocresía de llamar “culpabilidad” a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo).

¹⁶ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

¹⁷ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

¹⁸ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 15.

¹⁹ Así Kelsen, *Teoría general* (n. 9), p. 114: “no se puede negar en serio que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”.

²⁰ Véase Schünemann ZIS 1/2014, pp. 1 y 18.

poder afirmar así que ella misma realiza acciones antijurídicas de un modo culpable y que por esto puede luego soportar una pena como consecuencia jurídica de sus propias fechorías criminales. Qué oscuros e inconfesables motivos impulsan a esta disparatada invención jurídica, es una cuestión que aquí debe quedar imprejuizada²¹. Pero ¿cómo puede llegarse a esta milagrosa transfiguración o transubstanciación de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penalmente idóneo? La respuesta a esta pregunta se obtiene sin ninguna dificultad con la observación de los modos en que opera la doctrina que pretende lograrlas, y que

no son otros que los sugeridos explícita o implícitamente por las severas descalificaciones transcritas, es decir: ignorando o pasando por alto todo el saber jurídico válido y vigente que se opone a semejante extravío, recurriendo a todo tipo de manipulaciones, de artilugios y de falacias lógicas, y finalmente colgando a los productos así obtenidos 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 imaginable²². Y en efecto, una mera observación del desarrollo de la doctrina de la respon-

²¹ 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 NIEZTSCHKE, *Die fröhliche Wissenschaft*, edición Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982, n° 99 (pp. 112 ss.), n° 151 (p. 151), n° 353 (pp. 234 s.); también FOUCAULT (*La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980, pp. 20 ss.), al comentar el concepto nietzschiano 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.

²² 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* (n. 9), 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, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, p. 264: "la persona jurídica no tiene la misma realidad que la persona humana"; LACRUZ/DELGADO (n. 11), 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).

sabilidad penal de las personas jurídicas pone claramente de manifiesto como rasgos más sobresalientes de su modo de operar, al menos, los que se tratan a continuación.

3. a) Según algunos de 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 natural²³. Por otra parte, como la imposibilidad de fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica²⁴ 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 jurídica; 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”²⁵, 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 criminal²⁶.

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 “distintas” (¡) 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

²³ Véase en este sentido VOGEL StV 7/2012, p. 428.

²⁴ Así CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27ª ed., 2006, comentario previo al § 25 n° 129 = Heine, en la 28ª ed., 2010; Zugaldía CPC n° 11, 1980, pp. 86 s.; EL MISMO, CPC n° 53, 1994, pp. 620 s.

²⁵ Así, lisa y contundentemente, y sin más, ZUGALDÍA CPC n° 11, 1980, p. 87.

²⁶ Véase en este sentido VOGEL, StV 7/2012, p. 428; en el mismo sentido NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 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 n° 11, 1980, p. 86, donde propuso —¡sic et simpliciter!— “prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro”.

y del conocimiento, y que es, en definitiva, el criterio rector y determinante de todo posible “orden de las cosas”.²⁷

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

²⁷ Sobre ello véase FOUCAULT, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Ed. Gallimard, Paris, 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., donde explica las “figuras de la semejanza” (epistemológicas) y puede verse que todas ellas —a excepción de la analogía— constituyen formas completamente arbitrarias de relacionar entre sí y de ligar cosas completamente diferentes y sin nada en común; y así, 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 uñas. Debería verse como algo mucho más que evidente, 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 forma y describe no pueden ser vistas más que como puras arbitrariedades propias de la *convenientia* o de la *aemulatio*. Sin embargo, y como ya demostrara Arthur Kaufmann con una validez epistemológica hasta ahora no rebatida en lo más mínimo, únicamente la analogía es apropiada para la correcta construcción jurídica y para la producción de auténtico conocimiento jurídico, pues “sin concordancia, esto es, en la completa heterogeneidad y total falta de reciprocidad de las cosas, no existiría ninguna posibilidad de comparación ni, con esto, de conocimiento”, véase Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., R. v. Decker&C.F. Müller, Heidelberg, 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, *Grund und Grenzen* (n. 4), 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, en *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, en *Diez Ripollés/Gracia, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 78 ss.; EL MISMO, en *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1994, pp. 82 ss.; y más recientemente, EL MISMO, *Prólogo al libro de M^a Ángeles Rueda, ¿Participación por omisión?*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 23 ss. Por otra parte, como advierte el mismo FOUCAULT (*L’archéologie du savoir*, Ed. Gallimard, Paris, 1969, pp. 45 s.) “los enunciados diferentes en su forma, distintos en el tiempo, constituyen un conjunto si se refieren a un solo y mismo objeto” (p. 45), y por eso hace inmediatamente la importante observación de que los conjuntos de enunciados mismos no se refieren siempre al mismo objeto, 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” (pp. 45 s.). 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.

extravío legislativo respecto del Derecho²⁸, incurren en un grosero y muy grave fraude de etiquetas en el sentido más serio y estrictamente riguroso de esta expresión, y no en el distorsionado y frívolo con que se la utiliza en demasía. Un fraude de etiquetas se da cuando se llama a lo mismo de distinta manera, pero también cuando se emplea un único y mismo nombre para denominar a objetos completamente diferentes, y esto último precisamente es lo que sucede cuando se llaman acción y culpabilidad a los substratos reales de los que se pretende luego derivar una responsabilidad de la persona jurídica en el orden “penal” y en cualquiera otro orden “sancionador”, especialmente en el administrativo. Ya Francis Bacon advirtió con carácter general sobre el vicio de aplicar indiferentemente “un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza”²⁹. En contra de la insostenible e inadmisibles habilitación que se pretende reconocer y dar al legislador para formular unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica, advierte Schünemann con toda la razón, y de un modo que no puede ser más contundente, sobre cómo ello daría lugar

a una violación clara de la “prohibición de la arbitrariedad”, toda vez que de ésta forman parte “(1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la Gramática, y por cierto entendiendo aquí a la Lógica no en sentido formal, sino como los principios del habla conforme a la razón, los cuales se conculcan cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes”³⁰. 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 distinto³¹. 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

²⁸ 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.

²⁹ 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 (*Les mots et les choses* [n. 27], 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.

³⁰ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

³¹ Véase en este sentido SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen* (n. 4), p. 37: “con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el concepto” (cursivas del mismo autor).

lugar a graves confusiones lingüísticas y semánticas que llevarán, en definitiva, a graves errores del pensamiento y del conocimiento³², pues toda “contaminación semántica” induce a errores en el razonamiento (lógicos)³³ 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”³⁴. 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 substancia³⁵. Pero así, dice con razón Alejandro Nieto, la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”³⁶ 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”³⁷.

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 político. 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 lo imponga así como tal, pero el positivismo jurídico es incompatible con el Derecho mismo desde el momento en que con él éste queda entregado totalmente a la arbitrariedad del poder establecido³⁸. En un Estado de Derecho empero es inadmisibles identificar al Derecho con la legislación emanada del poder establecido³⁹. La legislación es ante todo un instrumento político de carácter técnico para la concreción del Derecho en los distintos ámbitos de relación y de la interacción sociales⁴⁰. Sólo pueden ser reconocidas como Derecho las leyes que realmente determinan una verdadera y

³² Así ya, y precisamente respecto de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität (n. 6), pp. 234 s.; y más recientemente, EL MISMO FS-Tiedemann, 431 ss.; EL MISMO, GA 2013, p. 200; EL MISMO, ZIS 1/2014, pp. 4, 8, 11, 12, 15, 16; en sentido similar véase Robles Planas, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, Diario La Ley n° 7705, 29 Sep. 2011, pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.

³³ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 11 y también en http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf. (p. 15).

³⁴ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 15.

³⁵ Véase Alejandro NIETO, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), p. 416.

³⁶ Véase Alejandro NIETO, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), p. 398.

³⁷ Véase Alejandro NIETO, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), p. 416 (subrayado mío).

³⁸ Véase en este sentido 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, p. 259.

³⁹ En este sentido, véase ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 2002, pp. 4 ss.

⁴⁰ Cfr. sobre este complejo problema ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 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).

auténtica concreción de éste, pero no aquellas que, porque lo contradicen, son solo por esto antijurídicas⁴¹. 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 penal, 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-Derecho⁴², 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 policía⁴³. 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, el desarrollo y la concreción de dichos principios y reglas corresponde al “saber” jurídico-penal, el Derecho penal se tiene que identificar con la Ciencia o Dogmática jurídico-penal⁴⁴, esto es, como dice Welzel en general, con “la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., ‘autonomía privada’ y ‘propiedad privada’, ‘culpa y pena’, ‘principio de escuchar a las dos partes’, ‘pluralismo de partidos’, ‘Estado de Derecho’, etc.”⁴⁵. 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 el iusnaturalismo y he defendido al método del finalismo de las infundadas filiaciones iusnaturalistas que se le

⁴¹ Véase en sentido parecido SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen* (n. 4), 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).

⁴² Cfr. en sentido parecido, aunque desde una postura iusnaturalista que no comparto, WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 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.

⁴³ Véase ZAFFARONI, PG 2ª ed., pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., y 101 ss.

⁴⁴ En este sentido véase amplia e insistentemente ZAFFARONI, PG 2ª ed., pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; en sentido similar SCHÜNEMANN, en 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).

⁴⁵ Así WELZEL, *Introducción* (n. 38), 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, *Die Idee der Konkretisierung* (n. 40), pp. 231 ss.

quieren atribuir⁴⁶, no reconozco a más Derecho que al positivo. A mi juicio, la fuente del Derecho (positivo) es el contrato social⁴⁷, 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 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 individuos⁴⁸. Los principios *nulla iniuria sine "actione"* y *nulla iniuria sine "culpa"* constituyen exigen-

cias indeclinables de la ética republicana y del Estado de Derecho⁴⁹. Ningún concepto de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en el sentido del Derecho penal puede ser más que una invención irreal cuyos contenidos no pueden tener lugar en el mundo de lo real en que tiene que operar e influir el Derecho⁵⁰. 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 e 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 Constitución⁵¹, 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

⁴⁶ Véase GRACIA MARTÍN, RECPC 06-07 (2004), [_http://criminet.ugr.es/recpc](http://criminet.ugr.es/recpc), pp. 2-3 nota 6.

⁴⁷ Véase GRACIA MARTÍN, Fundamentos (n. 8), pp. 215 ss., 224 ss.; y más recientemente EL MISMO, GA 6/2010, pp. 344 s. = RDPC 3ª época nº 3 (2010), pp. 60 s.

⁴⁸ Véase, en este sentido, ZAFFARONI, PG 2ª ed., 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, La justificación de las leyes penales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 51 ss. Véase también el importante libro de DÍEZ RIPOLLÉS, La racionalidad de las leyes penales, Ed. Trotta, Madrid, 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 razón, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 851 ss., y especialmente sobre el "derecho ilegítimo", pp. 868 ss.; EL MISMO, Derechos y garantías, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001, *passim*, y especialmente pp. 28 ss., y 152 ss.

⁴⁹ Véase en este sentido ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 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 conducta* reclama un concepto pretípico de acción que, por imperativo constitucional e internacional, debe imponerse incluso al poder criminalizante primario, pero si para construirlo se lo funda en los actos de criminalización primaria (los tipos legales), el refugio no será otra cosa que una jaula de leones"; véase además FERRAJOLI, Derecho y razón (n. 48), pp. 480 (para la acción) y pp. 487 (para la culpabilidad); DÍEZ RIPOLLÉS, La racionalidad (n. 48), pp. 147 s. (para la acción) y 152 ss. (para la culpabilidad); PAREDES CASTAÑÓN, La justificación (n. 48), pp. 298 s. y 304 ss.

⁵⁰ Véase por todos ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 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".

⁵¹ Véase NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal (n. 26), pp. 17 y 102 ss.

inconstitucional figura de responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el establecimiento de sanciones para ellas⁵².

4. a) La imposible transformación de lo “otro” y “diferente” (la persona jurídica) en lo “mismo” de un ente completamente distinto (la persona natural), 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 duda⁵³, y si por añadidura se esquivo a toda crítica fundada en dicho saber ignorándola, es decir, no respondiendo ni a uno solo de los argumentos contrarios⁵⁴ o tratando de rebatirlos a partir de una irritante tergiversación de sus enunciados fundamentales o, como mucho, poniendo el acento sólo

en aspectos absolutamente superficiales e irrelevantes de ellos. Y que el proceder de la doctrina favorable a una responsabilidad penal y sancionadora administrativa de las personas jurídicas es uno como el descrito, esto es algo que resulta comprobado con la mayor certeza mediante una mera y superficial mirada a sus productos y, en particular, con una mera observación de los procedimientos mediante los que aquellos son elaborados y derivados. Así lo han puesto de relieve con la mayor severidad y contundencia algunos de los más eximios juristas que se han pronunciado críticamente sobre los extravíos de dicha doctrina. Y así, respecto de lo primero —la ignorancia o el desprecio del saber jurídico válido— Alejandro Nieto, invocando la famosa frase de von Kirschmann, advierte con razón que todo intento de fundamentar una culpabilidad de las

⁵² 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 (n. 32), pp. 13 ss., por suponer una clara vulneración del principio de culpabilidad; véase también MIR PUIG, Bases constitucionales del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 127 s.

⁵³ En el sentido que explica FOUCAULT, *El orden del discurso*, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 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 la advertencia de Robles Planas (n. 32), p. 15, al ver en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas “una involución monumental en nuestra cultura jurídica”.

⁵⁴ Al respecto, véase SCHÜNEMANN, en Bajo Fernández (dir.), *Constitución europea y Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 151 s. donde critica en general a este modo de proceder de algunos sectores de la doctrina en el sentido de que, primero “el criterio siempre extendido en el common law y en aumento en el continente europeo, de que hay que centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia” (p. 151); y segundo, en relación con la extendida tendencia a “ignorar la crítica y posiciones de los opositores”, que “la ciencia jurídica no sólo vive, sino que consiste incluso en la discusión vívida mantenida con opositores y críticos de modo que quien merece reprimenda es ... en realidad quien se sustrae a ese debate, y no así sus críticos” (p. 152). No obstante, en lo que concierne al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe reconocerse como una excepción a ese rechazable modo de proceder, sobre todo al trabajo valioso de Gómez-Jara, pues este autor sí se ha tomado en serio a los argumentos contrarios, y ha tratado de rebatirlos, si bien a mi juicio infructuosamente; véase GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 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).

personas jurídicas, solo puede emprenderse si se “envían a la papelería bibliotecas enteras de literatura jurídica”⁵⁵ y si se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho⁵⁶. 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, atribuyen sin el menor empacho a aquellos saberes lo que no sólo no dicen en absoluto porque más bien dicen categóricamente justo lo contrario.

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 sustanciales y que 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 todo esto debería resultar que no tendría que haber ni la mínima dificultad para admitir a la persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal⁵⁷. Sin embargo, sólo con una toma de razón 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.

c) En la teoría general del Derecho, Kelsen no puede ser más claro y explícito al respecto, pues 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”⁵⁸. Pero es 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!⁵⁹, 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 jurídicamen-

⁵⁵ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 404 s.

⁵⁶ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 421 s.

⁵⁷ Véase ZUGALDÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 16 ss.: “admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal” (p. 17); GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 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 administrativo sancionador. Parte General*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 377 s. En sentido parecido, también NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal* (n. 26), 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”.

⁵⁸ Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), p. 114 (cursivas mías).

⁵⁹ Así, véase sólo ZUGALDÍA, *La responsabilidad criminal* (n. 57), pp. 64 ss.

te imputado⁶⁰, y además con la importante comprobación de que nada de lo que puede serle imputado a una persona jurídica tiene ni el mínimo parecido con una “acción” en el sentido del Derecho penal, por lo que llamar así a lo que se imputa a una persona jurídica no debiera ser visto más que como una señal de haberse alcanzado el clímax de la arbitrariedad en la construcción jurídica, de la contaminación semántica y de la violación de las reglas del habla racional⁶¹. 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”⁶². 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 acción⁶³. 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 (...) 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”⁶⁴.

III. LA EQUIPARACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA Y DE LA NATURAL Y LA NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD DE ACCIÓN Y DE CULPABILIDAD DE LA PRIMERA EN LA DOGMÁTICA DEL DERECHO CIVIL

1. Pese que todos los ordenamientos jurídicos, desde el romano hasta los de nuestros días, equiparan en algún sentido, y solo empero hasta ciertos límites⁶⁵ y a determinados efectos, a la llamada persona jurídica y a la natural o física en los órdenes del Derecho privado y del Derecho público⁶⁶, 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

⁶⁰ Véase KELSEN, Teoría general (n. 9), p. 125: “es este un caso de responsabilidad vicaria o indirecta”; según KELSEN (lo. cit., p. 82), la responsabilidad colectiva es siempre y sin excepción, absoluta, esto es, vicaria.

⁶¹ Véanse las descalificaciones de Schönemann en este sentido, expuestas más atrás en II.1.

⁶² Véase KELSEN, Teoría general (n. 9), p. 116 (cursivas mías).

⁶³ Así, véase sólo ZUGALDÍA, La responsabilidad criminal (n. 57), pp. 61 s.

⁶⁴ Véase KELSEN, Teoría general (n. 9), pp. 117 s. (cursivas mías).

⁶⁵ 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 (n. 22), p. 268; LACRUZ/DELGADO (n. 33), pp. 276 ss., y especialmente p. 279.

⁶⁶ Sobre los inicios en el Derecho romano y la evolución, véase Federico DE CASTRO (n. 22), pp. 138-175; y más resumidamente LACRUZ/DELGADO (n. 11), pp. 260 ss.

esfera real u ontológica, es decir, en sus seres existenciales tangibles⁶⁷. 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”⁶⁸. 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 son⁶⁹— 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 segunda⁷⁰, no pueden ser comprendidos más que como puras metáforas con las que sólo puede pretenderse expresar unas ciertas semejanzas entre ambos tipos de personas. Estas “semejanzas”, sin embargo, serían unas que sólo podrían establecerse per convenientia et aemulatio, es decir, que en ningún caso podrían ser unas ligadas o sintetizadas con elementos estructurales idén-

ticos —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 analogía⁷¹, y que son, también precisamente, las que sirven de base a la construcción jurídica de conceptos y de supuestos de hecho⁷². 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 Derecho⁷³, esto es, de sujeto con capacidad jurídica plena⁷⁴, 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,

⁶⁷ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 267.

⁶⁸ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 268.

⁶⁹ 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 (n. 11), p. 267.

⁷⁰ Así, antes de su cambio de opinión al respecto, JAKOBS AT 2ª ed., p. 149, el nivelar en un supraconcepto de “sistema” a la persona física (mente y cuerpo) y a la jurídica (estatutos y órganos). En la doctrina del common law, se llega a asimilar a la persona jurídica con el cuerpo humano, viéndola como un ente dotado de cerebro y de centro nervioso representados por sus directivos y órganos que deciden y controlan todo lo que ella hace, y viendo así los conocimientos, la voluntad y los estados mentales de éstos como los propios de la persona jurídica, y como un ente dotado asimismo de brazos y de manos representados por los empleados subordinados que usan las herramientas para la ejecución de lo ordenado por el cerebro; véase ZAFFARONI PG, 2ª ed., 2002, p. 427, con referencias.

⁷¹ Sobre las “figuras de la semejanza” (epistemológicas), cfr. supra nota 27.

⁷² Véase Arthur KAUFMANN, Analogie und “Natur der Sache” (n. 27), 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, Grund und Grenzen (n. 4), pp. 229 ss., y especialmente pp. 231 ss., donde aplica de forma modélica el método analógico a la equiparación de la omisión a la acción; y con alcance general, véase SCHÜNEMANN, FS-Arthur Kaufmann, 1993, passim.

⁷³ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 267.

⁷⁴ Véase H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht, I, 8ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 1971, p. 196.

también la natural— no es nada más que un objeto del Derecho⁷⁵.

2. De acuerdo con la conocida, nunca discutida y universalmente aceptada explicación de Kelsen, “la llamada persona física no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre. No es una realidad natural, sino una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, un concepto auxiliar en la descripción de hechos jurídicamente relevantes”, y “en este sentido” —concluye Kelsen— “la llamada persona física es una persona jurídica”⁷⁶. La denominación “persona jurídica” es en realidad un pleonasma, pues no hay más persona que la jurídica⁷⁷. 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 perjuicios⁷⁸. 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 patrimonial⁷⁹, pero esto, por cierto, y hay que advertirlo ya, no a todos, sino sólo a los efectos para los cuales el concepto ha sido pensado y construido. La desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicamente humanos es lo que permite explicar sin complicaciones la equiparación jurídica de la persona natural y de la colectiva no sólo lógicamente sino también funcionalmente. En

⁷⁵ Véase Armin KAUFMANN, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 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”.

⁷⁶ Véase KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernego, Universidad Autónoma de México, Mexico DF. 1979, pp. 160 ss. (cursivas mías); véase también Kelsen, *Teoría general* (n. 9), 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, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 30 s., 50, 53, 72 ss. y 80 ss.; véase además 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, pp. 69 s.; EL MISMO, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, en Jakobs/Cancio, *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s. f., pp. 18, 39, 47 s.; y también, siguiendo a Jakobs, PAWLIK, GA 1998, p. 369.

⁷⁷ Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), p. 113.

⁷⁸ Véase, en este sentido, por ejemplo, H.J. WOLFF, *Verwaltungsrecht I* (n. 47), pp. 194, 201 ss.; LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 259; GRACIA MARTÍN, *El actuar I* (n. 7), p. 8; el mismo, *La cuestión* (n. 7), p. 40.

⁷⁹ Así desde el Derecho romano fue objeto de discusión la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a la herencia yacente (véase Federico DE CASTRO [n. 22], pp. 177 ss.), y como advierten LACRUZ/DELGADO (n. 11), 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”.

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 advertiera Kelsen, “si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como ‘jurídica’”⁸⁰. Pero por esta razón, toda búsqueda de propiedades semejantes o análogos a los específicamente humanos 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 colectiva⁸¹.

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”⁸², 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”⁸³. La persona jurídica es, por una parte, una figura o ente legal jurídica⁸⁴ 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”⁸⁵. El quid preexistente de la persona jurídica es —como observan Lacruz/Delgado— “una realidad sociológica, compuesta por los miembros de la asociación, los órganos, el patrimonio, etc.”, y la 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”⁸⁶. De este modo la analogía entre la persona jurídica y la natu-

⁸⁰ Véase KELSEN, Teoría general (n. 9), p. 113.

⁸¹ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), pp. 267 s.

⁸² Véase FEDERICO DE CASTRO (n. 22), p. 264.

⁸³ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 267.

⁸⁴ Véase FEDERICO DE CASTRO (n. 22), p. 264.

⁸⁵ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 267.

⁸⁶ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 268; véase también Federico DE CASTRO (n. 22), p. 264; y para la doctrina alemana, véase LARENZ, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6ª ed., C.H. Beck, München, 1983, p. 129; en sentido similar desde el punto de vista penal LUZÓN PEÑA PG-Lecciones, 2ª ed., 2012, p. 152: “la personalidad y las actuaciones de éstas no son una pura ficción, sino que ciertamente responden a una realidad social”.

ral, 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 más⁸⁷. 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 ambas⁸⁸. En suma, y como se dice en la STC de 2 de junio de 1998, citada por Lacruz/Delgado⁸⁹, 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, el modo en que por medio de este funcionamiento produce efectos —y cuáles sean éstos— en tal acontecer, y de determinar, en última instancia, lo que tal vez sea más importante para el Derecho, a saber: las consecuencias jurídicas que, en tanto que posibles, puedan derivar así de los efectos como también del funcionamiento mismo de la persona jurídica que los produce, y que, por ello, podrán serle aplicadas a ella en cuanto sujeto de derecho, o dicho de otro modo: en cuanto “centro de imputación jurídica” o “sujeto jurídicamente imputable”. A este respecto, debe llamarse la atención acerca de la frecuente y, no obstante, muy grave confusión doctrinal de la persona jurídica con la “actividad” que ésta desarrolla, a su modo, por medio del funcionamiento de su organización en el tráfico y en las relaciones jurídicas, pues tal confusión, que es fuente de muy graves errores conceptuales y dogmáticos, alcanza cotas máximas en la doctrina jurídicopenal cuando se habla en ella de la “persona jurídica” y de la “empresa” indistintamente, esto es, como si ambas realidades y sus correspondientes conceptos fueran lo mismo, y de tal modo que, en unos casos, se las mezcla, y en otros se intercambia a la una y a la otra⁹⁰. 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

⁸⁷ Véase Federico DE CASTRO (n. 22), p. 264, y en sentido parecido LACRUZ/DELGADO (n. 11), pp. 267 s.

⁸⁸ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), pp. 267 s., y en sentido parecido FEDERICO DE CASTRO (n. 22), p. 264.

⁸⁹ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 268.

⁹⁰ 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.

efectos jurídicos correspondientes⁹¹.

5. Ahora bien, dicho lo anterior, y a diferencia de lo que hace la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹², 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 ellos⁹³, y que respete asimismo el *minimum minimorum* de los principios y de los enunciados jurídicos fundamentales que aún hoy conservan

⁹¹ 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, pp. 439 s. (el corchete añadido es mío).

⁹² En el mismo sentido, contundentemente, SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 4, 8 s.; véase también ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 2002, pp. 426 s.; Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), pp. 404 s. y 421 s.

⁹³ 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, 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) y porque si “toda disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, (entonces) no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos”, ya que si dejara de hacerlo, entonces “caería en la ilusión o en la alucinación”, y esto “equivaldría a inventar el mundo mismo”, dando lugar a “un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político” (p. 387). Sobre la necesidad de tener en cuenta y de respetar también los datos sociales en la construcción de los conceptos jurídicos, véase ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 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, Grund und Grenzen (n. 4), 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, La cuestión (n. 7), 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 (n. 8), 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.

toda su validez⁹⁴, tanto en la teoría general como en las específicas y diferentes ramas del Derecho⁹⁵, 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 aquéllo por lo que se la puede hacer responsable nada más que hechos ajenos —y nunca propios— que, por esto mismo, solo le pueden ser 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 suyo⁹⁶, pero en ningún caso se le imputa la voluntad —ni siquiera la negocial— del sujeto individual de la acción. Y así, como explican Lacruz/Delgado “no es concebible que los hombres que actúen por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad”, pues “es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la representación”⁹⁷. 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 represen-

tante, 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 efectivo del negocio”⁹⁸, mientras que la presencia y la voluntad del representado son meramente virtuales (*contemplatio domini*)⁹⁹. Más allá de la imputación de los efectos del negocio representativo, en el orden civil, 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”. 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 res-

⁹⁴ Como ya se dijo, y ahora se insiste en ello, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador* (n. 12), p. 404 s., advierte con razón e invocando la famosa frase de von Kirschmann, que la fundamentación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede tener lugar si se “envían a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica” (p. 404).

⁹⁵ Así, respecto de la construcción de la “responsabilidad” de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, véase el acertado criterio de Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador* (n. 12), 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).

⁹⁶ Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, vol. 3º, *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 274.

⁹⁷ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 281.

⁹⁸ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 96), p. 281.

⁹⁹ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 96), p. 286.

ponsabilidad de tipo objetivo y por el hecho ajeno¹⁰⁰ 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 hecho¹⁰¹, las cuales en ningún caso son ni podrían ser imputadas a la persona jurídica, sino que más bien, y como lo explica Kelsen, lo tiene en la relación jurídica existente entre aquél y ésta, es decir, en una situación jurídica a la 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 penal¹⁰².

IV. 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

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970, pp. 331 ss., 361 ss. y 375 ss.; GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986, pp. 108 ss.; ALASTUEY, en *Gracia/Boldova/Alastuey, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 635 ss.; 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, pp. 275 s.; 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, pp. 502 ss.

¹⁰¹ 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 pureza 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 (n. 32), pp. 12 ss.

¹⁰² Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), 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); véase en el mismo sentido, pero más en concreto en relación con la responsabilidad civil del empresario, LACRUZ/RIVERO (n. 100), pp. 500 y 502 ss.

doctrina y por la jurisprudencia españolas se ha venido admitiendo desde antiguo la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones administrativas¹⁰³, pero ya no es cierto que tal postura sea unánime e indiscutida, y en mi opinión ni siquiera que sea la postura mayoritaria¹⁰⁴. 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 los conceptos y a las construcciones dogmáticas que formulan¹⁰⁵. En todo caso, la doctrina iusadministrativa más rigurosa y más altamente cualificada, niega con la ma-

yor 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 criminal¹⁰⁶, porque ambos son manifestaciones de un único y mismo poder punitivo (Strafgewalt) que es distinto del poder coercitivo (Zwangsgewalt)¹⁰⁷ en el sentido de la fructífera diferenciación de ambos que debemos a Otto Mayer¹⁰⁸. Las sanciones administrativas

¹⁰³ Véase, por ejemplo, MONTORO PUERTO, *La infracción administrativa*, Ed. Nauta, Barcelona, 1965, pp. 143 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 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 de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990, pp. 72 s., 130 ss., y la jurisprudencia de ese orden que cita especialmente en nota 123 de p. 72; GARCÍA BLASCO, *Infracciones y sanciones en materia laboral*; Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, pp. 57 ss.; y para el ámbito de la infracción tributaria administrativa, véase PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pp. 280 ss. y ZORNOZA PÉREZ, *El sistema de infracciones y sanciones tributarias*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 181 ss.

¹⁰⁴ Véase sobre todo GRACIA MARTÍN, *La cuestión* (n. 7), pp. 45, 48 s., 69 ss.; EL MISMO, en *Gracia/Boldova/Alastuey, Tratado* (n. 7), pp. 546 ss. y 576 s.; EL MISMO, en *Gracia/Boldova/Alastuey, Lecciones* (n. 7), pp. 216 ss.; Fuster Asencio, *El procedimiento sancionador tributario*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 106; NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 67; y recientemente, en el mismo sentido, ROBLES PLANAS (n. 32), p. 8; en la doctrina peruana, véase en el mismo sentido MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999, p. 141.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 67), 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).

¹⁰⁶ Así la doctrina mayoritaria, véase por todos CEREZO MIR, *PG I*, 6ª ed., 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 criminal, y que por ello debe regirse por otros principios, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 30 ss., 55 ss., 122 s., y especialmente todo el Capítulo IV de esta magnífica obra, que se extiende desde la p. 124 hasta la 160.

¹⁰⁷ En el mismo sentido ZAFFARONI *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 48 ss. y 214 ss.

¹⁰⁸ Véase Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht I*, 3ª ed., München und Leipzig, 1924, pp. 213 ss.

deben estar sometidas a los mismos e idénticos principios y garantías de la penal criminal, y sin la mínima flexibilización, no sólo en razón de la identidad material entre ambas (y entre sus respectivos supuestos de hecho) y en razón de la identidad del poder que las aplica (punitivo)¹⁰⁹, 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 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 regla¹¹⁰. 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 insostenible¹¹¹. 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”¹¹². 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”¹¹³, el autor español cree poder entender que Roxin dejó ahí la cuestión abierta en el sentido de que pudiera aceptar la capacidad de acción en el futuro a la vista de tal evolución de la discusión¹¹⁴. Esta interpretación de Gómez Tomillo es, sin embargo, completamente desafortunada, pues no se ve cómo el concepto de “manifestación de la personalidad” de Roxin podría asimilar a cualquier substrato carente de substancia psíquico-espiritual que pudiera ser propuesto por cualquier nuevo concepto de acción para la persona jurídica, como lo demuestra que en su última edición de 2006 Roxin continúe rechazando por la misma razón, y sin ninguna variación, la incapacidad de acción de la persona jurídica, y que tras haber observado aquella evolución durante los 11 años transcurridos entre ambas ediciones, haya suprimido la invitación a esperar a la evolución de la discusión¹¹⁵. 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”¹¹⁶. Pero por otra parte, y esto es lo que interesa para

¹⁰⁹ En el mismo sentido ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 2002, pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss., y 177 ss.

¹¹⁰ Sobre ello, en general, véase ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 2002, pp. 177 ss.; y en particular sobre el panorama del “Derecho” sancionador administrativo español y de su ejercicio cotidiano, véanse las ciertamente sobrecogedoras pero absolutamente realistas descripciones y estimaciones de Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), pp. 26 ss.

¹¹¹ Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción (n. 57), pp. 47 s.

¹¹² Véase ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, § 8 C n° 59, p. 262.

¹¹³ Véase ROXIN PG I, 2ª ed., 1997, § 8 n° 56c in fine, p. 260.

¹¹⁴ Véase GÓMEZ TOMILLO (n. 57), p. 48.

¹¹⁵ Véase ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, § 8 C n° 59, p. 262 y § 8 C n° 63, p. 263.

¹¹⁶ Véase LUZÓN PEÑA, PG-Lecciones, 2ª ed., pp. 137 ss., y especialmente pp. 152 s.

la crítica que ahora estoy desarrollando, a Gómez Tomillo le sorprende¹¹⁷, 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 acción¹¹⁸. 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”¹¹⁹, 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.)¹²⁰. Pero es que, en segundo lugar, si bien Roxin no entra en detalles, su postura no sólo es plenamente acertada, sino que es también absolutamente coherente porque en realidad, como resulta del saber que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del administrativo, al supuesto de hecho de la “responsabilidad” —y aquí por cierto tanto de la persona jurídica como de la física— no siempre pertenecen como elementos constitutivos ni la realización de una acción ni tampoco —esto aún menos— la culpabilidad del autor de la infracción. Con esto, paso ahora ya a desvirtuar definitivamente las infundadas opi-

niones 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 considera que la responsabilidad de ella es una de tipo “objetivo”. 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”¹²¹. Y por otro lado, porque “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”¹²². Estos argumentos de Gómez Tomillo, sin embargo, no son afortunados. Los primeros porque como tan documentadamente ha demostrado Schünemann, según ya se vió más atrás¹²³, 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

¹¹⁷ Véase GÓMEZ TOMILLO (n. 57), pp. 48 s. y nota 76.

¹¹⁸ Véase ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 2 O n° 133, p. 59 y § 8 C n° 60, p. 263.

¹¹⁹ Véase ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 8 C n° 60, p. 263.

¹²⁰ Sobre todo esto, véase ampliamente GRACIA MARTÍN, La cuestión (n. 7), pp. 69 ss.; EL MISMO, en Tratado (n. 7), pp. 552 ss., 576 s. y 580 ss.; EL MISMO, en Lecciones, 4ª ed., 2012, pp. 201 ss. y 216 ss.; y en sentido próximo Robles Planas (n. 32), pp. 8 s. y 12 ss.

¹²¹ Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción (n. 57), p. 99.

¹²² Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción (n. 57), p. 100.

¹²³ Vid. supra nota 52.

sí que tiene Gómez Tomillo toda la razón es porque es evidente y cierto que eso sólo es lo que se puede hacer respecto de la persona jurídica, es decir: imputarle una responsabilidad de tipo “objetivo” estricta y exclusivamente civil —y en su caso, también administrativa “no sancionadora”—; porque como con una gracia no exenta de ironía y, en cualquier caso, de un modo que no dudo en calificar de “genial”, ha afirmado el magnífico y brillante joven colega Víctor Gómez Martín, “existen razones para creer que bajo la piel de lobo de la pena, la LO 5/2010 oculta, en realidad, en parte la oveja de una suerte de responsabilidad civil derivada de delito y, en parte, la de una especie de sistemas de medidas de seguridad interdictivas para sociedades peligrosas”¹²⁴. 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 jurídicas¹²⁵, 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 jurídica¹²⁶; b) a tener que “modular” el principio y el con-

cepto de culpabilidad para poder así afirmar la concurrencia de ésta en la persona jurídica y poder así aplicarle la sanción sin violentar aquél principio¹²⁷; 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 objetiva¹²⁸. La primera de las alternativas no es 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 legislación¹²⁹. 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 culpabilidad¹³⁰, 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, res-

¹²⁴ Véase GÓMEZ MARTÍN, en Mir/Corcoy (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, p. 383 (cursivas mías).

¹²⁵ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 391, 402.

¹²⁶ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 393 y 414.

¹²⁷ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 393.

¹²⁸ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 402 s., 415 s. y 418 ss.

¹²⁹ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 395 ss. y 414.

¹³⁰ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), 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”.

petando la letra de las normas, quebrantar su espíritu en un comportamiento hipócrita muy extendido en la vida del Derecho”¹³¹.

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”¹³². 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’”¹³³. Pero —pregunta— “¿qué necesidad hay de hablar de culpabilidad —un fenómeno psíquico riguro-

samente personal— cuando estamos ante una infracción cometida por una empresa?”¹³⁴. 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”¹³⁵, 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 ablatorias¹³⁶, pues evocando de nuevo la graciosa y genial metáfora de Víctor Gómez Martín, más atrás expuesta, ninguna duda puede haber acerca de que las personas jurídicas —incluidas las naturales cuando no se las contempla como

¹³¹ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 393, 338, 402 y 427; donde habla del “atajo hipócrita de considerar que la inobservancia es una variante de imprudencia” (p. 338); literalmente de “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia” (p. 402), y de que “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable” (p. 427), refiriéndose aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la culpa in eligendo y a la in vigilando, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad; sobre ello véase GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 113 ss. y cfr. supra las descalificaciones que dirige Nieto a todos los intentos de configurar un concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

¹³² Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 425 (corchetes añadidos por mí).

¹³³ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 402.

¹³⁴ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., 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”.

¹³⁵ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 426.

¹³⁶ Como vengo sosteniendo desde hace años; véase GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos* (n. 131), pp. 103 ss.; véase además supra nota 120.

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 civil y administrativo.

b) No veo claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica que Alejandro Nieto atribuye a la responsabilidad de la persona jurídica¹³⁷, 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 punitiva¹³⁸. 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”¹³⁹. “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”¹⁴⁰. Conforme a esta distinción básica en la teoría general del Derecho, por diversas razones puede ser que el autor de una infracción no sea responsable, mientras que, a la inversa, es posible hacer responsable a un sujeto que ni siquiera haya realizado la infracción ni haya participado en ella. Ahora bien, debería estar fuera de toda duda que una estructura o figura de responsabilidad de esta clase sólo puede tener una naturaleza civil o administrativa, y en modo alguno una de carácter sancionador. Con esto, sin embargo, A Gómez Tomillo, no le quedan otras salidas que o bien la de aceptar lo que él parece querer rechazar y evitar, es decir, que como no puede ser de otro modo, aquí estamos ante una responsabilidad objetiva inequívocamente civil, o bien, si quiere poder continuar afirmando una culpabilidad de la persona jurídica, desvirtuar esta importante

¹³⁷ Aunque en el desarrollo de su tesis Alejandro Nieto habla constantemente de “infracción” y de “sanción”, en algún momento, sin embargo, plantea la cuestión de si a la vista de los presupuestos y del régimen jurídico peculiares de algunas figuras de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador, podríamos estar en presencia de una “difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción”; véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 351.

¹³⁸ Véase Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 421 s., donde apela para 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 (n. 11), p. 280, mencionan el principio *ubi commodum, ibi periculum*; en el mismo sentido, Lacruz/Rivero (n. 100), 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 (n. 100), 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).

¹³⁹ Sobre ella, por ahora, véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, pp. 414 ss. y especialmente pp. 421 s. El mismo valor y sentido jurídicos tiene la distinción entre “deuda” y “responsabilidad”; véase al respecto DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972), 329 s.

¹⁴⁰ En este sentido Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, p. 422.

distinción entre culpabilidad y responsabilidad en el sentido expuesto, y en el que, para terminar, se desarrolla a contiunción.

V. ACCIÓN (INFRACCIÓN) CULPABLE 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 Derecho¹⁴¹, y aceptada y normalmente operativa en diferentes ámbitos jurídicos específicos¹⁴². Mientras que el término “responsabilidad” es multívoco y remite en concreto a significados jurídicos muy distintos y variados¹⁴³, 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 individual a causa de algo hecho por él mismo o que está presente en él mismo y porque las condiciones y la razones del juicio están dadas también en él mismo; en fin, de todos los aspectos y matices de la culpabilidad, el que aquí interesa destacar es que ella está ligada de modo esencial e indisoluble a la autoría del hecho propio y, por consiguiente, que no es concebible —y si lo fuera sería absolutamente inadmisibile— una culpabilidad de nadie por el hecho realizado por un sujeto distinto¹⁴⁴; 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 culpablemente¹⁴⁵.

2. De los diferentes significados que tiene el término “responsabilidad”, interesa aquí el de “responder” de las posibles “consecuencias”

¹⁴¹ Sobre ella, véase extensamente la brillante construcción y exposición de KELSEN, *Teoría general* (n. 9), pp. 75 ss.; véase también NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984, pp. 184 ss.

¹⁴² 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, *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale*, notamment patronale du fait d'autrui, Presses Universitaires de France, Paris, 1978, pp. 12 ss. y 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, pp. 46 s. Lo mismo cabe decir respecto de la llamada *responsabilità per fatto altrui* del Derecho italiano; véase al respecto, véase el clásico trabajo de Pettoello MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui*. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 1962, pp. 23 y 51 ss. Sobre estas figuras, véase GRACIA MARTÍN, *El actuar I* (n. 7), 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, en Boix/Lloria, *Diccionario de Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 818 ss.; en el mismo sentido ALASTUEY (n. 100), pp. 632 s.; también SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, *InDret* 2/2006, pp. 11 s. y 20 ss.

¹⁴³ Sobre la amplitud de significados del término “responsabilidad”, véase por ejemplo NINO, *Introducción* (n. 141), pp. 184 ss.

¹⁴⁴ Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), p. 82: “la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por una persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste”.

¹⁴⁵ 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”.

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)”¹⁴⁶. 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 hecho¹⁴⁷. La culpabilidad se contrae siempre al hecho propio y es subjetiva o personal, pero la responsabilidad puede ser objetiva y por el hecho de otro¹⁴⁸. 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 objetiva¹⁴⁹ o, como la llama Kelsen, absoluta¹⁵⁰, 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 ne-

cesariamente un ser humano que haya obrado culpablemente, pero este ser humano es al mismo tiempo el substrato de un sujeto jurídico, esto es, de una “persona”. Como advierte Alejandro Nieto, “se es responsable porque así lo declara la ley”¹⁵¹, y la ley puede declarar que lo sea tanto un sujeto distinto como “el autor material directo”¹⁵². En los casos de responsabilidad por el hecho propio, aun a pesar de coincidir en un mismo sujeto la culpabilidad y la responsabilidad, debe continuar distinguiéndose entre una y otra por la simple razón de que, también aquí, el sujeto se ha manifestado y obrado en la doble condición de ser humano y de persona. En estos casos, pues, consecuentemente, en la “responsabilidad” del sujeto por su propio hecho hay que ver y distinguir un momento estrictamente subjetivo anclado en la culpabilidad del autor en su condición de ser humano, y que por esto mismo no es susceptible de “imputación” ni de “transferencia” a ningún otro sujeto, y otro momento objetivo respecto del cual el sujeto que entra en consideración es la “persona”, es decir, el sujeto jurídico capaz de imputación; un momento objetivo referido a las consecuencias del hecho, incluida la satisfacción de la sanción, respecto de las cuales pueden emanar “obligaciones” que, a diferencia de la culpabilidad, sí son ya susceptibles de imputación y de transferencia a un sujeto distinto contemplado también en su condición de “persona”, es decir, como sujeto capaz de “imputación jurídica”¹⁵³.

3. Ahora bien, contra lo que pretende en la

¹⁴⁶ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 426.

¹⁴⁷ Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), pp. 77 ss.; NINO, *Introducción* (n. 141), pp. 187 ss.; Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 414 ss.; GRACIA MARTÍN, en *Diccionario* (n. 142), pp. 818 ss.; EL MISMO, en *Gracia/Boldova/Alastuey, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 218.

¹⁴⁸ Véase, por todos, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 402, 418 ss. y nota anterior.

¹⁴⁹ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 402, 416 y 425; NINO, *Introducción*, p. 190.

¹⁵⁰ Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), p. 82.

¹⁵¹ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 419.

¹⁵² Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 427.

¹⁵³ Cfr. sobre todo esto KELSEN, *Teoría general* (n. 9), pp. 75 s., y especialmente p. 79 s.

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”¹⁵⁴, sino única y exclusivamente el ser humano empírico¹⁵⁵. 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”¹⁵⁶. 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 se ha dicho, también se tienen que distinguir. 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 representa¹⁵⁷, pero en ningún caso podrá ser 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 intransferible¹⁵⁸. 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 inmediatamente¹⁵⁹. 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 desdoblaron en actividades que tienen lugar dentro de las esferas vitales ajena y propia”. De esto resulta, según Nagler, que el ordenamiento jurídico no impone deberes de obediencia a estos sujetos (sc. a órganos y representantes) “en cuanto órganos de la vida jurídica ajena”, sino “en su ser por sí mismos”, y dado que nuestra cultura jurídica no reconoce una representación criminal, la actividad de la voluntad en estos casos y, por lo tanto, la responsabilidad criminal, no pueden alcanzar en modo alguno al representado sino exclusivamente “al representante en cuanto individuo que actúa”¹⁶⁰. 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 cuenta a los sujetos activos del delito, para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena”¹⁶¹.

4. De todo cuanto se ha expuesto, pues, se tie-

¹⁵⁴ Véase GÓMEZ-JARA, La culpabilidad (n. 54), pp. 219 ss.

¹⁵⁵ Véase GRACIA MARTÍN, El horizonte del finalismo (n. 8), pp. 214 ss.

¹⁵⁶ Véase al respecto, especialmente, la exposición de SEILER, Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967, pp. 50 ss.

¹⁵⁷ Véase GRACIA MARTÍN, El actuar I (n. 1), pp. 8 s., 11.

¹⁵⁸ 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, Die Zurechnung, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957, pp. 117 s.

¹⁵⁹ Véase FRANK, ZStW, 1917, p. 31.

¹⁶⁰ Véase NAGLER, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903, p. 55.

¹⁶¹ Véase RODRIGUEZ MOURULLO, PG I, pp. 228 ss.

ne 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 de sus órganos y representantes¹⁶². 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 de la relación jurídica existente entre ella y los sujetos que hayan cometido la infracción. Esta responsabilidad de la persona jurídica, sin embargo, nada tiene que ver con la responsabilidad personal o individual derivada de una acción u omisión culpable, sino que es una responsabilidad exclusivamente objetiva, absoluta, o vicaria de naturaleza exclusivamente civil o administrativa, incluida aquí la relacionada con el poder coercitivo administrativo para la prevención de peligros. Con esto, me reafirmo en las tesis que al respecto formulé hace ahora 25 años.

VI. CONCLUSIONES

1. Como queda dicho, a diferencia de la culpabilidad, la “responsabilidad” es multívoca y no sólo en lo estrictamente semántico¹⁶³, pues en el sentido estricto explicado de cargar con

las consecuencias de un hecho y de soportarlas, también se distingue 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, etc¹⁶⁴. 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 de lo que parece opinar el tan lamentable e injustamente perdido y malogrado colega alemán Joachim Vogel¹⁶⁵, la distribución y la inserción precisas de cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad en el sector jurídico que le sea propio de acuerdo a su naturaleza tiene una importancia máxima¹⁶⁶. 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 el concepto, tiene ya prefigurados en aquella misma realidad unos contenidos materiales determinados y una cierta estructura que no pueden ser en absoluto alterados o modificados con el modo de construcción del concepto ni tampoco — esto mucho menos— con un etiquetamiento del concepto con una denominación inapro-

¹⁶² En el mismo sentido KELSEN, *Teoría general* (n. 9), pp. 79, 81 y 82.

¹⁶³ Véase NINO, *Introducción* (n. 141), pp. 184 ss. (puede usarse como asumir los deberes de un cargo, causar una catástrofe, ser capaz mentalmente, como cualidad moral, etc.)

¹⁶⁴ Véase NINO, *Introducción* (n. 141), pp. 187 ss. Para las distintas figuras de responsabilidad por la comisión de infracciones en el Derecho administrativo (solidaria y subsidiaria), véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 378 ss.

¹⁶⁵ 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.”

¹⁶⁶ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

piada y hostil con la realidad subyacente¹⁶⁷. 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 posibilitar identificar y distinguir por sus características y propiedades materiales específicas —y además, de acuerdo con un rígido Código de Nomenclatura, también por sus nombres no fungibles— 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 los objetivos —por ejemplo políticocriminales— que se pretenden con cada uno. Pues como, recordando a Henkel, aleccionara hace ya algún tiempo Enrique Gimbernat¹⁶⁸, qui bene distinguit, bene iudicat, y es obvio que no distingue bien, y por ello tampoco juzga bien quien, 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 y aumenta así la confusión y el desconcierto porque el nombre usado remite de inmediato a otro objeto completamente distinto del que se está denominando con el término errado¹⁶⁹.

2. Hace ya algunos años, mi estimado colega Zugaldía quiso objetar a mis propuestas de tipos o clases de reacciones jurídicas frente a personas jurídicas, que no obstante mi recha-

zo de la responsabilidad penal de éstas, acababa proponiendo todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador pero que, en su opinión, sin embargo, podrían “hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”, toda vez que tras de haber fundamentado yo —según él, “jugando con las etiquetas”— que a las personas jurídicas “no se les puede imponer absolutamente de nada”, con mi propuesta “se les termina(ría) imponiendo absolutamente de todo”¹⁷⁰. 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 “jurídico penal”, y por lo ya razonado y documentado aquí suficientemente, resulta absolutamente innecesario cualquier argumento adicional para desvirtuar lo que se desvirtúa por sí mismo: que es la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y de modo muy particular Zugaldía, quien cuelga a las cosas etiquetas a todas luces inapropiadas¹⁷¹. En su crítica, Zugaldía consideró también que mis razonamientos y construcciones discurrían de un modo metodológicamente equivocado o incorrecto¹⁷². Desde luego, no me compete a mí juzgar si el método de construcción jurídica de conceptos que sigo es o no el correcto, pero en todo caso lo que sí puedo afirmar, dado que esto no es una opinión, sino un hecho comprobable, es que con el método que sigo lo que no hago es ni

¹⁶⁷ Véase en este sentido ZAFFARONI, PG 2ª ed., 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, Grund und Grenzen (n. 4), pp. 36 ss.

¹⁶⁸ Véase GIMBERNAT, Estudios, 3ª ed., p. 217.

¹⁶⁹ Véase de nuevo SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4: “se vulneran las reglas de la habla racional cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes.”

¹⁷⁰ Véase ZUGALDÍA, CPC n° 53, 1994, p. 622, si bien ahora, para Zugaldía, mi juego de etiquetas parece haberse convertido en “un alarde de logomaquia”; véase ZUGALDÍA (n. 57), p. 61.

¹⁷¹ Y que esto es así, ni siquiera es preciso que lo planteemos quienes nos posicionamos en contra de tal doctrina, pues que lo importante, en definitiva, es colgar la etiqueta de lo “penal” es algo que con un gesto de sinceridad, ya lo han confesado algún caracterizado defensor de esta doctrina, como es el caso de Vogel en la cita que hago de su opinión supra en nota 157.

¹⁷² Véase ZUGALDÍA, CPC n° 53, 1994, pp. 621 s.

prescindir del minimum minimorum del saber jurídico válido y vigente, ni tampoco esquivar los argumentos contrarios que no tengan un carácter superficial. Para su publicación en este lugar, he tenido que reducir el trabajo en más de 70 páginas que ya tengo escritas, de las que aproximadamente 50 están dedicadas a explicar el método del que me sirvo yo, pero también del que se sigue para la construcción del imposible supuesto de hecho de una responsabilidad penal y en el orden san-

cionador administrativo de la persona jurídica. Así, pues, espero poder debatir muy pronto con mi apreciado colega Zugaldía sobre el método, pero de momento, me tengo que conformar —aunque no es poco— con expresar la tranquilidad y el sentimiento de cierta seguridad que me proporciona la garantía de seguir un método muy próximo al de mi querido y admirado amigo y colega aquí homenajeado, Bernd Schünemann, de cuyo prestigio y genialidad nadie duda.