

La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto *a priori* del derecho *

Luis Gracia Martín

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

GRACIA MARTÍN, Luis. La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto *a priori* del derecho. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-18, pp. 1-131. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-18.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-18 (2016), 26 nov]

RESUMEN: A consecuencia, entre otras causas, de la colonización de los ordenamientos jurídicos continentales por el angloamericano, algunos sectores doctrinales de los primeros han abandonado claramente la Dogmática jurídica y la han sustituido por un sociologismo o una política criminal que, operando en mayor o en menor medida fuera de la idea y del concepto del Derecho, construyen arbitrariamente conceptos contrarios a la realidad empírica y carentes de fundamentación jurídica. El exponente más claro de esto lo representan las doctrinas que postulan integrar a la persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal y para esto elaboran una maraña de conceptos “paralelos” a los construidos para la persona física. En este artículo, que es continuación de otro anterior, el autor lleva a cabo un análisis de la teoría de la responsabilidad de la persona física por la comisión de delitos e infracciones con el fin de determinar los elementos y valoraciones jurídicas que deben ser los términos de comparación para aquellos conceptos paralelos para la persona jurídica y para dejar así planteada la imposibilidad de construir esos conceptos paralelos como punto de partida para una posterior investigación en que demostrará esa imposibilidad a los ojos de la Ciencia jurídica y de su método riguroso.

PALABRAS CLAVE: Persona, individuo, normas jurídicas, Derecho, contrato social, acción, infracción, culpabilidad, sanción, imputación jurídica, hecho propio, hecho ajeno, responsabilidad personal, responsabilidad patrimonial.

ABSTRACT: As a result, among other reasons, the colonization of the continental legal systems by the Anglo-American, some doctrinal sectors have clearly abandoned the first legal Dogmatic and replaced by a sociological or criminal policy, operating to a greater or lesser as out of the idea and the concept of law, arbitrarily constructed concepts contrary to empirical and devoid of legal basis reality. The clearest exponent of this represent what the doctrines that posit integrate the legal person as an active subject in criminal law and this produced a tangle of "parallel" to those built for individual concepts. In this article, which is a continuation of an earlier one, the author performs an analysis of the theory of responsibility of the individual person for the commission of crimes and offenses in order to determine the elements and legal assessments which must be terms comparison to those parallel concepts for the legal person and to leave so raised the impossibility of building these parallel concepts as a starting point for further research to demonstrate the impossibility in the eyes of legal science and its rigorous method.

KEYWORDS: Person, individual, legal norms, law, social contract, action, offense, guilt, punishment, legal complaint, very fact, made stranger, personal responsibility, liability.

Fecha de publicación: 26 noviembre 2016

SUMARIO: I. El peligro de aniquilación de la Ciencia jurídica por el solipsismo político criminal y constructivista de insostenibles figuras de responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica. II. La persona como punto final de la imputación jurídica conforme a normas jurídicas de valoración y distribución y el individuo como destinatario de normas jurídicas de determinación. III. La serie sintética configurada por los conceptos jurídicos categoriales de infracción (acción u omisión) antijurídica, culpabilidad y sanción en sentido estricto. IV. Los conceptos categoriales de infracción, culpabilidad y sanción. 1. El concepto de infracción jurídica como presupuesto de la sanción como consecuencia jurídica categorial correspondiente a ella y solo a ella. 2. La antijuridicidad de la infracción como presupuesto de la culpabilidad y de la sanción. 3. La culpabilidad del autor de la infracción antijurídica como presupuesto de la sanción. 4. La culpabilidad como puente de tránsito de la infracción antijurídica a su sanción. V. El contenido material de la sanción y sus fines específicamente punitivos más allá de sus propios y específicos fundamentos. Bibliografía citada.

I. El peligro de aniquilación de la Ciencia jurídica por el solipsismo político criminal y constructivista de insostenibles figuras de responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica

1. La Ciencia jurídica en general y, en particular, la jurídico penal de nuestro tiempo deben sus fundamentos y su riguroso método principalmente al espíritu y al modo profundo y riguroso de pensar alemanes, los cuales han dado al Derecho el rango de objeto de una Filosofía al menos desde Savigny y la Pandectística con Puchta a la cabeza¹, si es que ello no fue así ya antes². Lo cierto es que a partir de

* Artículo elaborado en el curso de la ejecución del Proyecto de investigación DER2013-46071-P, sobre “La responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias jurídicas aplicables a ellas por la comisión de hechos delictivos”, correspondiente al Subprograma de generación de conocimientos, Proyectos de “excelencia”, de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad. El trabajo se ha realizado también en el marco de investigación del Grupo de Estudios Penales, dirigido por el Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar en el Área de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, y financiado por el Gobierno de Aragón y el Fondo europeo de desarrollo regional.

Abreviaturas utilizadas: *AdC-Neue Folge* = Archiv des Criminalrechts; *ADPCP* = Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; *AE* = Alternativ Entwurf; *AK-StGB* = Alternativ Kommentar zum Strafgesetzbuch; *AP* = Revista Actualidad penal; *AT* = Allgemeiner Teil; *C.c.* = Código civil; *CE* = Constitución española de 1978; *CEDH* = Convenio europeo de derechos humanos; *CP* = Código penal; *CPC* = Cuadernos de Política Criminal; *CuCGPJ* = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial; *DA* = Documentación Administrativa; *EDJ* = Estudios de Derecho judicial; *EPC* = Estudios penales y criminológicos; *FGE* = Fiscalía General del Estado; *FS* = Festschrift; *GA* = Goltdammer's Archiv; *GS* = Gedächtnisschrift; *HFR* = Humboldt Forum Recht: <http://www.humboldt-forum-recht.de>; *HRRS* = Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht: <http://www.hrr-strafrecht.de>; *JA* = Juristische Arbeitsblätter; *JpD* = Jueces para la Democracia; *JuS* = Juristische Schulung; *JZ* = Juristenzeitung; *KritV* = Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; *Lb.* = Lehrbuch; *LH* = Libro Homenaje; *LK* = Leipziger Kommentar; *LLP* = La Ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario; *MK* = Münchener Kommentar; *NJW* = Neue Juristische Wochenschrift; *NK* = Nomos Kommentar; *nm.* = número marginal; *NStZ* = Neue Zeitschrift für Strafrecht; *PE* = Parte Especial; *PG* = Parte General; *PJ* = Revista Poder Judicial; *Polit. Crim.* = Política Criminal, publicación de la Universidad de Talca, versión online (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_serial&pid=0718-3399&lng=es&nrm=iso); *RAP* = Revista de Administración Pública; *RBCCrIm* = Revista brasileira de Ciências criminais; *RCR* = Revista de Concorrência e Postulação; *RDP* = Revista de Derecho penal (Lex Nova); *RDPC* = Revista de Derecho penal y Criminología (UNED); *RDPP* = Revista de Derecho penal y procesal; *RECPC* = Revista Electrónica de

esto y gracias a ello el Derecho ha podido y puede ser conocido, creado y desarrollado en el modo de un sistema conceptual adecuadamente funcional y práctico para la realización de su fin³, y así bien puede afirmarse sin exageración alguna que desde hace tiempo el sistema conceptual jurídico ha alcanzado un rango epistemológico de igual jerarquía — si no superior— a los elaborados por los demás campos del saber para el conocimiento de sus objetos específicos de un modo científico⁴. La teoría del delito es un claro y magnífico exponente de ello⁵, pero no menos que otros, como lo son las construcciones teóricas monumentales de conceptos como, por ejemplo, los de persona jurídica, imputación jurídica, negocio jurídico, relación obligatoria en general y tributaria en particular, y otros muchos más. Ciertamente la evolución histórica ha ido dejando atrás muchos enunciados y proposiciones de los formulados a lo largo del tiempo respecto del Derecho, porque se han mostrado equivocados o no plausibles, o bien simplemente porque —como por lo demás sucede en todos los campos del conocimiento con respecto a sus objetos específicos— las transformaciones culturales y científicas históricas los han hecho obsoletos y no funcionales para un tiempo de cambio y para el curso posterior de este. No

Ciencias penales y Criminología; <http://criminet.ugr.es/recpc> ; *RFDUCM* = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; *RGDP* = Revista General de Derecho penal; *RJCyL* = Revista Jurídica de Castilla y León; *RMTI* = Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración; *RP* = Revista penal; *RPAM* = Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid; *RPCP* = Revista Peruana de Ciencias penales; *RXG* = Revista Xurídica Gallega; *Schönke/Schröder*²⁸ = Strafgesetzbuch. Kommentar, 28ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991; *SchZStr.* = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; *SK I*⁵ = Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main; *StGB* = Strafgesetzbuch; *StV* = Strafverteidiger; *wistra* = Zeitschrift für Wirtschaft-Steuer-Strafrecht; *TEDH* = Tribunal Europeo de Derechos humanos; *ZschR* = Zeitschrift für schweizerische Recht; *ZIS* = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com; *ZRP* = Zeitschrift für Rechtspolitik; *ZStW* = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

¹ Véase al respecto LARENZ (1979: pp. 7 s.); para SAVIGNY, véase *loc. cit.* pp. 11 ss., y para la “genealogía de los conceptos jurídicos” de PUCHTA, véase *loc. cit.* pp. 20 ss.

² Pues como observa WELZEL (1975a: p. 1), especialmente con respecto al Derecho penal, este ha sido desde siempre una puerta de incursión para la Filosofía, y por otra parte recuerda que la formación de un ámbito nuclear en el actual sistema jurídico penal estuvo apadrinada por la teología por medio de SAMUEL PUFENDORF. Además, como recordó FRANZ BRENTANO (1889: p. 8), ya LEIBNIZ en su *Specimen difficultatis in iure* había advertido de la importancia de la Filosofía para el Derecho, al decir frente a los juristas que renuncian y desprecian a la Filosofía que sin esta “la mayor parte de los problemas de su *ius* son laberintos sin salida”, lo cual es comparado por BRENTANO con “una facultad de medicina que quisiera borrar de su plan de estudios obligatorios la zoología, la física y la química”.

³ Como advirtió GIMBERNAT (1990: p. 158), con su conocida y emblemática afirmación solo la Dogmática “hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal (que) hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”, y precisamente evitar la arbitrariedad es el fin de toda norma jurídica cuyo contenido debe concretar en primera instancia la Dogmática jurídica; véase ARTHUR KAUFMANN (1982, pp. 10 s.), quien afirma que una “norma” es un criterio o una pauta “para el tratamiento de lo igual y para evitar la arbitrariedad”.

⁴ Sobre el Derecho como ciencia, véase RADBRUCH (2003: pp. 106 ss.); ARTHUR KAUFMANN (1997: pp. 64 ss., 66 s.); SCHÜNEMANN (1984: pp. 1 ss., 6 ss.); GRACIA MARTÍN (2016e: I. 5).

⁵ Véase GIMBERNAT (2001: p. 370): “la teoría general del delito elaborada por la dogmática jurídico penal en los últimos 100 años constituye un importante edificio que debe ser considerado como uno de los grandes logros de las ciencias del espíritu”; y sobre la construcción del sistema del Derecho penal, véase SCHÜNEMANN (1984: pp. 1 ss., 6 ss.).

obstante, igual que por ejemplo la física de Einstein dejó en pie a buena parte de la mecánica clásica de Newton, los cambios experimentados en el Derecho tampoco pueden verse como sepultureros de absolutamente todo lo ya existente precedentemente, y hay que verlos más bien como depuraciones y adaptaciones de la materia jurídica al contexto de cada época, pero siempre dentro de unos esquemas constantes que permanecen inalterados a lo largo del tiempo y que bien se puede decir de ellos que se han hecho y tienen que reconocerse, como las denominó Welzel, como “nociones supratemporales” o “de validez permanente” de la doctrina del Derecho⁶, o como “nociones permanentes de la Ciencia del Derecho penal” como las llama respecto de este sector específico del Derecho Schünemann⁷. Y es que como lo advirtiera Radbruch, hay un “estilo jurídico” inmanente al que no puede sustraerse ningún cambio jurídico que pretenda validez conforme a la idea del Derecho⁸. Pues ya la “idea” misma del Derecho y el concepto de este derivado de ella como ordenación de la vida en común de un modo igual y justo, proporciona los principios y conceptos jurídicos *a priori* de los que hay que derivar en definitiva todos los demás conceptos jurídicamente relevantes, pues aquellos son *servata distantia* los equivalentes a los juicios sintéticos *a priori* de las matemáticas y de la física, y solo por medio de ellos se puede conocer al Derecho científicamente y luego crearlo y concretarlo de un modo asimismo científico⁹.

2. El fin de todo concepto jurídico y del sistema en que se incardina y relaciona con los demás no es otro que la realización efectiva del Derecho, y por esto todos los conceptos jurídicos tienen que construirse *teleológicamente*¹⁰. Ahora bien, la materia jurídica que tiene que aprehenderse con ellos es una que se manifiesta

⁶ Véase WELZEL (1971: pp. 251 ss., especialmente pp. 253 y 256).

⁷ Véase SCHÜNEMANN (1984: p. 64).

⁸ Véase RADBRUCH (2003: p. 84): “el Derecho no solo es la categoría que precede y está en la base de toda consideración jurídica”, sino que es también “la forma de cultura real que aprehende y configura cada uno de los hechos del mundo jurídico”, y por esto “una nueva aspiración jurídica no se realiza nunca en un vacío jurídico”, sino que solo puede tener lugar, “o bien por la transformación de un instituto jurídico preexistente, o bien por la inserción de uno nuevo en un sistema jurídico dado”, pero en ambos casos —y esta es la cuestión decisiva— “solo construyendo en la arquitectura de un poderoso edificio jurídico que únicamente se modifica en alguna singularidad y de cuyo estilo no se puede escapar”.

⁹ Véase RADBRUCH (2003: p. 39): “en el concepto del Derecho están contenidos una serie de conceptos jurídicos singulares que comparten con él su naturaleza *a priori*”, es decir, “la propiedad de ser, no resultados, sino instrumentos de la Ciencia jurídica, no generalizaciones casuales de fenómenos jurídicos empíricos, sino categorías necesarias del pensamiento jurídico”, y así por ejemplo conceptos como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, fuentes del Derecho, obligatoriedad, relación jurídica, sujeto y objeto del Derecho, etc., “son conceptos necesarios para todo Derecho que pueda ser pensado”; véase también ARTHUR KAUFMANN (1997: pp. 67, 98 ss.): “al contrario de los conceptos jurídicos ‘impropios’, ‘jurídicamente relevantes’, ‘empíricos’, los conceptos fundamentales del Derecho no provienen de la realidad empírica extrajurídica, sino que más bien están dados con el Derecho *a priori* y necesariamente” (p. 98), como por ejemplo los conceptos de norma jurídica (pp. 99 ss.), de fuente del Derecho (pp. 101 s.), de hechos jurídicos (pp. 102 s.), de relación jurídica (pp. 103 ss.), y de sujeto del derecho (105 s.), y precisamente “el conocimiento exacto de estas *categorías* jurídicas (sc. *a priori*) y de la relación de las unas con las otras es presupuesto imprescindible para todo trato *científico* con el Derecho” (p. 99).

¹⁰ Véase RADBRUCH (2003: pp. 106 ss., especialmente pp. 113 ss.).

singularmente en toda la gigantesca e infinita multitud de situaciones que tienen lugar en el curso del acontecer natural y que tienen determinados sentidos en el orden social, y cada situación en su singularidad única presenta circunstancias muy particulares suyas que no tienen las otras semejantes de su misma clase, las cuales a su vez tienen las suyas propias asimismo como únicas presentes en ellas y no en las otras. Por esto, para que el Derecho pueda realizarse en todas y en cada una de las singulares situaciones vitales de sentido en el orden social de un modo conforme a su idea, es decir, con justicia e igualdad, los conceptos jurídicos tienen que construirse y formularse *prima facie* como “modelos” o “tipos” concretos genéricos para cada *clase* de situaciones vitales de sentido social. En concreto, los tipos jurídicos se forman abstrayendo de una pluralidad de situaciones singulares todas las circunstancias particulares y únicas de cada una que, al menos en un primer momento y sin perjuicio de lo que ocurra en otros, carecen de relevancia desde el punto de vista jurídico determinado con arreglo al que se quiere tratar a todas ellas de un modo conforme con la idea del Derecho (con justicia e igualdad), y seleccionando solo y exclusivamente a todas las circunstancias que en mayor o en menor grado, pero en todo caso substancialmente, están presentes sin excepción en todas y cada una de las situaciones singulares de aquella pluralidad y que a diferencia de las abstraídas *sí* son relevantes para aquel punto de vista jurídico¹¹. Los conceptos jurídicos son, pues, ordenadores o tipológicos, y estos tienen la característica de que muy difícilmente pueden ser definidos con precisión y exactitud, porque están formados por propiedades “graduables” que se pueden atribuir a muy variados y diversos objetos y a cada uno en “mayor o en menor grado”¹², y por esto, como lo dice Arthur Kaufmann, todo “tipo (el ‘concepto de orden’, el ‘concepto de función’, el ‘concepto de sentido’) se acomoda al ‘más o menos’ de la variada realidad”, de tal modo que en un tipo no se puede subsumir como en un concepto (clasificadorio), sino sólo adscribir a él o “coordinar un hecho concreto en mayor o en menor grado”, es decir, “ponerlo en correspondencia con él”¹³. Esta peculiaridad de los conceptos jurídicos —como en general sucede también con todos los de las

¹¹ Como dice ZAFFARONI (2002: pp. 387 y 415): “no hay saber humano que no proceda *pescando* sus datos del mundo” (p. 387), y así “se *pescan* pedazos del ser, se *recortan*” (p. 415). Véase en sentido similar SCHÜNEMANN (1971: pp. 36 s.): “los conceptos son secundarios y sólo un medio para la comunicación de *qué sector de la realidad* se quiere abordar” (cursivas mías); CEREZO MIR (1998: p. 110): “los tipos se forman en virtud de un proceso de abstracción a partir de las acciones de la vida real”, las cuales “presentan una enorme variedad en cuanto a sus circunstancias de tiempo, lugar, medios utilizados, etc.” y por esto “el legislador define la acción típica extrayendo de las acciones de la vida real unas pocas notas o caracteres comunes”; y así por ejemplo, “todos los homicidios son diferentes en sus circunstancias concretas, pero en todos ellos aparece, como nota común, que un ser humano mata a otro”.

¹² Véase RADBRUCH (1967: p. 167).

¹³ Véase ARTHUR KAUFMANN (1982: pp. 47 s.); véase además EL MISMO (1997: pp. 91 s., 124 ss., 127 ss.). Sobre la distinción y la relación entre conceptos clasificadorios y ordenadores —tipológicos— en general, véase HEMPEL/OPPENHEIM (1936: pp. 1 ss., 10 ss., 21 ss., 44 ss. y *passim*); y ya antes OPPENHEIM (1926: pp. 71, 77, 81, 99, 204 s., 224), y para el ámbito específico del Derecho, véase RADBRUCH (1967: pp. 167 ss.).

Ciencias del espíritu y hasta incluso con los de las empíricas, aunque en estas de otro modo y por otras razones—, que resulta de la naturaleza de la materia jurídica que tienen que acotar y sobre todo de la exigencia de que tengan que configurarse *teleológicamente* conforme al principio de igualdad de trato implícito *a priori* en la idea del Derecho, hace que los “tipos” como conceptos ordenadores tengan que formarse forzosamente por medio de la *analogía*, es decir, filtrando para que sean contenidos materiales de ellos solo a los objetos que muestren tener propiedades o cualidades semejantes desde el punto de vista de la valoración jurídica de referencia para la construcción del concepto (tipo) en un grado suficiente como para ser acreedores de un *igual* tratamiento jurídico y, por esto mismo, *justo* conforme a la idea del Derecho, pues como dice Arthur Kaufmann, “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”¹⁴. Por esto, a toda adscripción o coordinación a un tipo jurídico de objetos desemejantes, es decir, sin correspondencia material *per analogiam* con los que constituyen su contenido precisamente porque todos ellos son análogos, se la debe contemplar como una arbitrariedad contraria a la idea del Derecho y, por esto, se le debe negar toda validez jurídica en todos los ámbitos del Derecho, esto es, en el dogmático científico por supuesto, pero también en los de la legislación y la jurisprudencia sometidos al imperio del Derecho¹⁵.

3. Que los conceptos jurídicos sean tipológicos en el sentido explicado significa que cada uno *diferencia* y distribuye a la materia jurídica en clases y especies de objetos de acuerdo con sus semejanzas y desemejanzas, que cada tipo absorbe como contenido propio y específico suyo a todos los que se muestran análogos, y que a la vez deja fuera a los que no lo son y tendrán que quedar para ser absorbidos y reunidos por otro tipo junto a sus análogos. Por esto debe contemplarse asimismo como una arbitrariedad incompatible con la idea del Derecho todo trasvase de

¹⁴ Véase ARTHUR KAUFMANN (1982: pp. 21 ss.; para la cita p. 22); en el mismo sentido, y para el caso de la identidad entre acción y omisión, SCHÜNEMANN (1971: p. 232), donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar —en su caso la acción y la omisión— exista una “comunidad” [sic.; identidad] previa”; y en general, SCHÜNEMANN (1993: pp. 312 s.); en el mismo sentido me he pronunciado también para la identidad entre la acción y la omisión, véase GRACIA MARTÍN (1993: pp. 78 ss.); EL MISMO (1994a: pp. 82 ss.); y EL MISMO (2013: pp. 23 ss.). Según ARTHUR KAUFMANN (1982: pp. 18 ss., 29 ss., 44 ss. y *passim*), el Derecho tiene un carácter *analógico*, pues solo puede concretarse estableciendo correspondencias objetivas *per analogiam* entre el “deber ser” y el “ser” (entre la valoración del objeto y el objeto de la valoración), véase *loc. cit.*, pp. 18 ss.: “la norma, como un deber ser, en absoluto puede producir a partir de sí misma Derecho real”, sino que para esto, “hay que añadir un elemento correspondiente del ser (*ein Seinshafte*)”, porque “sólo se origina Derecho real allí donde norma y situación vital concreta, es decir, deber ser y ser, son puestos en correspondencia el uno con el otro”; “Derecho es la correspondencia del deber ser y del ser” y “correspondencia significa *analogía*” (p. 18). Véase además ARTHUR KAUFMANN (1997: pp. 152 ss., 156 s.); y también JOSEPH ESSER (1961: pp. 40 ss., 130 ss. y 442 ss.) sobre el que denomina como “método de la comparación funcional”; y específicamente sobre la comparación funcional en referencia a los “principios estructurales”, véase *loc. cit.*, pp. 40 ss., 430 ss., 448 ss., 453 ss. y 469 ss.

¹⁵ Sobre el peligro de extensión ilimitada de los conceptos jurídicos con su arbitraria construcción al margen de la analogía, véase PHILIPPS (2005: pp. 91 ss.).

algún objeto de un tipo determinado a otro diferente con cuyos objetos no tiene ninguna correspondencia analógica, pues esto dará lugar a que se le dispense un tratamiento doblemente inadecuado e injusto, por un lado porque este será igual al que se da a los objetos desiguales comprendidos en el tipo al que se lo ha adscrito falsamente, y por otro lado porque al mismo tiempo, ese trato será lógicamente uno desigual al de sus análogos que permanecen en el tipo del que se lo ha sustraído arbitrariamente. Esta función diferenciadora de los conceptos jurídicos tipológicos en tanto que tipos en el sentido explicado, los hace al mismo tiempo también conceptos *clasificatorios*¹⁶. Los conceptos clasificatorios son *categoriales*, de modo que un objeto singular o satisface las exigencias del concepto de que se trate y entonces tiene que ser necesariamente subsumido en él, o no las satisface, y entonces queda absolutamente excluido de él sin perjuicio, claro está, de que pueda y tenga que ser subsumido en otro concepto clasificatorio diferente. Como dice Arthur Kaufmann, “el concepto (entendido aquí siempre como concepto general-abstracto, como ‘concepto de género’, ‘clasificador’) es cerrado, (pues) conoce sólo el cortante “o esto, o lo otro”; el concepto separa, el pensamiento conceptual es ‘pensamiento divisorio’”¹⁷. La Ciencia del Derecho es, por esto, además de teleológica, también una Ciencia clasificatoria que distribuye la materia jurídica en ordenes, clases, especies, etc., de un modo semejante a como lo hacen otras como la Botánica o la Zoología, pero también la Medicina como ciencia clasificatoria de las enfermedades y de los remedios correspondientes adecuados para cada una. La Ciencia jurídica es así taxonomía de la materia jurídica¹⁸. Como sucede con toda Ciencia clasificatoria, la jurídica debe proveerse también de un preciso y rígido código de nomenclatura para designar a cada uno de sus tipos con un nombre propio que permita diferenciar claramente a unos de otros, pues como dice Delgado Echeverría, en el metalenguaje de los juristas “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”¹⁹; como dice Mendonca, un caos terminológico, “puede constituir un

¹⁶ Cfr. *supra* nota 13.

¹⁷ Véase ARTHUR KAUFMANN (1982: pp. 40 ss., 44 ss. y 47 s.); véase también RADBRUCH 1967: p. 167), quien observa que los conceptos clasificatorios están compuestos de elementos cuya existencia sólo cabe o afirmar o negar respecto de un fenómeno individual: el concepto se da o no se da en absoluto.

¹⁸ En su análisis comparativo de la Dogmática del Derecho penal alemana con la doctrina penal americana, DUBBER (2005: pp. 253 s.) ve con razón una cierta semejanza entre la Dogmática y la Botánica y la Zoología, pues la primera sería una Ciencia clasificatoria que igual que estas otras, siguiendo un método *taxonómico*, asigna a cada elemento de su objeto el lugar correcto que le corresponde en la *taxonomía* del Derecho penal, de tal modo que un problema solo se resolverá correctamente si antes se lo ha “clasificado” también correctamente.

¹⁹ Véase DELGADO ECHEVERRÍA (2013: pp. 11 s.). Sobre los caracteres del lenguaje científico-técnico, que lo diferencian, por un lado, de los usos cotidianos del lenguaje en la vida común, especialmente de los “argots” y de las “jergas”, y por otro lado, de los lenguajes “sectoriales”, propios de las actividades profesionales, véase SOLER COSTA (2014: pp. 26 ss. y, especialmente, p. 33, donde la autora precisa que una propiedad del lenguaje científico-técnico es “que su léxico específico es semánticamente único”, lo cual significa que “en un término científico-técnico, no cabe esperar polisemia”; en el Derecho —observa la autora— se utilizan ciertamente “numerosos términos simples” (quiere decir del lenguaje cotidiano), pero no obstante “especializados”; véase en general HORN (1966: pp. 21 ss. y 97 ss.); y HAFT (1992: pp. 226 ss.).

indicio de caos conceptual”²⁰; y como dice Schünemann, si “la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo”, entonces “toda errónea nomenclatura será también un error sobre las cosas”²¹ que dará lugar a un tratamiento arbitrario de éstas, pues de la “prohibición de la arbitrariedad”, forman parte “(1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la Gramática”, y así se conculcan los principios del habla racional y se incurre en arbitrariedad “cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes”²².

4. En cuanto Ciencia clasificatoria, la Dogmática jurídica tiene que ser asimismo sistematizadora, y así los conceptos jurídicos tienen que ser elaborados pensando en que tienen que ser insertados y ordenados en un Sistema en que todos ellos se encuentran relacionados de determinada manera y en que cada uno desempeña funciones específicas pero coordinadas y en completa armonía con los demás. Por eso en la elaboración dogmática de todo concepto jurídico deben tenerse en cuenta las máximas que deben orientar la construcción de todo sistema conceptual, y que son las de ausencia de contradicciones, adecuación al conglomerado normativo que tiene que ordenar, y economía conceptual en el sentido de que los conceptos no contengan elementos superfluos²³. A este respecto debe tenerse muy en cuenta que

²⁰ Véase MENDONCA (2003: p. 22); en concreto, sobre la estrecha correspondencia entre el uso del lenguaje y la ordenación del caos de la realidad que precisamente es buscada con el Derecho, véase HAFT (1992: p. 238): “naturalmente, no todo se consigue con la ejercitación práctica; esta solo tiene sentido cuando le subyace un análisis de las estrategias y los medios de la argumentación jurídica; ahí es donde se muestra qué importante papel desempeña en el derecho la producción de esquemas de orden, estructuras y encadenamientos deductivos; ya en la antigüedad era el jurista el hombre que con únicamente medios lingüísticos establecía orden en el mundo; (...) creaba orden donde otros no veían más que un caos; el jurista no sabe de ese caos más que otros; pero sabe conseguir orden y, con ello, si no disolver el conflicto, al menos decidirlo y ponerle fin mediante un compromiso lo más aceptable posible; el medio que para ello empleaba era el *lenguaje*; y en esto, si bien se miran las cosas, nada fundamental ha cambiado hasta nuestros días”.

²¹ Véase SCHÜNEMANN (2014a: p. 15).

²² Véase SCHÜNEMANN (2014a: p. 4 para la cita, y además pp. 8, 11, 12, 15, 16) ; ya antes SCHÜNEMANN (1979: pp. 37, 234 s.; EL MISMO (2008B: pp. 431 ss.); y EL MISMO (2013: p. 200). A este respecto, ya Francis BACON advirtió con carácter general sobre el pernicioso vicio de aplicar indiferentemente “un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza”; véase el resumen y la glosa que hace FOUCAULT del pensamiento de F. BACON en su *Novum organum* de 1620; según FOUCAULT (1966: p. 65), la crítica de la semejanza en BACON concierne “a los tipos de espíritu y a las formas de ilusión a los que pueden estar sujetas”, de modo que no serían más que “los *ídolos de la caverna* y los del *teatro*” los que nos harían “creer que las cosas se asemejan entre sí”, pues —y esta es la cita textual de BACON, *loc. cit.*, pp. 65 s.— “el espíritu humano se inclina naturalmente a suponer en las cosas un orden y una semejanza mayores de los que en ellas se encuentran; y aunque la naturaleza está llena de excepciones y de diferencias, el espíritu ve por doquier armonía, acuerdo y similitud”. Pero esto —ahora según interpreta FOUCAULT, *loc. cit.*, p. 66— no son más que “*ídolos de la tribu*, ficciones espontáneas del espíritu” y “a ellos se añaden —efectos y a veces causas— las confusiones del lenguaje: un mismo y único nombre se aplica indiferentemente a cosas que no son de la misma naturaleza, son los *ídolos del foro*, y” —concluye FOUCAULT advirtiendo— “sólo la prudencia del espíritu puede disiparlos, si renuncia a su prisa y a su ligereza natural para hacerse ‘penetrante’ y percibir finalmente las diferencias propias de la naturaleza”.

²³ Véase en este sentido SCHÜNEMANN (1971: pp. 26 y 36 nota 163).

la filosofía y la teoría general del Derecho y del Estado, que constituyen la fuente primaria y decisiva de todo pensamiento auténticamente jurídico y válido, han elaborado y formulado las bases de los conceptos jurídicos fundamentales, y a partir de ahí cada Dogmática jurídica sectorial ha desarrollado y concretado con determinados contenidos y estructuras solo aquellos que son adecuados y correspondientes a sus objetos y fines específicos, pero respetando siempre la configuración básica de ellos elaborada y dada por la teoría general del Derecho, de la cual no podrían desviarse ni contradecirla, porque si bien es cierto que cada Dogmática singular *individualiza* su materia específica y los singulares instrumentos jurídicos adecuados a ella²⁴, tal individualización no puede tener lugar de un modo totalmente libre y arbitrario por la simple razón de que lo que se individualiza son *partes* de un *sistema jurídico*, es decir, de un ordenamiento jurídico total²⁵, y es obvio que ninguna parte recortada e individualizada de un sistema puede estar en contradicción con el sistema mismo ni tampoco con ni una sola de las demás partes singulares de este, pues si así fuera, en ambos casos el resultado sería la destrucción de la totalidad del sistema y asimismo la de todas sus partes singulares²⁶. En definitiva, debe tenerse en cuenta que, como enfatiza Schünemann, las funciones pragmáticas de todo sistema consisten en “facilitar una visión panorámica lo más rápida y completa posible sobre la totalidad de los enunciados singulares y su orden y asegurar un acceso de inmediato sin ‘comprobaciones intermedias’ superfluas a la respectiva parte del sistema relevante para el problema concreto”²⁷.

5. No parece normal, y por ello no es habitual, que una investigación como la que se va a desarrollar aquí sobre un tema singular comience con una exposición tan extensa, y quizá hasta cierto punto pueda verse como desmesurada o desproporcionada, de los caracteres básicos y generales y del método de la disciplina a la que compete la cuestión de la que se va a tratar. Y sin embargo esto me parece aquí no ya meramente conveniente, sino necesario, como lo he hecho igualmente por la misma razón, y aún con mayor extensión, en mis últimos trabajos sobre la moder-

²⁴ Pues de la función diferenciadora y clasificatoria de la Ciencia del Derecho deriva también su carácter *individualizador*; véase RADBRUCH (2003: p. 116); y si la Ciencia jurídica en general es individualizadora, las Dogmáticas jurídicas singulares lo son aún en mayor grado, y estas, como dice de nuevo RADBRUCH (*loc. cit.*) “se ahogarían en la afluencia de los hechos individuales si no tuvieran a su disposición un criterio para distinguir entre estos a los esenciales y a los inesenciales”.

²⁵ Porque como dice de nuevo RADBRUCH (2003: p. 116), si bien es cierto que los preceptos jurídicos son generales por su esencia, sin embargo “el objeto de la Ciencia jurídica no son las leyes individuales, sino *el ordenamiento jurídico*”. Por esto, ninguna Dogmática jurídica sectorial, por mucho que se ocupe en primera instancia sólo de las leyes relativas a su objeto específico, puede dejar de desarrollar sus conceptos particulares en referencia a la totalidad del ordenamiento jurídico y sin contradicción con este ni con ninguna de las demás partes singulares del mismo; véase además SCHÜNEMANN (1971: pp. 26 y 36 nota 163) y EL MISMO (1984: p. 8), donde enfatiza que el sistema debe garantizar “orden y ausencia de contradicciones en el ámbito de problemas jurídicos que están resueltos de modo constante para largo tiempo”.

²⁶ Cfr. de nuevo SCHÜNEMANN, como en nota anterior.

²⁷ Véase SCHÜNEMANN (1984: p. 3).

nización del Derecho penal²⁸, sobre la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones por los individuos que actúan en su lugar²⁹, y sobre las consecuencias accesorias, a cuyo género pertenecen sin la menor duda las que ahora el Código penal llama estrambóticamente “penas aplicables a personas jurídicas”³⁰, y así también lo he hecho en mi artículo de próxima publicación y que es el prolegómeno de este mismo que a su vez es el presupuesto discursivo lógico de los dos que le seguirán³¹. Y si esto me parece necesario, el motivo no es otro que el más que evidente deterioro de la Ciencia jurídica en general y de la Dogmática jurídico penal en particular que desde hace algún tiempo se percibe de un modo asombroso pero ostensible en Alemania³², y también en nuestra doctrina patria³³. Y es que mucho de lo que hoy se produce —y por supuesto que

²⁸ Véase GRACIA MARTÍN (2016c: pp. 73 ss.), aquí no al comienzo, sino intercalado en el trabajo como excurso previo para fundamentar metodológicamente mis réplicas a las infundadas críticas de que han sido objeto mis tesis sobre la modernización del Derecho penal.

²⁹ Véase GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 35 ss.), aquí no al comienzo, sino intercalado en el trabajo como excurso previo para fundamentar metodológicamente mi rechazo a la inadmisibile e insostenible postura y a las tesis de NIETO MARTÍN sobre la responsabilidad de la persona jurídica, y en concreto a su desprecio de la nomenclatura jurídica y a sus graves confusiones conceptuales.

³⁰ Véase GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 161 ss.), aquí no al comienzo, sino intercalado en el trabajo como excurso previo para fundamentar metodológicamente mi rechazo a la inadmisibile e insostenible postura y a las tesis de quienes postulan el carácter y la naturaleza penal de las consecuencias accesorias y de esas estrambóticamente llamadas “penas aplicables a personas jurídicas”.

³¹ Véase GRACIA MARTÍN (2016e [en prensa]: epígrafe I “Derecho y Dogmática como Ciencia del Derecho”).

³² Véase SCHÜNEMANN (2014b: pp. 1 ss.); y sobre todo véase su ya antigua y famosa denuncia de la decrepitud de la Ciencia jurídico penal alemana que a día de hoy ha alcanzado ya cotas exponenciales, en SCHÜNEMANN (1995: p. 221 s. = ADPCP 1996: pp. 209 s.), donde describe el proceso de declive a partir del recuerdo de que la Ciencia jurídico-penal alemana se caracterizó hasta los años 60 del siglo pasado, por la gran coherencia y homogeneidad de un pensamiento cultivado y desarrollado por un número reducido de participantes en la discusión científica, formados en el seno de auténticas escuelas que podrían compararse con los bloques compactos, y relacionados entre sí, de la gran muralla de Cuzco; sin embargo, a partir de esa época —explica SCHÜNEMANN—, comenzaría la desintegración y la entropía de la Ciencia jurídico penal hacia una situación como la actual, que él compara con el aspecto de “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, como 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 también GIMBERNAT (1999: p. 375), donde denuncia y critica la práctica que hoy parece ya dominar como modo de producción jurídica en la doctrina alemana, de ignorar las grandes —y para muchos conceptos y soluciones, también *definitivas*— obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituir la aprehensión sistemática de los problemas por una tópica caótica y exasperante.

³³ Véase ALEJANDRO NIETO (1999: pp. 217 ss.), quien describió la tendencia ya suficientemente marcada cuando hizo la advertencia sobre el camino emprendido en la Ciencia jurídica, el cual no se ha detenido ni cambiado de rumbo, con observaciones como estas: la producción de pensamiento —dice 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

hay excepciones realmente encomiables y esperanzadoras³⁴—, no puede ser visto más que como productos —como lo dice Schönemann— de “una Dogmática que solo vive de las ocurrencias”³⁵.

6. De entre los productos actuales de la doctrina jurídico penal que no puede asimilar en modo alguno la Dogmática jurídico penal, como tampoco la Ciencia jurídica en general ni las Dogmáticas de otros sectores jurídicos particulares como el civil, de sociedades y administrativo de policía, el de peor condición entre todos, y con el cual tal vez la arbitrariedad se haya llevado a su clímax con una puesta en relación de grave hostilidad a las palabras y a las cosas y amenazando con la aniquilación de la Ciencia jurídica, lo representa sin duda toda la maraña de tentativas irreales de construir figuras de responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica³⁶.

a) Es característico de todas las doctrinas punitivistas de la persona jurídica primero eludir los argumentos contrarios de la doctrina refractaria sin debatirlos ni refutarlos en lo más mínimo, limitándose en esto a afirmar meramente y sin más que quienes los esgrimen están equivocados³⁷, y luego, a consecuencia de esto

utilizado por NIETO en pasado). Por eso no está de más recordar aquí, sobre todo para quienes inician su curso investigador en la Ciencia jurídica, que son quienes tienen la responsabilidad de levantarla de su decadencia y devolverle el prestigio que ha tenido en épocas de esplendor, la advertencia hecha por el gran físico vienés y Premio Nobel en 1945 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*”.

³⁴ Solo para citar aquí una —podrían citarse sin duda más— que me parece especialmente digna de destacar, quiero hacer mención de la admirable monografía de CIGÜELA (2015, citada en la bibliografía) sobre la culpabilidad colectiva, que es modélica, profunda y metodológicamente rigurosa, y en la cual el autor, precisamente por ello, produce verdaderamente discurso y conocimiento jurídico y alcanza conclusiones que para mí representan un punto de no retorno para el conocimiento relativo a la responsabilidad (no penal) de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones por los individuos que actúan en su lugar; mis discrepancias con el autor son realmente mínimas y en cualquier caso solo accidentales y no substanciales.

³⁵ Véase SCHÜNEMANN (2001b: p. 211), donde habla de la circularidad de una Dogmática que vive de la “ocurrencia”.

³⁶ Cfr. en el mismo sentido SCHÜNEMANN (2014a: pp. 2, 3 s. y especialmente p. 12), donde afirma que “hay una total abundancia de razones que marcan a la construcción de una sanción contra agrupaciones en paralelo a la pena criminal como tentativa inidónea”. Véanse críticas sucintas todavía en el modo de un esbozo parcialmente argumentado a las principales de esas tentativas en GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 12 ss. y *passim*); y EL MISMO (2016d: pp. 156 ss. y *passim*), donde desarrolla una crítica de las tentativas de fundamentar una naturaleza penal de las consecuencias aplicables a la persona jurídica, en particular de las accesorias ahora aplicables según el CP solo a entidades sin personalidad jurídica, pero que es idénticamente válida en todos sus términos para las estrambóticamente llamadas “penas aplicables a personas jurídicas”.

³⁷ Véase SCHÜNEMANN (2006a: pp. 151 s.), quien tras reprocharle a la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica que opere en general con “el criterio siempre extendido en el *common law* y en aumento en el continente europeo, de que hay que centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, (porque esto) constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia” (p. 151); a continuación llama la atención asimismo críticamente sobre la extendida tendencia a “ignorar la crítica y posiciones de los opositores”, porque “la ciencia jurídica no sólo vive, sino que consiste incluso en la discusión vívida mantenida con opositores y críticos, de modo que quien merece reprimenda es (...) en realidad quien se sustrae a ese debate, y no así sus críticos” (p. 152). No obstante, en lo que concierne al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe reconocerse como una excepción a ese rechazable modo de proceder, sobre todo al trabajo valioso de GÓMEZ-JARA, pues este autor sí se ha tomado en serio a los argumentos contrarios, y ha tratado de rebatirlos, si bien a mi juicio infructuosamente; véase GÓMEZ-JARA (2005, pp. 77, 82 ss., 109 ss., 118 ss., y 128 ss.), quien advierte con

lógicamente, a elaborar y formular sus constructos arbitrarios en un vacío casi total de método y de teoría jurídica³⁸. Como ya he explicado en otros lugares³⁹, estas doctrinas practican una especie de lo que Greco ha denominado en general como “solipsismo jurídico-penal”, es decir, operan conforme a una máxima según la cual “las fronteras de mi derecho penal son las fronteras de mi mundo”, y puesto que “mi mundo es todo el mundo, el que yo no conozco, no existe”⁴⁰. A este modo de proceder se lo puede caracterizar doblemente. En primer lugar por un claro abandono de la Dogmática jurídico penal que en algunos casos hasta se postula y recomienda expresamente como el camino a seguir⁴¹. Pero en segundo lugar, y a la

razón que “representa un error considerable prescindir de las serias objeciones planteadas por la dogmática a la responsabilidad penal empresarial” (p. 77). Entre otros muchos, como unos buenos exponentes de esta sustracción del debate se puede citar a ZUGALDÍA y a GALÁN MUÑOZ. El primero (1994, pp. 621 s.), se limita a decir que mi negación de la capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica —que como cualquiera puede comprobar yo he hecho a partir de y como conclusión de una prolija y detallada argumentación jurídica fundada en la lógica formal y en la material y en el caudal de la doctrina más sólida— sería equivocada porque mi punto de partida no es correcto metodológicamente, pero sin refutar ni uno solo de mis argumentos, con lo cual no se percata de que lo que califica —él sí de un modo absolutamente equivocado— como mi “punto de partida”, en realidad es mi “punto de llegada”, y que lo es, como queda dicho, a consecuencia de toda una prolija y detallada argumentación previa; véase ahora también igualmente en el mismo sentido ZUGALDÍA (2013: p. 61); y véanse las réplicas que he hecho a estas meras afirmaciones de ZUGALDÍA, en GRACIA MARTÍN (2014a: pp. 22 ss. y especialmente pp. 25 ss.); EL MISMO (2015: pp. 160 ss. y especialmente pp. 164 ss.); y EL MISMO (2016b: pp. 12 ss. y 75 ss.). Por su parte GALÁN MUÑOZ (2012: pp. 534 s.), sin la mínima argumentación se limita a decir respecto de las tesis de SCHÜNEMANN, que éste “parte de una premisa equivocada” cuando llega a la conclusión y afirma que la persona jurídica no puede infringir normas de conducta o de determinación (p. 534), y de aquí, dando un salto lógico de largo alcance, pasa a afirmar meramente y de nuevo sin el mínimo razonamiento ni argumentación que existen unas misteriosas normas de conducta o de determinación “colectiva” de las que sería destinataria la persona jurídica misma, es decir, que obligaría ¡de forma colectiva! a todas las personas físicas con capacidad de decidir sobre la actividad de la jurídica (p. 535); pero sobre esto, la prudencia aconseja, por lo menos aquí y ahora, dejarlo simplemente expuesto sin hacer ni un solo comentario. *Cfr.* en la doctrina alemana el modo de proceder acrítico, en el mismo sentido de solo afirmar sin el mínimo razonamiento ni argumentación que la doctrina refractaria parte de premisas equivocadas y extraer del mismo modo de la nada unas normas de determinación con destinatario colectivo, DANNECKER (2001, pp. 107 y 110 s.).

³⁸ Véase en ese sentido NIETO GARCÍA (2012: pp. 404 s. y 421 s.), quien advierte invocando la famosa frase de VON KIRCHMANN, que cualquier intento de fundamentar una culpabilidad de las personas jurídicas solo puede emprenderse si tirando “a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica” (pp. 404 s.), se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho (pp. 421 s.), y muy particularmente si se ignora la fundamental y básica diferenciación entre “autoría y culpabilidad” por un lado, y “responsabilidad” por otro (p. 422).

³⁹ Véase GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 177 ss.); y con más detalle aún GRACIA MARTÍN (2016e [*en prensa*]: epígrafe II).

⁴⁰ Véase GRECO (2010), pp. 42 s.

⁴¹ Claros exponentes de ello son, sobre todo ZUGALDÍA (1980, p. 86 s.) con su temprana y conocida propuesta —que GONZÁLEZ RUS (2014: pp. 36 s.) ha calificado con razón de exabrupto— de que “si aun subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues *peor para ésta última*” (p. 87), porque ante el conflicto entre “la conveniencia político-criminal de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas” y la imposibilidad de llevarla a cabo por las exigencias de la Dogmática jurídico-penal, lo que hay que hacer es ¡“prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro y allanar el camino para dar en el futuro nuevas soluciones”! (p. 86); y más recientemente en la doctrina española NIETO MARTÍN (2008: p. 17): “la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una decisión de política criminal en manos del legislador”; y en la alemana, VOGEL (2012: p. 428): “la dogmática tiene que perder a favor de la política criminal”. Con esto, sin embargo, se aniquila completamente la Ciencia jurídico penal; *cfr.* la cita de SCHÜNEMANN supra en nota 37.

vez, como se explica a continuación en *b)*, también se caracteriza por su claramente perceptible ignorancia o desprecio —sean o no deliberados, lo que es irrelevante en cuanto al resultado— de los conceptos jurídicos fundamentales de persona, imputación jurídica, organicidad y representación, que han sido elaborados por la teoría general del Derecho y por las Dogmáticas del Derecho civil y de sociedades y por la del Derecho administrativo de policía, y constituyen los puntos arquimédicos de toda construcción posible de una responsabilidad de la persona jurídica, los cuales resultan totalmente aniquilados por el solipsismo jurídico-penal del mismo modo que lo hace con las teorías del delito y del sistema de las consecuencias jurídico-penales.

b) En efecto, para intentar fundamentar sus constructos, el fundamentalismo punitivista de la persona jurídica no tiene más remedio ni otra alternativa desde el primero hasta el último momento que recurrir y utilizar a la técnica jurídica de la *imputación jurídica* a la persona jurídica, según algunos de los hechos íntegros cometidos por los individuos concretos que actúan en su lugar (sus órganos, representantes, empleados)⁴², y según otros de los estados o situaciones objetivos globales de desorganización en que se encontraría el substrato real de la persona jurídica —la organización misma—, los cuales explicarían la comisión de delitos e infracciones por los individuos que actúan en su lugar porque la provocarían o la favorecerían⁴³. De este modo a los constructos resultantes se los denomina luego con toda una maraña de nombres, como los de injusto (o culpabilidad) de organización o por el dominio de la organización⁴⁴, injusto por defecto estructural⁴⁵, injusto sistémico⁴⁶, etc., probablemente con pretensiones de presentar algo nuevo y original, pero que resultan estrepitosamente fallidas porque no pasan de ser meras expresiones que contaminan y embarullan la semántica de una misma realidad única e idéntica que ya es desde antiguo perfectamente conocida, y que está conceptualmente bien

⁴² Cfr. *infra* en nota 152.

⁴³ Véase ahora por todos solo GÓMEZ-JARA (2016b: p. 137), y ya antes con abundantes referencias doctrinales en el mismo sentido, EL MISMO (2005: pp. 228 ss. y antes pp. 179 ss., donde expone detalladamente propuestas de varios autores como “modelos avanzados de autorresponsabilidad o de imputabilidad de una genuina culpabilidad jurídico-penal empresarial”).

⁴⁴ Véase HEINE (1995: pp. 35 ss., 287 ss.), para quien la persona jurídica tendría un dominio funcional sistémico de la organización adquirido en virtud de la dinámica organizativa conforme a los principios de diferenciación funcional y de descentralización, y por esto lo injusto propio de la persona jurídica consistiría en un ejercicio defectuoso de aquel dominio en el sentido de no haber adoptado a lo largo de un tiempo medidas de prevención de los riesgos que han dado lugar a perturbaciones sociales.

⁴⁵ FEIJÓO (2015: pp. 67 ss., 79 ss.), para quien lo injusto propio de la persona jurídica sería un injusto “estructural”, porque consistiría en defectos estructurales de la organización que configurarían “una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de incumplimiento de la legalidad penal” que luego se concreta en la comisión de un hecho delictivo por un integrante de la empresa.

⁴⁶ Véase LAMPE (1994: pp. 683 ss.); EL MISMO (1999: pp. 83 ss.), para quien lo injusto consiste en relaciones sociales desvaloradas por el ordenamiento jurídico, y dado que la persona jurídica produce relaciones sociales por medio de su capacidad de organización, también puede producir “injustos” propios, los cuales podrían caracterizarse como “sistémicos” porque resultarían de los procesos sociales y económicos desencadenados por la misma persona jurídica por medio de la organización de acciones ajenas.

definida y asimismo correctamente clasificada en la taxonomía de la Ciencia jurídica con una precisa nomenclatura categorial⁴⁷, por un lado en el orden jurídico civil como supuestos de “responsabilidad por el peligro”⁴⁸ o por el riesgo de la actividad empresarial⁴⁹, y por otro en el orden jurídico administrativo como responsabilidad *policial* por la “peligrosidad objetiva de la cosa”⁵⁰.

c) Por otra parte, muchos de estos constructos no son más que productos meramente sociológicos o propuestas políticas que no pueden pasar los filtros del Derecho y así no pueden convertirse en conceptos jurídicos⁵¹. Pero con estas tentativas político criminales libres de Dogmática y de teoría jurídicas, como lo advirtió hace tres cuartos de siglo Kelsen, se echa a perder a la Ciencia jurídica, porque no se tiene en cuenta que esta no es ni debe ser política jurídica⁵², y con las tentativas de contaminación sociológica de la Ciencia jurídica, como ya lo advirtió hace más de medio siglo Quintano, se crean muy graves peligros de demolerla y de estragarla con toda “la mezcla inconsiderada de conceptos” que ello supone⁵³. Y precisamente

⁴⁷ Sobre este fenómeno de presentar a lo viejo y conocido de un modo que parezca nuevo y original — que a veces es producto de un solipsismo individual o grupal que no suele ser científicamente inocuo, sino todo lo contrario— ha llamado la atención en otro contexto y en general como una práctica defectuosa demasiado extendida en nuestro tiempo ENRIQUE GIMBERNAT (2006: p. XVII), al observar respecto de la costumbre de atribuir paternidad a supuestas teorías que no son más que reproducciones de lo ya conocido, que así se “despierta la equivocada impresión de que a cada autor que se ha acercado previamente al tema, se le ha ocurrido una nueva teoría”, cuando esto no es así ni remotamente, porque “en la ciencia del Derecho penal —como en cualquier otra ciencia— lo difícil —y lo excepcional— es alumbrar una idea verdaderamente original, ya que la mayoría de los autores se limitan a repetir lo que anteriormente ya se había descubierto, y, como mucho, añaden un nuevo matiz a lo ya sobradamente sabido”, y por esto “los que trabajan así ignoran —o pretenden ignorar— que no existe una teoría por autor, sino solo unas pocas en cada una de las cuales debe ser agrupada una multitud de científicos, de quienes hay que destacar, en el mejor de los casos, alguna más o menos importante modulación”.

⁴⁸ Véase por todos JOSEPH ESSER (1941: pp. 98 ss. y *passim*).

⁴⁹ Véase LACRUZ/RIVERO (2013: pp. 494 y 496 ss.); Díez PICAZO/GULLÓN (2015: pp. 317 s.).

⁵⁰ El concepto se debe a SCHMITT (1958: pp. 199 ss., 230 ss.); véase también SEILER (1967: pp. 258 ss.); y en el sentido de que se trata de un supuesto de injusto puramente objetivo de policía, véase DENNINGER (2012: pp. 216 ss. y pp. 229 ss.), quien describe el fundamento de la responsabilidad policial como la relación especial de “proximidad” al peligro, para la cual “lo que importa es el peligro provocado de hecho (o su apariencia), pero no las relaciones personales individuales del perturbador, la edad, la capacidad de acción, de obrar, de delinquir, la mayoría de edad penal, etc. de aquél, (las cuales) desempeñan (aquí) tan poco cometido como su culpabilidad (dolo o imprudencia) o como su error sobre cualesquiera circunstancias de su conducta o de la situación” (p. 218); *cfr.* además HOLLANDS (2005: pp. 101 ss., 116 ss.); y GRACIA MARTÍN (1996a: pp. 69 ss.) y EL MISMO (2016a: pp. 251 ss.).

⁵¹ Pues como advirtió RADBRUCH (2003: pp. 114 s.), si bien es cierto que la construcción conceptual jurídica se apoya en conceptos extrajurídicos incluso de rango científico y completamente válidos en sus campos de origen, y por eso la Ciencia jurídica es elaboración conceptual de segundo grado, más cierto es y tendría que estar lo suficientemente claro que “la Ciencia del Derecho *no adopta* a ningún concepto científico extrajurídico *sin transformarlo* al mismo tiempo”.

⁵² Véase KELSEN (1934: pp. 15 Y 16), afirmando por un lado que la Ciencia del Derecho “*no es política jurídica*” (p. 15), y por otro la necesidad de liberar a la Ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños, porque debido a la actitud de muchos “juristas” que “creen poder elevar su prestigio científico justo por medio de préstamos de otras disciplinas, naturalmente así la Ciencia del Derecho propiamente dicha se echa a perder” (p. 16).

⁵³ Véase QUINTANO (1957: p. 290), quien advirtió críticamente sobre “la intrusión del sociologismo en el Derecho” que hace un daño superlativo a la Ciencia del Derecho porque la aniquila y la estraga, y especialmente sobre que “en ninguna rama de él los estragos han sido tan visibles como en el penal, donde la tónica

a consecuencia de esto y de todo lo anteriormente dicho en sentido altamente crítico, las doctrinas punitivistas de la persona jurídica, más allá de la irritante arbitrariedad que muestran en el uso de la nomenclatura jurídica que es causa de muy graves confusiones conceptuales y sobre la esencia de las cosas⁵⁴, operan por esto —como lo ha dicho Frisch⁵⁵— con una confusión y mezcolanza conceptuales de tal grado que no solo les lleva a creer erróneamente que en el Derecho penal puede operarse con instrumentos jurídicos pensados y contruidos exclusivamente para otros sectores jurídicos, sino que al intentar movida por esa creencia errónea de poder hacerlos funcionar en el Derecho penal, los desfigura de tal modo que los hace absolutamente irreconocibles incluso para la teoría general del Derecho que los ha construido y para las Dogmáticas que se sirven de ellos porque son los apropiados para el tratamiento de sus objetos específicos y solo para estos exclusivamente. Pero de este modo: 1) ni se sabe cuál es la idea que esa doctrina tiene y profesa de lo que sea una persona jurídica, pues dando aquella por supuesto un concepto tan complejo como ese, y sin decir ni explicar absolutamente nada de él, se limita a atribuir a la persona jurídica toda una ristra de propiedades y de cualidades que es absolutamente imposible e inconcebible que pueda tener, y por eso no las tiene, por la más simple y sencilla razón de que tampoco las tiene la persona física, con lo cual dicha doctrina opera con un desconocimiento hasta del concepto de persona física⁵⁶; 2) a partir de este desconocimiento, esta doctrina procede a

confusionista es casi la regla” y da lugar a “una mezcla inconsiderada de conceptos”; en el mismo sentido véase GRACIA MARTÍN (2016b: 23 s.).

⁵⁴ Cfr. *supra* núm. 3 de este epígrafe y las notas correspondientes al texto.

⁵⁵ Véase FRISCH (2013: pp. 357 ss.), poniendo de relieve las “mezcolanzas (*Vermengungen*) de la imputación jurídico penal (legitimadora de la pena) y de la extrapenal” en que incurren las doctrinas punitivistas de la persona jurídica.

⁵⁶ Pues la persona física y la jurídica son en cuanto tales *idénticas*; véase KELSEN (1995: pp. 113 y 117): “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’” (p. 113), y más bien “la semejanza es total” (p. 117); RECASENS (2008: pp. 267 y 268 s.): “la personalidad jurídica *individual* y la personalidad jurídica *colectiva* son enteramente homogéneas ... en tanto que *jurídicas*” (p. 268); LEGAZ (1975: pp. 732 s.): “no hay diferencia jurídica alguna entre la personalidad jurídica individual y la colectiva”. Ahora bien, la persona —dice FERRARA (2006: pp. 256 ss.)— solo “es una *forma jurídica*, no un *ente en sí*” (p. 256); y en concreto precisamente la física o natural —afirma KELSEN (1995: p. 112)— “no es pues una realidad natural, sino una construcción del pensamiento jurídico”; no es nada más —dice KELSEN (1979: p. 182) que “una construcción artificial de la ciencia del derecho”, y por lo tanto “la persona física solo es una persona jurídica”; véase también FERRARA (2006: p. 245): “la personalidad es un producto del orden jurídico, y surge por el reconocimiento del Derecho objetivo”; RECASENS (2008: p. 269): “la personalidad jurídica que se atribuye al sujeto individual” es artificial, y “al decir artificial quiero expresar la calidad de hallarse ‘construida por el Derecho’, dimanante del Derecho, y no constituida fuera de él”, y ninguna realidad “funciona como persona en el campo del Derecho”; LEGAZ (1975: pp. 729 ss.): “el concepto de persona, en sentido jurídico, es un concepto jurídico *puro*, apriorístico y necesario” (p. 729), “no es una magnitud independiente del Derecho, sino una creación de este (...) una categoría creada por el orden jurídico” (pp. 731 s.). Para decirlo de otro modo con KELSEN (1923: pp. 74 y 145 s.): la persona (física) es “algo pensado en estado de reposo y no en movimiento, es decir, no es “el ‘ser humano’ en el sentido de una unidad biológico-psicológica de ciertos procesos vitales referidos a un fin determinado (organismo), sino una construcción normativa pensada fuera del mundo del acontecer real” (p. 74). El concepto de persona física es, pues, un concepto jurídico *teórico* puro, es decir, absolutamente vacío de contenido empírico o de

realidad, y en definitiva es una simulación de la realidad por medio de una ficción jurídica pura. Como la describe RECASENS (2008: p. 267), “la persona jurídica individual es, pues, *un sector del ordenamiento jurídico*: aquel sector que regula los derechos y deberes de un hombre, sector o conjunto que concebimos abstractamente de un modo unificado”, es decir, “es la expresión unitaria y sintética de los derechos y deberes de un hombre, la porción del ordenamiento jurídico que los establece, concebida como un sistema parcial sobre la base de un punto o centro común de imputación de tales deberes y derechos”. Y como la persona jurídica con substrato colectivo es idéntica a la de substrato individual, también aquella es un concepto teórico puro vacío de contenido real, y también es un sector *parcial* del ordenamiento jurídico, con la única diferencia que este regula la conducta no de un individuo, sino la de *todos* los que integran la comunidad; véase KELSEN (1979: pp. 186 y 188 s.); y EL MISMO (1995: pp. 117 s.); no es más que “un recurso intelectual o concepto auxiliar que ha sido construido con el fin de simplificar y hacer más intuitiva la exposición de una situación jurídica compleja”, véase KELSEN (1979: p. 187); y en el mismo sentido véase FERRARA (2006: pp. 256 s.): “la persona jurídica es aquí un ente ideal que tiene carácter de sujeto en el puesto de las asociaciones y organizaciones humanas, como síntesis y símbolo de estas; pero el reconocimiento de este sujeto mismo no es más que una forma jurídica para una más sencilla ordenación de las relaciones”. De todo esto resulta con la mayor claridad que si ni siquiera la persona física tiene capacidad de actuar —¿como iba a tenerla una *forma* jurídica pura vacía de todo contenido real?—, hablar de una capacidad de acción de la persona jurídica es un disparate sin parangón. La única capacidad que tiene la persona, tanto la física como la jurídica, es la de *imputación jurídica* y de nada más, pero la imputación jurídica es a su vez una pura técnica jurídica igual que el concepto mismo de persona, y de la imputación jurídica no forma parte ninguna acción de nadie. La capacidad de acción, y en su caso la de culpabilidad, la tiene únicamente el substrato real de la persona jurídica física, es decir, solo el individuo humano, y entonces en la persona jurídica habría que buscar esa capacidad también en su substrato colectivo, y solo podrá ser encontrada y afirmada si sucediera que ese substrato tuviera alguna propiedad semejante a la que dota al individuo de dicha capacidad de acción, pero esta es precisamente la cuestión que tiene que ser investigada y resuelta, y que solo podrá serlo en sentido afirmativo si se encuentra aquella propiedad en virtud de la cual sería posible afirmar una capacidad de acción de la persona jurídica *análoga* a la de la física. A analizar el substrato de la persona física y su relación con el Derecho se dedica precisamente este artículo para determinar los elementos con respecto a los cuales hay que comparar a los del substrato de la persona jurídica para verificar si puede establecerse entre ellos algún grado de analogía o si no puede establecerse ninguno, pero esto ya será objeto de otro artículo doctrinal posterior a este. No obstante, se puede decir ya que si como quedó definitivamente establecido en la teoría general del Derecho con KELSEN (1995: p. 114), ni siquiera en el caso de la *persona* física es esta la que actúa u omite, sino solo y exclusivamente el *individuo humano* que constituye su substrato, porque “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”, mucho menos podrá realizar acciones u omisiones la persona jurídica en sentido técnico, que ni siquiera tiene como substrato a un individuo humano, sino a un colectivo que solo puede contemplarse como una realidad sociológica y nada más; véase además KELSEN (1979: pp. 186 ss.); véase también HENKEL (1968: pp. 337 s.); y RECASENS (2008: pp. 268, 277 s. y 288 s.): sólo “ante una visión torpe y superficial podría acaso parecer que es el ente mismo quien actúa con una vida independiente ... pero no es esto lo que pasa en realidad” (p. 278), porque “no hay más conducta que la que realizan los individuos; sólo estas conductas pueden ser contenido de la norma jurídica” (p. 268), y “en todo caso, quien tiene los deberes y los derechos es el hombre” (p. 269). Por todo esto, la persona jurídica —como algunos incapaces— únicamente pueden ser destinatarias de normas de valoración, y en ningún caso de normas de conducta o de determinación, porque estas solo pueden ser infringidas por un sujeto capaz de acción; véase extensamente GRACIA MARTÍN (1996a: pp. 63 ss.) e *infra* el siguiente epígrafe II. Y es que no se puede confundir la estática con la dinámica jurídicas; como ya advirtió FERRARA (2006: p. 102), “la voluntad es el elemento necesario para la actuación del Derecho, no para la titularidad del Derecho” pues “la voluntad entra en la dinámica, no en la estática del derecho”, y por esto la persona jurídica —como algunos incapaces— si bien son titulares de derechos y destinatarios de deberes, esto solo sucede en el plano de las normas de valoración (de la estática jurídica en el sentido de FERRARA), pero el *ejercicio* de los derechos y el *cumplimiento* o *incumplimiento* de los deberes en el plano ya de la dinámica jurídica, es evidente que solo puede tener lugar por medio de una acción —u omisión— de un sujeto capaz de realizarla, y por eso el sujeto *obligado por la norma de determinación* solo puede ser un sujeto que, como el órgano o el representante, sea capaz de acción; véase ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 75 s., y más específicamente pp. 127 ss. y 266); GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 86 y 96 ss.); EL MISMO (1985: p. 411); véase también KELSEN (1979: pp. 169 ss.). Así pues, la persona jurídica ni siquiera es titular de derechos ni sujeto de deberes, y cuando se dice que lo es, la expresión no puede entenderse más que en un sentido metafórico o, como lo dice KELSEN

continuación a tratar de fundamentar una imputación a aquella de todo lo que concurre exclusivamente en el individuo que ha cometido el hecho actuando en su lugar⁵⁷, pero como en este momento ya arrastra consigo y está cargada de ese desconocimiento de lo que realmente es una persona en Derecho, así quebranta absolutamente todas las reglas —hasta las más básicas y elementales— de las técnicas jurídicas de la imputación jurídica por un lado, y de la organicidad y representación por otro, las cuales prohíben imputar a nadie ni a nada ningún elemento de la conducta del causante con la única excepción del resultado externo objetivo⁵⁸, porque en el caso contrario de que se exigiera que fuera así tales ins-

(1979: pp. 171 ss.), como una ficción de que son de la comunidad los derechos y las obligaciones que son contenido de los derechos y de las obligaciones del individuo que actúa como órgano de ella, porque en la realidad, titulares de los derechos y de los deberes son exclusivamente los individuos humanos que configuran el colectivo humano, y también quienes ejercen realmente aquellos derechos “colectivos” y cumplen los deberes asimismo “colectivos” son esos mismos individuos, solo que al ser imposible de hecho que lo hagan todos a la vez, no les queda otra alternativa que la de hacerlo por medio de un órgano representante que *en lugar de todos* ejerce los derechos colectivos y cumple con los deberes colectivos; véase KELSEN (1995: pp. 112 ss. y 119 ss.); y EL MISMO (1979: pp. 185 ss.); y FERRARA (2006: pp. 256 s.). Como explica KELSEN (1995: pp. 117 ss.), “al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el ‘derecho del Estado’ u orden jurídico nacional, *regula la conducta de individuos*” y por esto, continúa KELSEN, “los que resultan de este modo obligados y facultados son los *individuos humanos* que obran como ‘órganos’ de la misma”, y en definitiva “declarar que el ‘derecho del Estado’ da a una persona jurídica derechos y deberes, no significa que *un ser diferente de los individuos humanos* resulte obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos *individuos*”; véase también KELSEN (1979: pp. 185 s.). Por esto, carece de todo fundamento la afirmación hecha desde la sociología sistémica, de que la persona jurídica tenga y ejerza ella misma una capacidad y una libertad de organización, y que su organización defectuosa resulte del incumplimiento de sus deberes de organización *por ella misma*, pues por lo dicho, la capacidad y la libertad de organización de la persona jurídica no pueden ser otras que las que tienen y ejercen luego realmente los individuos que la fundan y la organizan, y el defecto de organización no es sino el resultado de la suma de las acciones u omisiones de dichos individuos; véase al respecto GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 25 ss.), con numerosas referencias doctrinales en el mismo sentido; véase también la idéntica opinión de GÓMEZ MARTÍN (2016: p. 5).

⁵⁷ Este error lo ha elevado al máximo grado sin duda ZUGALDÍA (2013: pp. 73 ss., y 75 ss.); *cfr. infra* en nota 152 la cita de este y de otros autores que también imputan a la persona jurídica el hecho realizado por la física quebrantando todas las reglas técnicas básicas y elementales de la imputación jurídica y de la representación, y por esto arbitrariamente; *cfr. además* nota siguiente.

⁵⁸ En efecto, pues como nos enseña KELSEN (1995: pp. 82, 116 y 125), “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 aquélla a que nos referimos al tratar el problema de la *imputabilidad* como capacidad jurídica de cometer un *acto violatorio*” (p. 116) y por eso este es siempre “un caso de responsabilidad vicaria o indirecta” (p. 125), pues la responsabilidad colectiva es *siempre* y sin excepción, absoluta, esto es, vicaria (p. 82). En el mismo sentido de que *todo* sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica es sin excepción uno de *imputación*, y sin que haya ninguna otra posibilidad, véase SCHÜNEMANN (2006b: comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840); EL MISMO (2014: p. 4); ROXIN (2006: p. 264); ROBLES PLANAS (2011: p. 5), quien advierte con razón que el llamado “modelo de la «culpabilidad propia» de la persona jurídica no es más que una variante refinada del modelo de la transferencia o de la atribución”; véase además ROBLES PLANAS (2009: p. 5); BOLDOVA (2013a: pp. 232 s. y 237 s.), al decir con razón del modelo —sólo así “llamado” y, por ello, “falso”— de autorresponsabilidad, que en él todo lo que “finalmente se imputa a la persona jurídica es ontológicamente ajeno a ella” (pp. 233); EL MISMO (2013b: p. 335); BOLDOVA/RUEDA (2011: pp. 277 y 287): “a la persona jurídica no se le puede atribuir la autoría directa del delito, así como tampoco la autoría mediata ni la coautoría” (p. 277), pues “su responsabilidad está basada en hechos ajenos” (p. 287); y CIGÜELA (2016: p. 6): “también los ‘modelos de culpabilidad propia’ esconderían, bajo la capa de refinadas distinciones dogmáticas, imputaciones realizadas desde los propios administradores”. Y en el mismo sentido véase FGE, Circular 1/2011, apartado III.1, y Circular 1/2016,

apartado 2.1. Pero es que aun no siendo posible ni concebible otro modo de responsabilidad de la persona jurídica que no sea por la atribución de lo hecho por otro, el solipsismo jurídico penal violenta todas las reglas básicas de la imputación jurídica a la persona jurídica, que por lo demás son las mismas que rigen para la imputación a la física, ya que la imputación no es más que una técnica de atribución que no distingue entre clases de sujetos y es una y la misma para todos ellos. Estando fuera de toda duda, y sin que sea posible ninguna discusión racional al respecto, que la persona jurídica solo actúa por medio de individuos que realizan las correspondientes acciones como órganos suyos, en su lugar y en *representación* suya (cfr. solo KELSEN [1923: pp. 707 ss.]; EL MISMO [1979: pp. 161, 172, 187]; LACRUZ/DELGADO [2010: p. 281]), todas las doctrinas favorables al constructo de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica ignoran de modo escandaloso e inadmisiblemente que en toda relación representativa lo único que se puede imputar y se imputa al representado —ya sea esta persona física o jurídica— son exclusivamente los *efectos* jurídicos del negocio representativo, y que nunca le son imputados ni la voluntad ni los elementos de la acción del representante que ha actuado en su lugar, y que por esta razón a la persona jurídica no se le imputan nunca, ni se le pueden imputar, ni el dolo, la culpa y mucho menos la culpabilidad de los individuos que han cometido el hecho actuando en su lugar, y ni siquiera el proceso causal externo de la acción de aquellos, sino nada más que el *resultado* y la *responsabilidad por el resultado*, siendo el fundamento de esa imputación la *relación jurídica* de la persona jurídica con el sujeto que ha cometido el hecho, y no la *acción* de este ni ninguna otra inexistente e inconcebible de la persona jurídica. Porque la imputación, dice KELSEN (1923: pp. 72 s.), no es más que “la conexión entre un estado de hecho del ser y un sujeto efectuada con base en la norma; una conexión de elementos totalmente peculiar completamente diferente e independiente de la causal y de la teleológica” (p. 72), y esto demuestra precisamente que en la imputación “entre el objeto y el sujeto de la norma existe la mayor distancia, porque ni siquiera tiene que existir entre ellos un nexo causal o teleológico” (p. 73). Por esto, dice KELSEN (1923: p. 709), “el acto del representante es *únicamente* suyo, y no del representado”, de modo que “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” (KELSEN [1995: p. 81]); en todo caso, “la *responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por *persona distinta del responsable nunca* puede basarse en la *culpa de éste*” (KELSEN [1995: p. 82]; EL MISMO [1979: pp. 189 ss.]), pues “cuando se considera jurídicamente que ciertas acciones de una persona física valen como acciones no de esa persona sino de otra distinta de ella, aquí estamos ante un caso especial de *imputación*” (KELSEN [1923: p. 183]); y para la contemplación jurídica, el acto de voluntad psíquica del órgano “se muestra completamente irrelevante” (KELSEN [1923: p. 184]); véase también LEGAZ (1975: p. 732.); y también la afirmación absolutamente correcta de CIGÜELA (2016: p. 15): “se descarta cualquier referencia a supuestos elementos cognitivos en la propia organización, como también *la hipotética transferencia de la tipicidad subjetiva desde los administradores*” [cursiva mía]; por todo esto, la responsabilidad colectiva es siempre una responsabilidad *por el resultado*, porque no hay relación interna entre el responsable y el hecho cometido por un tercero, y cuando el derecho exige que el delito sea intencional, solo la responsabilidad del delincuente será intencional, pero la del responsable será solo y siempre una responsabilidad por el resultado (KELSEN [1979: p. 138]); en sentido similar, FERRARA (2006: p. 622): “estos instrumentos y órganos de la persona jurídica son al fin hombres, y no se puede desconocer que el acto ilícito cometido por ellos es un acto personal suyo, aun cuando las *consecuencias* recaigan en la persona jurídica; tan verdad es que del mismo delito surge una doble responsabilidad, no solo de la *universitas* para con los terceros, sino también del órgano para con la *universitas*”; también LACRUZ/DELGADO (2010: p. 281): “no es concebible que los hombres que actúan por un ente moral anulen tan totalmente su propia personalidad que se consideren absorbidos por él”; LACRUZ/DELGADO (2005: p. 281): en el negocio representativo la declaración de voluntad que determina el contenido y los efectos negociales procede “del representante”. A mayor abundamiento, véase ya NAGLER (1903: p. 55), advirtiendo 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 lo cual resulta 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”; FRANK (1917: p. 31), quien advirtió que lo que se imputa al representado son exclusivamente las consecuencias jurídico-civiles del contrato, mientras que la responsabilidad penal incumbe sólo al que concluyó el contrato inmediatamente; RODRÍGUEZ MOURULLO (1977: pp. 228 ss.): “no es que la persona jurídica ‘concluya’ por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que

trumentos jurídicos se convertirían *sic et simpliciter* en absolutamente inoperantes y no funcionales para todo el ordenamiento jurídico, y con la consecuencia, derivada de ello, de que así resultaría ya total y absolutamente imposible la realización efectiva del Derecho en la vida práctica conforme al deber ser que se ha derivado de su idea y concepto precisamente para un funcionamiento de esta conforme a él; y 3) a consecuencia de todo lo anterior, la doctrina punitivista de la persona jurídica desconoce la diferencia esencial y básica que existe entre esta y la empresa, y confundiéndolas de un modo flagrante como si fueran lo mismo e intercambiables, afirma unas veces que el sujeto del hecho y de la consecuencia jurídica correspondiente es la persona jurídica y otras que lo es la empresa⁵⁹, con lo cual no se sabe si quien ha cometido el hecho y resulta penado es una “pura forma del pensamiento sin contenido real” como es la primera o una masa de individuos y de objetos indiferenciados como es la segunda, y así el solipsismo jurídico penal para el cual no existe absolutamente ningún mundo fuera del Derecho penal, opera en contra de una distinción que ningún jurista familiarizado con el Derecho de sociedades osaría ni siquiera poner en cuestión⁶⁰.

celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos”, y como “el fenómeno de la representación no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito, para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena”; JAKOBS (2002: pp. 565, 566, 573 y 574): “en tales casos, no se trata de la transferencia de *lo personalísimo* a otro, lo cual, por definición, estaría excluido, sino del propio ejercicio de las capacidades personalísimas en el ámbito organizativo de otro” (p. 565); FEIJÓO (2003: p. 354): “las capacidades altamente personales o la culpabilidad no se pueden transferir ni representar”, y por eso “la institución de la representación (*vicarious liability*), válida para el Derecho civil, carece de legitimidad en el ámbito del Derecho penal por ser contraria a los postulados básicos del principio de culpabilidad”.

⁵⁹ Así por ejemplo, habla indistintamente de responsabilidad penal de la persona jurídica y de la empresa por ejemplo FEIJÓO (2002: pp. 51 ss., y 55 ss.).

⁶⁰ GÓMEZ-JARA (2005: pp. 43 ss.), desde luego no confunde persona jurídica y empresa, y se decanta expresamente por atribuir la subjetividad penal no a la persona jurídica, sino al “sistema organizativo empresarial”, es decir, a la empresa (p. 46). Pero como ya he puesto de relieve en otro lugar —cfr. GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 23 s.), esa pretendida subjetividad penal de la empresa no es otra cosa que una metáfora sintetizadora de una complejidad de hechos y de procesos *sociológicos* sistémicos que por sí mismos no tienen validez como conceptos *jurídicos* ni podrían llegar a convertirse en conceptos jurídicos, de modo que la empresa no solo es que no pueda ser contemplada como un *sujeto* jurídico-penal de ningún modo que se la mire, es que *no puede ser sujeto jurídico en absoluto en ningún sector del Derecho*; véase en este sentido GARCÍA-PITA (2016: pp. 170 ss.): “la Empresa no puede identificarse con la Sociedad, ni con la Fundación, y —por este motivo— no puede, salvo de forma *metafórica*, apropiarse de la calificación de personas jurídicas”, puesto que “la Empresa *nunca es alguien*, siempre *es algo*” (p. 177). Véase al respecto, sólo SÁNCHEZ CALERO (1997: pp. 50 ss.), donde advierte que “suele confundirse, y no solo en la terminología corriente, sino también desde un punto de vista económico o sociológico, a la persona jurídica con la empresa, y a sus dirigentes con el empresario”, pero “para el ordenamiento jurídico esto no es así: el empresario es la persona jurídica en su conjunto (la sociedad anónima, la cooperativa, la fundación ...) y la empresa la actividad organizadora que realiza y también la organización (de elementos personales y materiales) que es fruto de la actividad” (p. 52); véase igualmente con matices insustanciales SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO (2015: pp. 113 s.). Evidentemente, esta distinción no es desconocida por la rigurosa doctrina refractaria al constructo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que en absoluto juega con etiquetas ni debate sobre ellas, sino que maneja con rigor los conceptos jurídicos y llama a cada uno por su nombre propio y correcto; véase SCHÜNEMANN (2014a: pp. 8 s.), donde critica con razón que se ignore o se pase por alto tan elemental distinción, porque “el titular de la empresa es el *sujeto jurídico* al que se imputa el conjunto socioeconómico del sistema de acción [operativo] ‘empresa’”; EL MISMO (2008: pp.

7. En definitiva, las doctrinas punitivistas de la persona jurídica tienen en común un modo de operar completamente al margen del método jurídico, ya sea porque: 1) recortan como contenido de sus constructos a sectores de realidad que no son susceptibles de recibir las valoraciones jurídicas específicas de lo injusto penal y de la culpabilidad de que se los quiere cargar, porque absolutamente nada que sea meramente *imputado* de un sujeto a otro puede ser acción ni culpabilidad propias del sujeto de la imputación⁶¹, y además tal imputación es absolutamente superflua y quebranta la máxima de economía conceptual⁶²; o bien 2) postulan como injusto y culpabilidad propios de la persona jurídica constructos sociológicos puros, y en el caso de los que postula el constructivismo sistémico —capacidad y libertad de organización de un sistema autopoietico— solo son abstracciones vacías de realidad formuladas en un metanivel sin correspondencia con el nivel empírico de los objetos, que solo se explican a sí mismas, y luego las unas a las otras, de un modo completamente circular hasta el infinito y sin ninguna trascendencia desde sí mismas que se concrete en la realidad empírica en algo idóneo para fundamentar algún concepto jurídico⁶³. Pero como todas las doctrinas punitivistas de la persona jurídica elaboran sus constructos ignorando o despreciando datos ónticos relevantes para el Derecho y también las categorías jurídicas fundamentales relativas a ellos, así solo acaban proponiendo, como dice Zaffaroni sobre tal modo de proceder en general, una “*ilusión de solución*” del problema social que plantea la comisión de delitos e infracciones por individuos que actúan en lugar de una

439 s.); y RANSIEK (2012: pp. 298 y 301 s.), quien advierte acerca de la gran trascendencia de la distinción tanto respecto del fundamento de la responsabilidad como para la determinación del *sujeto* de la consecuencia jurídica, sobre todo en el caso del empresario individual.

⁶¹ Véase SCHÜNEMANN (2006: comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840); EL MISMO (2014a: p. 4); y ROXIN (2006: p. 264).

⁶² Cfr. *infra* nota 152.

⁶³ Véase en general SACHER (2006: pp. 589 ss.), calificando con razón a esos constructos como “tautologías extrañas al Derecho”, porque “sus contenidos enunciativos no ofrecen ningún conocimiento nuevo; lo que tiene que ser definido es simultáneamente lo definido y esto nuevamente lo que tiene que ser definido; los conceptos de norma, persona y sociedad se refieren a sí mismos y describen solo la situación de que están dados”, y por esto se trata solo de “paráfrasis superfluas en el metanivel que no proporcionan ningún conocimiento nuevo en el nivel del objeto y que al mismo tiempo no aportan nada a la fundamentación jurídica” (p. 590); SCHÜNEMANN (2014b: pp. 10 s., 21 s.), donde ve en general a los constructos hechos en el metanivel del significado, o bien como inocuos pero absolutamente superfluos en el sentido de la navaja de Ockham, o bien como conceptos circulares encerrados en un mundo paralelo inmunizado frente a la realidad y por esto socialmente irrelevantes (p. 10), y califica a alguno de esos constructos en particular como “metaconstrucción puramente ficticia y, literalmente, ‘sin sentido ni fin’” (pp. 21 s.); MIR PUIG (1999), donde con razón pone a estas tendencias como ejemplo de “escritura críptica y difícilmente comprensible” que se benefician del “prestigio que lo obscuro tiene por el mero hecho de serlo”; y en relación con el tema que nos ocupa, véase CIGÜELA (2015: p. 97), advirtiendo sobre el “uso excesivo de argumentaciones circulares y tautológicas”; y EL MISMO (2016: p. 6 nota 16), donde dice con razón que “lo que ocurre en los ‘modelos de culpabilidad propia’, especialmente los de corte sistémico-normativista, es que las carencias de la organización quedan diluidas o disimuladas por elevación del discurso, que se sitúa en un metanivel sumamente abstracto, basado en conceptos como ‘organización’, ‘autopoiesis’, ‘competencia’, ‘comunicación’, etc., de contenido abierto e indeterminado”.

organización, y este en realidad no se resuelve, sino que, por el contrario, se potencia, pues lo que en definitiva se termina produciendo de aquellos modos es “un discurso cuyos efectos no son en absoluto inofensivos, porque una ilusión de solución *neutraliza o paraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces*”⁶⁴.

8. Como se ha dicho, siendo el “concepto” de persona jurídica el que condiciona absolutamente todo lo que se pueda afirmar o negar de ella y atribuirle, resulta totalmente injustificable e inexplicable que la doctrina punitivista de la persona jurídica no entre para nada en los complicados entresijos de su concepto. Como puede percibirse con una mirada superficial a los escritos de dicha doctrina, esta da por supuesto al concepto de persona jurídica como si fuera uno tan evidente que no haría falta explicar nada de él, y a partir de este vacío conceptual y de teoría jurídica atribuye luego por decreto, sin más y libremente, toda una ristra de propiedades y de capacidades a un ente de cuya substancia no define ni explica absolutamente nada, y así cuando circunstancialmente trata de alguna cuestión en que se ve involucrado algún aspecto substancial del concepto de persona jurídica, lo que describe como tal es absolutamente irreconocible por la Ciencia jurídica. Pero así, e independientemente de si esta doctrina conoce o ignora lo que es una persona jurídica,

⁶⁴ Véase ZAFFARONI (2002: pp. 22 ss.), donde se ocupa de las graves consecuencias políticas que pueden derivar de la invención de un mundo inexistente por medio de una construcción de conceptos jurídicos sin correspondencia con la realidad óptica (la cita del texto corresponde a la p. 24). Y en efecto, como ha verificado SCHÜNEMANN (2002: p. 27) con respecto al Derecho de los E.E.U.U., a primera vista se aprecia “que ni siquiera el concepto norteamericano de *corporate crime* es apropiado para mejorar la eficiencia de la prevención, sino que tiene el efecto contrario”, porque “como en él la punición de las personas jurídicas se encuentra en primer plano, mientras que la punición de las personas físicas que actúan para la persona jurídica solo ocurre bajo circunstancias difíciles y, por ello, es limitada”, precisamente por esto “el balance sobre la eficiencia del Derecho penal económico es, incluso, negativo, porque el decisivo efecto de prevención general del Derecho penal se encuentra sustancialmente debilitado frente a los *manager* de la empresa”, y por esto se observa —véase SCHÜNEMANN (2006a: pp. 159 ss.)— que en los E.E.U.U. está teniendo lugar desde hace algo más de una década un giro hacia el Derecho penal individual. Véase también GONZÁLEZ RUS (2014: p. 40), quien advierte con razón que la punibilidad de la persona jurídica, “paradójicamente podría producir el efecto contrario al pretendido, en la medida en que, asegurada la posibilidad de condenar a la persona jurídica, pudiera ello servir para atemperar el interés en identificar a las personas físicas responsables de los delitos cometidos”; y en el mismo sentido, véase GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 180 ss.). Sobre la discutible eficacia preventiva real de los programas de cumplimiento en los EE.UU., véase VILLEGAS (2016: pp. 326). Y es que el reconocimiento de una responsabilidad penal de la persona jurídica conlleva, al menos potencialmente, el riesgo de que la limitación de la responsabilidad de los individuos que la integran, que las formas jurídicas societarias restringen —pues solo para esto se inventaron— a la de carácter estricta y exclusivamente patrimonial, se amplie también a la responsabilidad de carácter *personal*. La experiencia práctica en el Derecho sancionador administrativo lo pone claramente de manifiesto: en cuanto aparece una persona jurídica vinculada a la comisión de una infracción, el poder sancionatorio se afana en sancionar a ella e ignora de plano a la persona física infractora y ni siquiera se interesa por esta; véase solo NIETO GARCÍA (2012: pp. 415 y 426): “el juez que ha logrado identificar al autor directo de una infracción tiene que soltarlo y buscar su presa en otras personas que parecen estar muy alejadas de los hechos” (p. 415), y quién sea el autor de la infracción, “nada de esto importa a la ley, quien quiere ahorrar a la Administración sancionadora investigaciones tan prolijas como inútiles y, dejando a un lado la autoría, señala al responsable aunque no haya participado ni de cerca ni de lejos en la realización de ilícitos”, y por eso mismo “las leyes administrativas solo muy raramente aluden a los ‘autores’ y lo que regulan es el régimen jurídico de los responsables” (p. 426).

las relaciones de esta con su substrato sociológico real⁶⁵, y los diferentes planos normativos del Derecho en que están situados la una y el otro, lo cierto y relevante es que la persona jurídica en cuanto tal no soporta ni aguanta en lo más mínimo absolutamente nada de lo que la doctrina punitivista predica de ella. Y esto es así, simplemente porque tampoco lo aguanta el concepto de persona física *idéntico* al de la jurídica⁶⁶. La persona jurídica y la física son absolutamente *idénticas* en tanto

⁶⁵ Sobre ellas véase por todos RECASENS (2008: pp. 259, 260, 272 s., 274 s. y 275 ss.), quien advierte que del mismo modo que hay que distinguir entre la personalidad individual existencial y la persona jurídica individual, hay que distinguir también entre la personalidad social de un colectivo y su personalidad jurídica, que es la que funciona en el Derecho (pp. 272 s., 274 s.), pero ni la personalidad individual ni la social son objeto del Derecho, sino de la Antropología filosófica la primera y de la Sociología la segunda (pp. 259, 260 y 275 ss.). Por esto, como ya aclaró definitivamente FERRARA (2006: pp. 259, 260), la forma persona jurídica “no es una invención de la ley, un procedimiento técnico descubierto por los juristas, un instrumento de laboratorio jurídico” (p. 259), sino que es “la traducción jurídica de un fenómeno empírico”, porque “el legislador no interviene aquí brutalmente por motivos de oportunidad, para decir que hay unidad donde hay pluralidad, (sino que) no hace más que secundar, desarrollar, traducir a términos jurídicos lo que ya existe en la concepción práctica social”, y por eso “la función del Derecho es aquí también motivada: no es el Derecho el que introduce nuevos elementos u ordenaciones en las relaciones entre hombres, sino que acoge y sanciona configuraciones ya elaboradas en la vida social” (p. 260; y en el mismo sentido RECASENS [2008: pp. 272 ss., 275 ss.]). Por esto, para FERRARA (2006: pp. 262 s. y 268 s.), el sustrato real de la persona jurídica se explica como un concepto colectivo, pues está configurado por una pluralidad de elementos singulares que se piensan como una unidad desde algún determinado punto de vista, por ejemplo causal o teleológico. De este modo “la asociación es una unidad teleológica, esto es, una pluralidad de individuos que por su coligación hacia un fin se presenta en nuestro pensamiento como un ente único” (p. 262); las asociaciones son “unidades subjetivas, sintéticas, formales, pero, sin embargo, conceptualmente reales (...), y no se crea que tal forma de concepción es artificiosa, porque es general y casi una necesidad de nuestro pensamiento”, razón por la cual se puede afirmar que “las asociaciones, aun antes de toda intervención legal, aparecen al pensamiento práctico como unidades, y nada impide que el derecho, que persigue fines prácticos, se aferre a estas concepciones” y que eleve a “estas unidades sintéticas a unidades jurídicas”, dando “forma jurídica a esta configuración plástica de las asociaciones” (p. 263); las personas jurídicas son, pues, una realidad y no una ficción (p. 268; y para su crítica a la teoría de la ficción, vid. pp. 102 ss.): “son reales en el mismo sentido y del mismo modo que son reales las demás formas jurídicas, como es real una obligación, una herencia, un contrato; realidad ideal jurídica, no realidad corporal sensible” (p. 269), y por esto, “si las personas jurídicas se conciben como entes ficticios caídos del cielo legislativo u organismos naturales que brotan de la sociedad, una nueva especie de superhombre, ciertamente no existen más que en la fantasía de los juristas románticos; pero si por persona jurídica se entienden formas jurídicas de que están revestidas ciertas congregaciones o establecimientos sociales, la respuesta no puede ser otra que (las personas jurídicas) *sí existen*” (p. 269). Sin embargo FERRARA (2006: pp. 252 ss.) deja bien claro que no se puede “sostener una cierta unidad evanescente del grupo”, porque esta es una “unidad de nuestro pensamiento, no de la sustancia del agregado humano” (p. 253), y presentando a este como una unidad conceptual, “por este camino no se llega a ninguna parte” (pp. 253 s.); véase igualmente RECASENS (2008: p. 276).

⁶⁶ Un ejemplo especialmente ilustrativo: según algunos que comienzan a construir la casa por el tejado, la persona jurídica tiene que tener y tiene capacidad de acción *porque* es destinataria de normas jurídicas, y esto presupone su capacidad de cumplirlas y de infringirlas; véase TIEDEMANN (1988: pp. 1171 s.); EL MISMO (1996: pp. 45 ss.); EL MISMO (2014: p. 164 n° 374); BRENDER (1989: pp. 117 ss.; de un modo absolutamente extraño e inexplicable HIRSCH (1993: p. 10); JAKOBS (2002a: p. 560 nota 7); DANNECKER (2011: p. 111); también consideran que la persona jurídica es destinataria de normas de conducta SCHROTH (1993: pp. 13 ss.), y asumiendo la tesis de éste VOGEL (2012: p. 429). En la doctrina española, véase ZUGALDÍA (1013: pp. 61 s.) y GALÁN MUÑOZ (2012: pp. 534 s.), este inventándose unas estrambóticas “normas de conducta colectiva”. Pero así se ignora, se olvida o simplemente se desprecia el dato de que, de acuerdo con el concepto de persona jurídica, la capacidad de acción y de culpabilidad no son ya en absoluto propiedades ni siquiera de la *persona física* y que, por esto mismo, tampoco esta es destinataria de las normas jurídicas de conducta; véase GRACIA MARTÍN (2016e [*en prensa*]: IV.4, especialmente apartados a) y b); y para la crítica que formulo a un extravagante concepto de acción colectiva *cfr. infra* IV.1.5 y especialmente nota 156.

que formas jurídicas puras vacías de toda realidad creadas por el Derecho y solo existentes en la esfera del pensamiento jurídico⁶⁷, y si esto es así, entonces tendría que verse como algo mucho más que obvio que la capacidad de acción y de culpabilidad que son absolutamente necesarias para realizar los objetos de las valoraciones jurídico penales de lo injusto personal y de la culpabilidad, no pueden ser en absoluto propiedades de la persona, de una pura forma jurídica que solo tiene existencia ideal en el pensamiento, y ante quien afirme lo contrario creo que lo más prudente sería guardar silencio, porque todo comentario o respuesta a una afirmación como esa no podrían tener otras formas que o bien la de una extrema severidad o quizá mejor de una máxima ironía en el sentido más satírico y cómico, tal y como lo han hecho muchas de las grandes figuras del pensamiento jurídico⁶⁸. La capaci-

⁶⁷ Véase GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 49 ss.); EL MISMO (2015: pp. 197 ss.); y EL MISMO (2016e [en prensa]: epígrafe IV).

⁶⁸ Pues la propuesta de una responsabilidad penal de la persona jurídica y de su punibilidad en consecuencia constituye un estrambote jurídico de tal magnitud, que más allá de un rechazo en términos de polémica doctrinal, ha suscitado a lo largo de la historia en algunos de los juristas más relevantes y con más elevado prestigio no solo severas descalificaciones sino incluso comentarios jocosos en el modo de una ironía mordaz y satírica burlesca. Y así, el civilista francés VAREILLES-SOMMIÈRES (1919: p. 480), ironizó sobre la cuestión diciendo que “la teoría de la persona real natural enseña, *sin provocar la risa (sc. sin caer en el ridículo)*, que la persona moral puede cometer delitos y sufrir castigos, se le puede infligir caducidad, multa y aun la pena capital”, si bien —apostilló— “la pena suprema tiene aquí la ventaja de no ser sangrienta, ni herir la sensibilidad de los espectadores”, para terminar su ironía con la observación de que “en verdad *los jurisconsultos aventajan a los poetas en imaginación y en invención*”; el gran FERRARA (2006: pp. 146, 156, 157 y 159 s.), además de hacer suya la ironía de VAREILLES-SOMMIÈRES, descalificó a la concepción de la persona jurídica que admite su responsabilidad penal como “*hipótesis fantástica de un artista del Derecho*” (p. 146) que sólo “tiene un valor *pictórico artístico*” (pp. 159 s.); KELSEN, que niega que la persona jurídica tenga capacidad de acción (véase KELSEN [1995: p. 114] y EL MISMO [1979: pp. 186 ss.]) y que afirma que la misma tampoco *puede ser penada* (véase KELSEN [1979: pp. 193 s. y 195]; y EL MISMO [1995: p. 123]), descalifica a las concepciones organicistas que la ven como un ente que actúa, como propias del plano de las creencias animistas y mitológicas del hombre primitivo (véase KELSEN [1995: pp. 109 y 127] y EL MISMO [1979: pp. 186 ss.]). RECASENS (2008: pp. 276 y 278) descalificó a la concepción de la persona jurídica subyacente a la doctrina que quiere convertirla en sujeto penal afirmando que no se puede “suponer gratuita y *fantasmagóricamente* una conciencia colectiva como algo real, en sentido propio y estricto, pues es notorio que no existe; tal conciencia colectiva es solo una *arbitraria imaginación, mera palabrería romántica*” (p. 276), y solo “ante una *visión torpe y superficial* podría acaso parecer que es el ente mismo quien actúa con una vida independiente y llega incluso a engendrar nuevas entidades por su propia cuenta” (p. 278); ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1969: pp. 26 ss. y 35 s.), después de un riguroso análisis dogmático procesal advierte que el proceso “se compone de una serie de actos o actuaciones, concebidos como *manifestaciones de voluntad*, atinentes a su marcha y finalidad, que sólo pueden emanar de seres *racionales*” (p. 26, cursiva mía) y por esto afirma que un proceso “relacionado con *la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas*” (cursiva del autor), estaría más próximo a “los procesos contra animales” que a “los seguidos contra personas físicas” (p. 35), y concluye planteando jocosamente la hipotética y satírica fabulación de que “si un día nos dijese —basta un botón de muestra— que el Banco Nacional de México se hallaba preso en Lecumberri por haber raptado y violado a la Fundidora de Monterrey, soltaríamos la carcajada, y el juez que llegase a dictar tan disparatado auto, no sería mantenido en su cargo más de veinticuatro horas” (p. 36); ya en nuestro tiempo ALEJANDRO NIETO (2012: pp. 393, 398 y 427), descalifica a todos los intentos de presentar a la persona jurídica como un ente capaz de culpabilidad en el Derecho sancionador administrativo como “juegos formales realizados por juristas habilidosos para, respetando la letra de las normas, quebrantar su espíritu en un *comportamiento hipócrita* muy extendido en la vida del Derecho” (p. 393); como “*salto(s) funambulesco(s)* apoyándose en la cuerda floja de la ficción” (p. 398); como “*fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables*” (p. 427); y como “una especie de hipocresía” (p. 427); y finalmente SCHÜNEMANN (2014a: pp. 1, 2, 4 y 11) descalifica al constructo como “zombi político

dad de acción y de culpabilidad solo pueden existir y encontrarse en el *substrato real* de la persona, y esto ni siquiera se puede ni se debe debatir. En el caso de la física es obvio que quien posee esas capacidades, quien las activa y las hace operar no es ni podría ser otro ente distinto que el individuo humano que encarna el substrato ontológico antropológico de aquella y es objeto de conocimiento particularmente de las Ciencias del hombre en tanto que unidad zoológica con substrato real biopsíquico; en cambio, el substrato de la persona jurídica es uno totalmente distinto de carácter puramente sociológico que es objeto de análisis y de estudio por la Sociología y por la Ontología social⁶⁹. Ciertamente en la Ciencia jurídica se han atribuido a la persona jurídica muchas cualidades ficticias en el sentido de fantasmagorías absolutamente inventadas e inconcebibles⁷⁰, y que a partir de estas se han

criminal” (p. 1), incluso como “locura o necesidad” (*Torheit*, p. 2 *in fine*) y como quebranto de “los principios del habla racional” (pp. 4 y 11).

⁶⁹ Cfr. *supra* nota 65.

⁷⁰ En el sentido de “mentiras”, que como advierte y dice GARCÍA-PITA (2016: pp. 163 ss. y 245 ss.) no hay que confundir con las ficciones *jurídicas*. En efecto, porque en el lenguaje ordinario, con el término ficción se suele hacer referencia a todo aquello que no tiene existencia real porque es inventado y producto de la imaginación, y esto no vale en el Derecho; en general, véase KELSEN (1923: pp. 180 s.): “lo reprochable de este fenómeno espiritual (sic. el de la ficción) es, justamente, la contradicción lógica contenida en que algo que no es real sea presentado como real”, es decir, “el error metodológico de buscar hechos existentes en un concepto que no se haya abstraído del mundo del ser”, pues una ficción como esta “sí puede compararse con un fantasma cuya existencia en el mundo del ser afirma alguien aunque solo es una creación, *que no debe ser*, de su temor, del deseo de algo”. Y precisamente un claro ejemplo de ficciones en este sentido del lenguaje ordinario —de “mentiras” como las llama GARCÍA-PITA— lo constituyen precisamente las imaginativas percepciones de la persona jurídica que subyacen a todos los constructos —así mismo ficticios en el mismo sentido— de responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica elaborados por medio y como resultado de un modo de construcción jurídica metafórico que despreja las nociones permanentemente válidas de la Ciencia jurídica y solo vive de las ocurrencias; véase SCHÜNEMANN (2001b: p. 211), donde se refiere a la circularidad de una Dogmática que vive de la “ocurrencia”; respecto de lo primero, véase FERRARA (2006: p. 269): “si las personas jurídicas se conciben como entes ficticios caídos del cielo legislativo u organismos naturales que brotan de la sociedad, una nueva especie de superhombre, ciertamente (aquellas) no existen más que en la fantasía de los juristas románticos”; y respecto de lo segundo, véase ALEJANDRO NIETO (2012: p. 398): se recurre a “un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”. La ficción en este sentido de lo irreal e inexistente no puede encontrar lugar alguno en el Derecho, pues debería tenerse como obvio que este no puede ordenar la convivencia en común mediante invenciones de objetos irreales e inconcebibles que son producto solo del imaginario y la fantasía. En el Derecho, como dice ARTHUR KAUFMANN (1982: p. 24) “una ficción solo puede ser útil cuando expresa al menos un trozo de verdad, una verdad análoga”; y como dice MARTÍNEZ GARCÍA (1992: pp. 105 ss.) “a diferencia de la mentira, la ficción no pretende engañar a nadie (y) ni siquiera puede falsear hechos naturales” (p. 106), porque la ficción “no es lo falso sino lo diferente” (p. 107). Una ficción jurídica se traduce siempre en la subsunción de un objeto *real* en un concepto jurídico determinado y, por esto, para que sea válida y admisible ese objeto deberá ser análogo a los ya comprendidos en el concepto desde el punto de vista de la valoración jurídica de referencia para la formación de ese concepto. Por otra parte, como advierte con razón SAX (1961: nota 45 de pp. 147 s.), y suscribe ARTHUR KAUFMANN (1982: p. 26^o); y EL MISMO (1997: p. 100 nota 15), las posibilidades de establecer ficciones jurídicas son *limitadas*, porque no se pueden formar mediante la comparación arbitraria de dos o más objetos *reales* para equipararlos luego a cualquier efecto. Ninguna ficción jurídica puede construirse a partir de —ni provocar el efecto de— una violación de la realidad, pues el fundamento de toda ficción — lo que la hace admisible y le otorga validez—, como nos enseña JOSEPH ESSER (1969: pp. 26 ss. y p. 105); y EL MISMO (1949: p. 319), es una necesidad de valoración idéntica de distintos estados o situaciones de hecho reales; en el mismo sentido véase SAX (1961: p. 147); LEGAZ (1975: pp. 71 s.); MARTÍNEZ GARCÍA (1992: pp. 106 ss.). Por esto toda ficción, como lo demuestra ARTHUR KAUFMANN (1982: pp. 24 ss.); y EL MISMO (1997: p. 100 nota 15), se fundamenta y construye en virtud de la *analogía*

formulados enunciados y proposiciones sobre aquella asimismo falsas. Esto alcanza sin duda un grado superlativo en la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica que confunde absolutamente todo, desde la persona jurídica con su substrato sociológico hasta las relaciones de la una y del otro con el ordenamiento jurídico⁷¹. Esto tiene su raíz en la muy extendida y errónea identificación de la persona física con el ser humano individual, pues al ser aquella el modelo para la construcción de la jurídica, las frecuentes prácticas de establecer analogías entre su substrato (puramente sociológico) y el ser humano individual en tanto que substrato de la física dan lugar a una multiplicación exponencial de los enunciados y propo-

que se establece entre objetos o realidades diferentes, pero no arbitrariamente, sino en referencia a un punto de vista valorativo esencial que hace necesaria o conveniente la equiparación y, en todo caso, *solo a determinados pero no a todos los efectos*, y de hecho, como advierte LARENZ (1979: p. 246), la norma a la que la ficción remite el supuesto desigual para equiparlo a los comprendidos genuinamente en ella debe aplicarse a aquel “análogamente”. Además, no es ficción jurídica cualquier equiparación de objetos o de situaciones diferentes y desiguales. En el caso de las ficciones, los objetos o situaciones equiparados son, como dice LARENZ (1979: p. 245), empíricamente completamente desiguales y, como dice SAX (1961: p. 147), conceptualmente contrarios, pues entre ellos no existe *actualmente* la *analogía entis* que generalmente se da entre los distintos objetos y situaciones plurales abarcados por el tipo que se ha construido precisamente a partir de las correspondencias materiales existentes entre ellos; como dice ATIENZA (2013: p. 233): “el recurso a las ficciones puede cumplir en la argumentación jurídica la misma función que la analogía: tratar casos diferentes como si fueran iguales; la diferencia radicaría en que, en la analogía, los casos son diferentes pero semejantes, lo que no parece suceder cuando se recurre a ficciones”. Por esto como dicen con alcance general JOSEPH ESSER (1969: pp. 31 s.) y LARENZ (1979: p. 246), y para el caso específico de la ficción de la persona jurídica ARTHUR KAUFMANN (1982: p. 25), hay que evitar siempre el peligro de pasar por alto que la ficción jurídica nunca hace idénticos a los objetos o estados de hecho a los cuales equipara *solo* jurídicamente, y por esto sería inadmisibles traspasar los límites de la ficción atribuyendo a su supuesto de hecho identidades que no tiene con el que es jurídicamente equiparado *solo a determinados efectos*, y derivando luego de esas falsas identidades, y de un modo absolutamente acrítico, supuestas e inexistentes consecuencias jurídicas objetivamente indefendibles. Por todo esto, hay que dar toda la razón a FEIJÓO (2015: pp. 33 s.) cuando plantea la cuestión de “si la persona jurídica es un soporte idóneo para soportar la imputación jurídico penal o no estamos nada más que ante una enorme ficción impropia de una rama del ordenamiento jurídico con características tan peculiares como el Derecho penal” (p. 33), y cuando advierte luego que “las ficciones en Derecho penal acaban siendo tan peligrosas como dejarle a un mono un arma de fuego cargada” (p. 34). Pero hay que darle la razón solo en esto, pues en la medida en que FEIJÓO se declara partidario de reconocer una responsabilidad penal de la persona jurídica, se ve forzado lógicamente a fundamentarla, y dado que aquella es simplemente inconcebible, obviamente no puede hacer tal cosa más que por medio de la construcción de conceptos cuyos contenidos no tienen ninguna correspondencia real (analogía) con los de los conceptos jurídico penales categoriales, como es el caso del concepto que FEIJÓO describe y denomina como “defecto estructural” (2015: pp. 67 ss., 80 ss. y 98 ss.), en el cual probablemente quiera ver lo *injusto* del que él llama “delito corporativo” (*loc. cit.* pp. 49 ss. y *passim*), pero el cual no es en absoluto análogo a lo injusto personal característico del Derecho penal, sino análogo solo —y aquí en el grado más superlativo— a lo injusto objetivo e impersonal característico del Derecho de policía; sobre la responsabilidad en el Derecho de policía en general, puramente objetiva, y sobre los elementos y la estructura del supuesto de hecho de la misma (un injusto puramente objetivo e impersonal, véase DENNINGER (2012: pp. 216 ss. y pp. 229 ss.), quien describe el fundamento de la responsabilidad policial como la relación especial de “proximidad” al peligro, para la cual “lo que importa es el peligro provocado de hecho (o su apariencia), pero no las relaciones personales individuales del perturbador, la edad, la capacidad de acción, de obrar, de delinquir, la mayoría de edad penal, etc. de aquél, (las cuales) desempeñan (aquí) tan poco cometido como su culpabilidad (dolo o imprudencia) o como su error sobre cualesquiera circunstancias de su conducta o de la situación” (p. 218); *cf.* además HOLLANDS (2005: pp. 101 ss., 116 ss.). Lo mismo sucede con un concepto como el de “delito corporativo”, que al igual que otros similares como los de delito colectivo o delito de agrupación, no puede tener ningún valor jurídico, sino uno descriptivo criminológico.

⁷¹ *Cfr. supra* nota 60 sobre la confusión entre empresa (substrato) y empresario (persona jurídica).

siciones falsos sobre la persona jurídica, y esto es así simplemente porque entre ambos substratos no puede ligarse ninguna analogía y por esto las que se proponen como tales son absolutamente falsas⁷². Puesto que toda construcción analógica resulta de la comparación y correspondencia de un objeto con otro en un *tertium comparationis*, y aquí el modelo de comparación de la persona jurídica es la física, en lo que sigue analizaré esquemáticamente el modo en que la persona física y su substrato ontológico antropológico se relacionan con el Derecho, como preludeo de otra futura investigación en que llevaré a cabo la comparación analógica del substrato sociológico de la persona jurídica, es decir, la organización, con el de la persona física para demostrar que entre ambos no hay ni puede existir ni la más infinitesimal y microscópica correspondencia analógica, y que el substrato de la persona jurídica —la organización— no puede tener cabida en ningún ordenamiento de determinación de la conducta con consecuencias jurídicas sancionatorias⁷³.

II. La persona como punto final de la imputación jurídica conforme a normas jurídicas de valoración y distribución y el individuo como destinatario de normas jurídicas de determinación

1. Como es sabido, Mezger se sirvió de la distinción entre una norma de valoración y una norma de determinación como criterio normológico para la diferenciación entre antijuridicidad objetiva (injusto) y culpabilidad subjetiva, e hizo corresponder a la primera con la lesión de una norma de valoración y a la segunda con la infracción de una norma de determinación⁷⁴. El esquema distintivo entre esas dos clases o planos de normas tuvo una amplia acogida en la Dogmática jurídico penal, y en la actualidad es ampliamente mayoritaria la tesis de que lo injusto (personal) se basa en la infracción de una norma de determinación derivada de una norma de valoración correspondiente que la precede lógicamente⁷⁵. Si se tiene clara la distin-

⁷² Como ya lo advirtiera KELSEN (1995: pp. 112 y 113), identificar al hombre con la persona física “tiene la peligrosa consecuencia de oscurecer un principio fundamental en una Ciencia jurídica libre de ficciones” (p. 112), y al definir a la persona física como hombre y a la jurídica como algo que no es hombre, “la ciencia jurídica tradicional vuelve a oscurecer la igualdad esencial que entre ellas existe” (p. 113).

⁷³ Pues como se está diciendo, es absolutamente cierto que el concepto de persona jurídica es absolutamente análogo al de la física; véase RECASENS (2008: p. 267): “el concepto de persona aplicado a los entes colectivos es *análogo*”; ARTHUR KAUFMANN (1982: p. 25): la persona jurídica es “una entidad real que —en comparación con el hombre— hay que caracterizar como persona en sentido análogo”; EL MISMO (1997: p. 106); LARENZ (1979: p. 437): “aquí solo es posible una analogía”; FEDERICO DE CASTRO (1981: p. 264): a la persona jurídica solo “puede llamársele persona por analogía”. Pero tan cierto como esto es que, como advierte ARTHUR KAUFMANN (1982: p. 32): 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”.

⁷⁴ Véase MEZGER (1924: pp. 239 ss.).

⁷⁵ Véase fundamentalmente ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 67 ss.); y también por ejemplo JESCHECK/WEIGEND (1996: pp. 236 ss.); ROXIN (2006: pp. 323 s.); AST (2010: pp. 54 s. y nota 105 de p. 55); CEREZO MIR (1998: pp. 128 y 156); GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 83 ss., 91 ss., 99 ss.); MIR PUIG (2015a: p. 76 n° 36); LUZÓN PEÑA (2016: pp. 178 s.).

ción entre normas objetivas de valoración y de distribución por un lado, y normas de determinación de la conducta humana por otro, las cuales por cierto son tan objetivas como las de valoración y por eso es totalmente erróneo llamarlas normas *subjetivas* de determinación⁷⁶, acaso también se tenga clara y se perciba la trascendencia superlativa de semejante distinción: 1) para la construcción de los diferentes supuestos de hecho jurídicos (tipos); 2) después para la clasificación de estos en el sistema jurídico; y 3) finalmente en última instancia para determinar el tipo o la clase y especie de consecuencia jurídica que pueda y deba asociarse a cada uno de los supuestos de hecho una vez que se ha clasificado a cada uno en el sector jurídico específico que le corresponde en virtud de su contenido y estructura, pero también de las finalidades del sector jurídico en que se lo ha clasificado, las cuales solo podrán alcanzarse por medio de sus consecuencias jurídicas específicas y apropiadas al supuesto de hecho correspondiente, y en ningún caso con las típicas de otros sectores jurídicos que están pensadas y dispuestas para otros supuestos de hecho completamente diferentes. Si teniendo claro todo lo anterior, se opera con la distinción indicada respetándola como se debe por su carácter básico y fundamental para la construcción y para la clasificación jurídicas, entonces conforme a lo explicado en el epígrafe anterior se tienen que deducir como unos conocimientos ciertos y seguros: 1) que todo lo relativo y concerniente a la persona individual y a la imputación a esta se construye y corresponde tratarlo exclusivamente en el plano de las normas de valoración y de distribución; 2) que todo lo relativo y concerniente al individuo que encarna el substrato de su persona jurídica se construye y corresponde tratarlo, por el contrario, en el plano de las normas de determinación de la conducta humana; y 3) que de estos dos conocimientos se tiene que derivar un tercero conforme al cual absolutamente nada de lo que corresponde a la persona y a la imputación puede ser objeto de ninguna valoración propia y específica de las normas de determinación⁷⁷. Y quien sin haber desvirtuado la validez de la distin-

⁷⁶ Como hacen COBO/VIVES (1999: p. 273) siguiendo a MEZGER. Sobre el carácter inequívocamente objetivo de la antijuridicidad como infracción de normas de determinación, véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 111 ss. y 113 ss.).

⁷⁷ De esto me ocupé ya extensamente y con detalle en GRACIA MARTÍN (1996a: pp. 40 ss. y 63 ss.); operan impecable y ejemplarmente con la distinción clara entre los planos de las normas de valoración y de las normas de determinación SILVA SÁNCHEZ (2001: pp. 344 s.); EL MISMO (2013: pp. 32 s. y 35 ss.); EL MISMO (2014: pp. 3 ss., 12 ss. y *passim*); y EL MISMO (2015: pp. 353 s. y 358 ss.); y con remisión a mi postura, igualmente CIGÜELA (2015: pp. 371 ss., nota 59 de p. 371 y nota 62 de p. 372); y EL MISMO (2016: p. 14 y notas 44 y 45). Sin embargo, lo que ya no me parece correcto ni asumible es la atracción al Derecho penal de objetos correspondientes a las valoraciones de las normas de valoración y de distribución que llevan a cabo estos autores; SILVA otorgando abierta y expresamente carácter *penal* a lo injusto objetivo que se constituye con la lesión de normas de valoración, y CIGÜELA, no yendo tan lejos como SILVA, atribuyendo al Derecho penal una *función* de tratamiento de lo injusto derivado de la lesión de las normas de distribución referidas a las personas jurídicas, si bien reconociendo antes correctamente que las consecuencias aplicables a dicho injusto de la distribución tienen naturaleza civil y administrativa. En todo caso los objetos de las valoraciones propias de las normas de valoración, al menos no pueden ser en absoluto convertidos en objetos de las normas de determinación *por sí solos*, sino acaso única y exclusivamente fundidos en una síntesis *inescindible* con alguna propiedad del individuo que sea objeto específico de esas normas de determinación —por

ción indicada entre normas de valoración y de determinación pretendiera hacer objetos de las valoraciones propias de las normas de determinación a ciertos aspectos de la persona y de la imputación, lo que con esto haría realmente sería violentar y liquidar arbitrariamente esa diferenciación de planos normativos que, en principio, debería respetar todo aquel que no haya desvirtuado antes su validez. Una liquidación de la diferencia entre normas de valoración y de determinación tiene lugar cuando de un modo absolutamente arbitrario se le endosan a la *persona* objetos de las valoraciones propias de las normas de determinación, pues aquella carece de ellos y es inconcebible que pudiera tenerlos, y por lo demás, como ya se ha visto, tampoco se le pueden imputar⁷⁸, de todo lo cual solo resultan productos completamente ficticios en el peor de los significados de este término, es decir, y como ya se explicó más atrás, en el sentido de “mentiras”⁷⁹ que remiten a un mundo inventado absolutamente irreal que solo se presenta y se ofrece como una ilusión de solución de los problemas que se tratan, y que además, como sucede en general con todas las invenciones de esa clase cuando se las utiliza solo para engatusar, resultan absolutamente desconcertantes y, por añadidura, también políticamente muy peligrosas en la medida en que toda mentira conceptual en la vida política suele ser portadora de algún potencial destructivo del Estado de Derecho aunque

ejemplo con la voluntad de aquel—, pero en tal caso se sale ya completamente fuera de la persona y de la imputación jurídica, y por eso se sale del plano de las normas de valoración y se entra de lleno en la esfera del individuo empírico y de las normas de determinación que regulan su conducta, un plano en el cual ya no se puede operar con criterios normativos de imputación, por la simple razón de que aquí el individuo se muestra como tal y, por lo tanto, como el “sujeto de la acción” y en modo alguno como el “sujeto de la imputación” que solo es si acaso *su persona*; esto se explica porque al individuo empírico no se le puede *imputar* absolutamente nada, porque todo lo existente en él y relacionado con él ya es todo suyo y le pertenece como exclusivamente suyo porque ya se encuentra en él mismo sintetizado con él mismo mediante un nexo inescindible que a lo sumo podrá ser escindido solo en el *pensamiento*, pero no *conceptualmente*, y ciertamente solo y nada más que a efectos *analíticos* y de explicación por separado de los singulares elementos sintetizados. Del mismo modo que nos resultaría extraño y completamente absurdo hablar de la imputación a un individuo de *su* cerebro, piel, huesos, etc., tan absurdo como esto resultaría hablar de la imputación a un individuo de su propia voluntad, y por lo mismo tiene que verse como absurdo hablar de la imputación del resultado a la voluntad del individuo que lo ha causado, simplemente porque igual que el cerebro de un individuo es suyo propio, también lo causado por una voluntad es ya sin más suyo propio de ella, y tiene que resultar completamente absurdo tratar de imputar a una voluntad lo suyo propio; de imputación de algo— por ejemplo el efecto o el resultado de una causa que puede haber sido la acción de un individuo— a un objeto o sujeto destinatarios de la imputación solo tiene sentido hablar cuando estos sean entes distintos de aquel a quien le pertenece como suyo propio el objeto que se trata de imputarles a aquellos por cualquier razón, pero tal imputación solo tiene sentido y puede efectuarse en el plano de las normas de valoración mediante los criterios normativos de estas; por tal razón —y aquí esto solo puedo dejarlo meramente afirmado— la doctrina de la imputación objetiva del resultado es una que solo puede tener lugar en el plano de las normas de valoración y no puede tener ninguna cabida en ningún ámbito del Derecho en que se opere en el plano de las normas de determinación, como es el caso del Derecho penal y de cualquier Derecho sancionador. Por lo demás, sobre lo injusto *personal* como producto de la infracción de normas de determinación y en modo alguno de la lesión de normas de valoración, y su configuración como una síntesis *inescindible* del suceso externo con la acción (la voluntad) del individuo que lo ha causado, y así como un injusto que no puede ser constituido mediante imputación, véase GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 197 ss.).

⁷⁸ Cfr. *supra* nota 58.

⁷⁹ Cfr. *supra* nota 70.

sea mínimo⁸⁰.

2. La persona física es el conjunto de normas unificado o el ordenamiento jurídico parcial que regula la conducta del individuo que encarna su substrato⁸¹. Toda norma jurídica tiene un objeto y un sujeto, o bien, si se prefiere decirlo así, consta de un contenido material que constituye el objeto de la conducta necesariamente de *algún* individuo y determina al individuo concreto que, como sujeto del deber, está obligado a esa conducta. El esquema de toda norma se puede representar así: en primer término un objeto determinado *O debe ser* realizado mediante alguna conducta *C* de algún individuo *I*, y en consecuencia, la conducta concreta *C'* por medio de la cual tendrá que realizarse el objeto *O'* *deberá* realizarla el individuo *I'*. Para Kelsen el contenido material de la norma es la “conducta a que la norma obliga” (campo de vigencia material de la norma), y el sujeto del deber es el individuo determinado a quien la norma le obliga a realizar la conducta (campo de vigencia personal de la norma)⁸². Kelsen no utilizó las expresiones “norma de valoración” y “norma de determinación”, pero si se tiene en cuenta todo lo explicado en el anterior epígrafe, sin gran esfuerzo se verá y comprenderá de inmediato: 1) que el contenido material de la norma, es decir, el objeto material y obviamente la conducta debida para realizarlo los determina en abstracto la *norma de valoración*, y que esta imputa el deber cuyo contenido es esa conducta en abstracto a la *persona*, es decir, como lo expresa Kelsen, al centro o punto final de la imputación pensado en reposo y fuera del mundo del acontecer real⁸³; y 2) que el concreto sujeto obligado a realizar la conducta debida imputada a su persona, ahora ya en la dinámica jurídica como lo expresa Ferrara⁸⁴, lo concreta la *norma de determinación* y tal sujeto tiene que ser, en principio, el *individuo* que encarna al substrato de la persona que ha sido sujeto de la imputación conforme a la norma de valoración. No obstante esto es así solo en principio, porque como vamos a ver con cierto detalle,

⁸⁰ Cfr. las advertencias al respecto de ZAFFARONI que se citan *supra* en nota 64 e *infra* en notas 151 y 369, y los textos míos correspondientes a dichas notas.

⁸¹ Cfr. *supra* nota 56; y con más detalle véase GRACIA MARTÍN (2016e [en prensa]: epígrafe IV).

⁸² Véase KELSEN (1994), pp. 153 ss. Esta distinción es fundamental para comprender cómo en el caso de las personas jurídicas, el sujeto obligado personalmente al cumplimiento de las normas estatales que incumben a la persona jurídica no puede ser esta en ningún caso, sino única y exclusivamente la persona física facultada por los estatutos a actuar en lugar de la persona jurídica; véase KELSEN (1979: pp. 188 s.); EL MISMO (1995: pp. 117 s.). Y para el caso de las obligaciones personales que impone el Derecho disciplinario a las personas físicas en que encarnan los órganos del Estado (elemento personal), de cumplir ellos mediante su propia conducta el contenido de las normas que constituyen la voluntad de éste (elemento material), véase KELSEN (1923: pp. 527 ss.).

⁸³ Véase KELSEN (1923: p. 74): “la imputación resulta para una *persona*, para algo pensado en estado de reposo y no en movimiento, es decir, no para el ‘ser humano’ en el sentido de una unidad biológico-psicológica de ciertos procesos vitales referidos a un fin determinado (organismo), sino para una construcción normativa pensada fuera del mundo del mundo del acontecer real”.

⁸⁴ Véase FERRARA (2006: p. 102): “la voluntad es el elemento necesario para la actuación del Derecho, no para la titularidad del Derecho” pues “la voluntad entra en la dinámica, no en la estática del derecho”; véase también KELSEN (1979: pp. 169 ss. y 183): “solo mediante una conducta humana puede ejercerse un derecho, cumplirse una obligación o violársela” (p. 183).

por determinadas razones puede suceder que el mismo e idéntico contenido de un deber de una persona determinada, se lo impute otra norma de valoración y distribución a otra persona distinta, en cuyo caso la norma de determinación correspondiente a esta otra norma de valoración concretará como sujeto obligado a realizar la conducta debida al individuo que encarna su substrato. Con esto entramos en la problemática decisiva de la imputación de los incumplimientos de deberes y de las responsabilidades que derivan de tales incumplimientos, la cual solo podrá resolverse correctamente con las reglas que rigen en los dos planos diferentes de las normas de valoración y de determinación. Estos planos son *categoriales*, pues todo supuesto de hecho determinado tiene que clasificarse o bien en uno o bien en otro. No obstante, debe tenerse en cuenta en todo momento, claro está, que las normas de valoración son en todo caso el *prius* lógico de las de determinación, y que por esto toda infracción de una norma de determinación tiene que producir algún efecto negativo —actual o posible— desvalorado por la norma de valoración correspondiente. Lo que ocurre es que este efecto puede ser contemplado, por un lado *analíticamente*, es decir, por sí mismo en cuanto tal, como objeto de un desvalor específico de la norma de valoración y distribución (injusto *objetivo*), y por otro *sintéticamente* en un nexo *inescindible* con la acción constitutiva de la infracción de la norma de determinación formando con esta el objeto específico (sintético) de otro desvalor específico resultante ahora de la norma de determinación (injusto *personal*)⁸⁵.

3. La afirmación de que las normas jurídicas tienen como destinatarios a los individuos humanos contiene un enunciado tan evidente que por sí mismo releva de toda explicación al respecto. Pero cuando se afirma que otros entes distintos de aquel pueden ser y son también destinatarios de normas jurídicas, como por ejemplo las personas jurídicas con substrato sociológico de una organización de individuos o meramente patrimonial como es el caso de las fundaciones, e incluso también otros entes sin personalidad jurídica como las comunidades de bienes⁸⁶, se tiene que plantear de inmediato una cuestión relativa a la certeza de esa afirmación, y de serlo la de precisar si tales entes son destinatarios de normas de igual modo y en el mismo plano que los individuos humanos o si lo son de modo diferente y en distinto plano. Para dilucidar esto, se hace preciso analizar la génesis de las normas jurídicas determinante de sus contenidos y estructura y, lógicamente, también de

⁸⁵ Sobre esto véase extensamente GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 95 ss.), y EL MISMO, véase GRACIA MARTÍN (2001a: pp. 21 ss.); EL MISMO (2004a: pp. 12 s.); EL MISMO (2014c: pp. 370 s.); y EL MISMO (2016d: pp. 198 ss.).

⁸⁶ Véase FERRARA (2006: pp. 247 s.); KELSEN (1923: pp. 145 s.); RECASENS (2008: p. 263). Como es sabido, desde el Derecho romano fue objeto de discusión la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a la herencia yacente; véase FEDERICO DE CASTRO (1981: pp. 177 ss.), y como advierten LACRUZ/DELGADO (2010: p. 259), “algunos entes, incluso, no están constituidos por un grupo, sino por una *obra*”, como sería el caso de “el hospital fundado por un testador que dejó sus bienes para construirlo y dotarlo”.

sus posibles destinatarios⁸⁷.

a) Toda norma jurídica tiene su origen en juicios de deber ser conforme a valores, y estos constituyen el momento inicial de su génesis. Pero tales primeros juicios son totalmente objetivos e impersonales, porque solo expresan que *algo debe ser* de un modo determinado, y para nada determinan *quién* deberá realizar lo que deba ser y abstenerse de hacer lo que no deba ser. Tales juicios dan lugar a normas abstractas de valoración que se dirigen a *todos*, empero aún no a ningún individuo determinado⁸⁸. Cuando estos juicios se refieren a la ordenación de la vida en común conforme a la justicia distributiva, las normas de valoración resultantes de ellos son y se llaman normas de adjudicación o de distribución⁸⁹, las cuales son ciertamente presupuesto de las normas de conducta (de determinación), pero se distinguen claramente de estas en cuanto a su alcance y efectos⁹⁰. Según Joseph Esser “las normas de distribución (*Verteilungsnormen*) determinan la adjudicación (*Zuteilung*) de bienes y de otras cosas valiosas, pero también de objetos y hechos valorados negativamente, de daños, de gastos, y de riesgos de daños (peligros)”⁹¹. Ahora bien, esta especie de normas tienen aún un alcance limitado respecto de la realización práctica del Derecho. Su fundamento es y se agota en aquellos juicios impersonales de deber ser, pero debido al carácter impersonal de aquellos juicios y de las normas de valoración y de distribución que fundamentan, los deberes que emanan de estas son asimismo *impersonales*, y solamente pueden entenderse en el sentido de que el objeto del juicio de valor —la adjudicación y la distribución— “tiene que” realizarse (*Müssen*) independientemente de si el destinatario de este deber tiene o no tiene la capacidad y la posibilidad de cumplirlo⁹². Por supuesto, todo deber formulado en primera instancia de este modo impersonal tendrá que concretarse en algún momento en deber personal de un individuo determinado para que su contenido pueda ser realizado⁹³, pero esta concreción no puede tener lugar

⁸⁷ Sobre la génesis de las normas jurídicas, véase ampliamente ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 74 ss.); y GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 83 ss.).

⁸⁸ Pues como dice ARMIN KAUFMANN (1954: p. 129): “la mera existencia de la norma aún no permite fundamentar un deber concreto de un individuo”.

⁸⁹ En el sentido definido primeramente por JOSEPH ESSER (1949: p. 139), desarrollado y consolidado después siguiendo a este por ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 70 s., 127 y 264 ss.), y asumido y desarrollado también por mí mismo; véase GRACIA MARTÍN (1985: pp. 408 ss.); EL MISMO (1996a: pp. 64 ss.); y EL MISMO (2006b: pp. 84 ss.).

⁹⁰ Véase JOSEPH ESSER (1949: pp. 138 s.).

⁹¹ Véase JOSEPH ESSER (1949: p. 139); véase también COBO/VIVES (1999: p. 275), quienes observan correctamente que la función de las “reglas” —que sin duda es un término equivalente al de norma de valoración— consiste en “efectuar repartos de bienes y valores entre los miembros de la comunidad, proteger la distribución resultante”.

⁹² Véase ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 74 ss., y más específicamente pp. 127 s.); GRACIA MARTÍN (1985: p. 410); y EL MISMO (2006b: pp. 84 ss.).

⁹³ A esto se refiere sin duda KELSEN (1995: p. 109), cuando dice que “el concepto de persona jurídica —definida ésta como sujeto de derechos subjetivos y deberes jurídicos— responde a la necesidad de imaginar a un portador de tales derechos y deberes”, y que como los derechos y deberes tienen como contenido ciertas acciones u omisiones humanas, entonces “alguien ha de existir que ‘tenga’ el deber o el derecho”.

ni lo tiene aún en el momento de la norma de valoración y de distribución, pues esta establece el deber impersonal abstractamente sin tener en cuenta ni anticipar ella misma quién será el individuo que finalmente deberá cumplirlo y así, lógicamente, menos aún podrán tenerse en cuenta características subjetivas de un individuo que aún no está determinado ni es conocido en ese momento. Pero si esto es así, entonces tiene que estar claro: 1) que como las normas de valoración no tienen como destinatario a ningún individuo determinado, sus destinatarios no pueden ser otros que las *personas* como sujetos capaces de imputación jurídica; 2) que por esto mismo los deberes (y también los derechos) que derivan de tales normas se encuentran meramente imputados a la *persona* sin trascender aún a ningún individuo concreto como obligado a su cumplimiento; 3) que también por esto mismo todo lo que suceda en relación con el cumplimiento o incumplimiento objetivos del deber impersonal será jurídicamente *imputado* exclusivamente a la *persona* en el plano y con los criterios normativos de la norma de valoración correspondiente⁹⁴; y 4) que sin duda esa *imputación* a la *persona* será el fundamento de alguna responsabilidad *de ella misma en cuanto tal persona*, pero es mucho más que obvio que tal responsabilidad no puede ser por nada más que por el mero estado objetivo de contrariedad al deber objetivo impersonal, y que por esto no tiene absolutamente nada que ver con la responsabilidad *personal* del individuo determinado que debió haber cumplido tal deber. Cuestión diferente es que *el contenido de esa responsabilidad* que se carga a la persona, también tendrá que concretarse en el correspondiente deber personal para algún individuo determinado, y así sucesivamente, pero ese individuo aún no está determinado ni se conoce en el plano de la norma de valoración y de la imputación⁹⁵. Y es que en el plano de las normas de valoración y de distribución solo aparece la persona, y además no precisamente como sujeto sino más bien como “objeto de la distribución”⁹⁶. A los individuos que encarnan los substratos de sus personas jurídicas el Derecho llega por medio de normas de determinación de sus conductas como se explica a continuación.

b) Los deberes impersonales de que se ha hablado *tienen que realizarse* objetivamente en todo caso. Sin embargo las *personas* a las que se los imputa el Derecho meramente como *portadora* de ellos, como no son otra cosa que una forma pura del pensamiento como *unificación* de todos los derechos y deberes de un individuo determinado, no tienen la capacidad de acción necesaria para realizarlos,

⁹⁴ Véase AST (2010: pp. 54 ss.), quien afirma que en el ámbito de las normas de valoración, a las que él denomina sin embargo “normas de causación”, se opera con la *imputación* porque tales normas no describen ninguna acción en concreto.

⁹⁵ Así ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 265 s.).

⁹⁶ Véase ARMIN KAUFMANN (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), “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”.

y para quien conozca y respete el concepto de persona en Derecho esto tiene que ser una evidencia⁹⁷. Puesto que solamente el individuo está dotado de esa capacidad y, por esto, solo algún individuo podrá realizar el contenido del deber impersonal de la norma de valoración, de aquí resulta que para que este pueda realizarse efectivamente será preciso concretarlo en un deber *personal* para algún individuo determinado. El objeto específico e inmediato de este deber personal no puede ser otro que la *puesta en práctica de la capacidad de acción* en dirección a la realización del objeto del deber impersonal de la norma de valoración⁹⁸, y ese deber personal deriva de un nivel normativo sobrepuesto al de las normas de valoración y distribución constituido por las *normas de determinación de la conducta de los individuos*. Sujeto de estos deberes personales, y por lo tanto, destinatarios de las normas de determinación pueden ser solo y son exclusivamente los individuos dotados de capacidad de acción, y en ningún caso lo son ni pueden serlo las personas. El contenido de todo deber personal es exclusivamente la realización u omisión de una acción, y emana directamente de *normas de determinación* que solo pueden tener como destinatario a los individuos con capacidad de acción en general y que en última instancia se concretarán en un deber *personalísimo* de acción para un individuo determinado que tenga la posibilidad de actualizar su capacidad de acción en

⁹⁷ Sin embargo, esto no es una evidencia para los defensores de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica que afirman justamente lo contrario, pero la causa no es otra que o no conocen, o simplemente no respetan el concepto de persona en Derecho. Por su carácter absolutamente estrambótico que pone totalmente al revés al mundo jurídico y al real al que este se refiere, quiero dejar constancia aquí de una interpretación de la cláusula de actuar en lugar de otro (art. 15 bis CP 73 y art. 31 CP 95) que han hecho REBOLLO PUIG (1989: pp. 608 y 609); LOZANO (1992: p. 225); y DE PALMA (1996: p. 193). Según estos administrativistas, el supuesto de actuar en lugar de otro se construiría en virtud de la *ficción* de que son los administradores y representantes de la persona jurídica quienes han realizado la acción típica, cuando la realidad es que esta, según ellos, la ha realizado solo y exclusivamente la persona jurídica (j), y en verdad esto parece confirmar uno de los corolarios de la ley de MURPHY, concretamente el que dice que todo lo que empieza mal acaba peor, pues una descripción del supuesto de hecho de actuar en lugar de otro como esa, no puede verse, como ya la he calificado, mas que como un estrambote que ni siquiera se les ha ocurrido proponer a los más conspicuos defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que se limitan a afirmar meramente que la persona jurídica tiene capacidad de acción y que realiza acciones, pero no —y este es el estrambote superlativo que supera al anterior— que a los administradores se les imputa esa acción de la persona jurídica ficticiamente porque no la habrían realizado ellos. Basta con pensar en las afirmaciones que implica semejante interpretación: la persona jurídica habría cometido una acción propia que, sin embargo, no es otra que la acción *real* que ha realizado su órgano o administrador y que solo le ha sido *imputada* a aquella como propia, pero luego en el supuesto de actuar en lugar de otro, esa acción propia de la persona jurídica que, sin embargo, es absolutamente ficticia porque es la real del órgano o del administrador que solo se le ha imputado, se le imputa de nuevo a quien realmente la cometió pero ahora convertida en una acción *ficticia* de este (j) Según esto, pues, el Derecho ya no solo podría —como sin duda puede y por buenas razones debe— fingir en un objeto real una cualidad que no tiene, como por ejemplo fingir al concebido y no nacido —que tiene una existencia real— como ya nacido solo a los efectos que le sean favorables (art. 29 Cc.), sino que de acuerdo con aquella insostenible interpretación podría fingir también que la realidad misma es una ficción; porque según esa interpretación ya no resulta solo que se atribuya ficticiamente a la acción absolutamente real del órgano o del administrador de la persona jurídica alguna cualidad que no tiene, sino que lo que se dice es que aquella acción no la han realizado sus autores, y que por esto se les atribuye ficticiamente como si la hubieran realizado (j).

⁹⁸ Véase ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 138 ss.).

una situación determinada⁹⁹. Las normas de determinación imponen deberes *de hacer o no hacer*, y el alcance de estos trasciende del mero y abstracto *tener que* realizarse objetivamente el objeto del deber impersonal, pues se concretan ya en una *obligación* de realizarlo para un individuo determinado (*konkretes Sollen*) con *capacidad de acción*¹⁰⁰. No obstante hay que distinguir un momento abstracto y otro concreto en las normas de determinación. En el primero se desvaloran de modo abstracto en general “clases” de acciones y omisiones respectivamente prohibidas u ordenadas que puede realizar en principio cualquier individuo con capacidad de acción en general. En el segundo se desvalora la acción o la omisión concretas que haya realizado un individuo determinado para quien la norma de determinación —la prohibición o el mandato— se había concretado en un deber personalísimo de acción o de omisión en la situación concreta y determinada en que se hallaba porque en esta tenía la posibilidad de actualizar su capacidad de acción.

c) Puesto que el objeto del deber personal de acción es la realización del contenido de la norma de valoración, es decir, del deber impersonal imputado a una persona determinada, la norma de determinación correspondiente se concretará en principio lógicamente en un deber de acción o de omisión para el individuo que encarna el substrato de esa persona. Sin embargo, este individuo puede ser uno que careza de capacidad de acción, como por ejemplo un recién nacido, o que la tenga muy reducida y no pueda actualizarla en concreto en multitud de situaciones determinadas, como por ejemplo un tetrapléjico. La incapacidad de acción de un individuo empero no afecta en nada a su personalidad jurídica, de modo que los deberes impersonales imputados a su persona también “tienen que” cumplirse y su objeto realizarse objetivamente igual que cuando el individuo que encarna el substrato de su persona es uno capaz de acción, lo cual es lógico y absolutamente congruente si tenemos en cuenta que, como ya se ha explicado, en primer lugar la capacidad de acción es una propiedad solo y exclusivamente del individuo totalmente irrelevante para el concepto de persona y no forma parte de este, y en segundo lugar que el contenido del deber impersonal imputado a una persona “tiene que” ser realizado en todo caso independientemente de si el individuo que encarna el substrato de aquella tiene o no tiene capacidad de acción, y por cierto de igual modo que sucede con los derechos¹⁰¹. Como dice con precisión Armin Kaufmann, en el plano del deber impersonal (*Müssen*) “no se puede diferenciar entre el niño de pecho y el adulto, ni entre inimputables y capaces de delito; pues aquí la *persona* no aparece en absoluto como sujeto, sino solo como objeto”, y no solo del juicio de

⁹⁹ Véase ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 139 s.).

¹⁰⁰ Véase ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 75 s., y más específicamente p. 128 ss.); GRACIA MARTÍN (1985: p. 411); y EL MISMO (2006b: pp. 86 y 96 ss.).

¹⁰¹ Porque como dice FERRARA (2006: p. 250), “el hombre puede encontrarse imposibilitado para ejercitar los derechos que, sin embargo, tiene, (y) sería una injusticia dolorosa que al individuo se le negase la capacidad porque por condiciones (por ejemplo) psíquicas (pero también por cualesquiera otras) se encontrase sin posibilidad de obrar conscientemente en la vida jurídica”.

valor, sino “como objeto de la distribución del patrimonio y de cosas similares”, y por esta razón “tanto el niño de pecho como el inimputable tienen que pagar impuestos, indemnizar bajo determinados presupuestos, etcétera”¹⁰². Pero si en estos casos el objeto del deber impersonal imputado a una persona, por una parte tiene que realizarse en todo caso, y por otra el individuo que encarna el substrato de aquella no tiene capacidad de acción para realizarlo, y por esto no se le puede dirigir ninguna norma de determinación que le obligue a ello, para que pueda realizarse aquel será preciso establecer alguna norma de determinación que *obligue* a algún individuo *capaz de acción* a realizar en lugar del incapaz de acción el objeto del *deber ser impersonal* del que es portadora la persona del incapaz de acción, por ejemplo el pago del impuesto imputado a la persona de este¹⁰³. Desde luego la determinación del individuo que deba cumplir el deber de la persona del incapaz de acción no puede ser arbitraria, y aquel tendrá que ser alguno ligado al incapaz por alguna *relación* relevante, como por ejemplo la de paternidad en virtud de la cual el Derecho le hace representante legal de aquel¹⁰⁴. Pero todo esto nos lleva ya ahora al ámbito de las responsabilidades. En caso de incumplimiento de los deberes, ¿quién y como debe responder, la persona o el individuo, y qué persona o qué individuo?

III. La serie sintética configurada por los conceptos jurídicos categoriales de infracción —acción u omisión— antijurídica, culpabilidad y sanción en sentido estricto

1. La teoría general del Derecho ha desarrollado y formulado una distinción muy clara entre el hecho contrario a Derecho (ilícito) y la “responsabilidad” por ese hecho y por sus consecuencias¹⁰⁵, y esa distinción es tan fundamental y trascendente que cuando se la ignora o simplemente no se la tiene en cuenta a la hora de construir figuras jurídicas de responsabilidad, los supuestos de hecho contruidos resultan muy gravemente erróneos¹⁰⁶, y esto da lugar, primero a que se los clasifique y adscriba a sectores jurídicos que categorialmente no les corresponden, y luego a que se les asignen las consecuencias jurídicas correspondientes a la clase de supuestos de hecho en la que se los ha clasificado erróneamente, las cuales son absolutamente inapropiadas e ineficaces respecto de ellos, y además con su aplicación se quebrantan principios fundamentales del Derecho. La raíz de todo esto se

¹⁰² Véase ARMIN KAUFMANN (1954: p. 127).

¹⁰³ Véase ARMIN KAUFMANN (1954: p. 266); GRACIA MARTÍN (1985: p. 411); KELSEN (1979: pp. 169 ss.); y *supra* nota 56.

¹⁰⁴ Véase de nuevo la nota anterior.

¹⁰⁵ Sobre semejante distinción, básica y fundamental en el Derecho y en la Ciencia jurídica, véase extensamente la brillante construcción y exposición de KELSEN (1995: pp. 75 ss.); véase también NINO (1984: pp. 184 ss.).

¹⁰⁶ Véase ALEJANDRO NIETO (2012: p. 422), donde llama la atención sobre las construcciones gravemente erróneas de una culpabilidad para la persona jurídica que resultan de ignorar la diferencia elemental que existe entre autoría de la infracción y responsabilidad por sus consecuencias.

encuentra en la muy frecuente confusión del individuo con la persona por un lado y en la mezcla y confusión de objetos y de juicios de valor de las normas de valoración con los de las de determinación, pues unas veces se opera en el plano de la persona con juicios y valoraciones propias de las normas de determinación cuyo sujeto es exclusivamente el individuo, y así se le atribuyen a la persona cualidades de este que ella no posee en absoluto, y otras veces, al revés, se opera en el plano del individuo con criterios y juicios de las normas de valoración y de distribución que solo imputan sus objetos a la persona y en modo alguno al individuo. De todo esto no resultan más que imputaciones erróneas de las que se derivan luego responsabilidades y consecuencias jurídicas inapropiadas. En particular se configuran como supuestos de responsabilidad por hecho propio a unos que lo son claramente por hecho ajeno, y al aplicar a estos las consecuencias jurídicas típicas de los primeros se quebrantan gravemente los principios de la responsabilidad personal y de la personalidad de las consecuencias de esta.

2. Los conceptos de *infracción* y de *culpabilidad* en cuanto tales son *categoriales* y *clasificatorios*, y hasta cierto punto también unívocos. Unos hechos determinados o son infracción y culpabilidad respectivamente o no lo son en absoluto. *Tertium non datur*. Esto significa que ni el uno ni el otro son clases ni especies subordinadas o subalternas de algún otro concepto superior que pudiera tener rango categorial con respecto a ellos, y que son ellos los que precisamente en virtud de su carácter y jerarquía categoriales sí pueden subdividirse en clases y en especies diferenciadas. Estas subdivisiones empero solo podrán basarse en caracteres *accidentales* de los objetos en que se hallen presentes todos los *substanciales* del concepto categorial sin la mínima alteración, porque si a un hecho u objeto les faltara solo uno de estos, solo por eso ya no podrán ser subsumidos en ninguna clase ni especie de tal concepto categorial sino en todo caso en alguna de otro categorial distinto¹⁰⁷. Así el concepto de infracción se diversifica formalmente en clases y especies que se adscriben a distintos campos jurídicos, como por ejemplo el penal, el administrativo, el disciplinario, etc., pero ninguna de ellas supone ni la mínima alteración de la substancia del concepto superior categorial de infracción, y por eso entre las diferentes clases de infracciones no hay más que diferencias de índole formal y ninguna de índole material¹⁰⁸. La culpabilidad por el hecho está referida siempre y necesariamente a la infracción, pues el juicio de reproche que se le formula al autor tiene como presupuesto necesario la comisión de una infracción y, además, *lo que* se le reprocha es precisamente el haber actualizado su voluntad

¹⁰⁷ Sobre esto *cfr. supra* I.3, y con más detalle en general, véase GRACIA MARTÍN (2016e [*en prensa*]: epígrafe II.5).

¹⁰⁸ Véase por todos CEREZO MIR (2004: pp. 50 ss.), con una detallada exposición del debate acerca de la identidad o de la diferencia substancial entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo; me he pronunciado radicalmente a favor de la identidad substancial entre ilícito penal y administrativo en GRACIA MARTÍN (2014b: p. 59); EL MISMO (2015: pp. 206 s.); y en el mismo sentido ZAFFARONI (2002: pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss. y 177 ss.).

antijurídica en la realización del hecho constitutivo de aquella¹⁰⁹. Por esto, la culpabilidad tiene que ser y es substancialmente idéntica y la misma respecto de toda clase y especie de infracciones, y cuando se habla de una culpabilidad penal esto no puede significar que haya una culpabilidad específicamente penal distinta de la culpabilidad por la comisión de una infracción administrativa o de otra especie, sino solo y nada más que su presupuesto es la comisión de una infracción formalmente *penal*.

a) Si fuera cierto que entre Derecho penal y sancionador administrativo existieran diferencias *substanciales*, como lo afirma por ejemplo Alejandro Nieto¹¹⁰, ello solo podría explicarse si los objetos y enunciados propios de ese Derecho “sancionador” administrativo fueran unos materialmente distintos de los constitutivos de los conceptos de infracción y de culpabilidad, con lo cual, y como en definitiva lo tiene que reconocer de un modo expreso el eximio administrativista español, sus consecuencias jurídicas tampoco serían materialmente auténticas “sanciones” en sentido estricto¹¹¹. Pues hay que insistir en que los conceptos fundamentales de todo Derecho sancionador —infracción, culpabilidad y sanción— se definen por síntesis *inescindibles* de un conjunto de caracteres determinados, y en que precisamente son esas síntesis y no una mera amalgama o yuxtaposición de esos caracteres las que los hacen conceptos categoriales. Por esta razón, cualquier segregación de uno solo de los caracteres sintéticos de estos conceptos categoriales dará lugar a su *disolución* y, en definitiva, a su total extinción, de tal modo que lo que haya quedado tras la disolución será ya otra síntesis sustancialmente diferente que, si acaso, podrá ser constitutiva de algún otro concepto categorial distinto, pero ya no de aquellos que, a falta de sus correspondientes síntesis, ni siquiera se habrán constituido ni habrán estado presentes en momento alguno. Si fuese cierto, pues, que ese llamado Derecho sancionador administrativo fuera substancialmente distinto del penal, entonces lo consecuente y cabal sería reconocer finalmente que en realidad aquel ya no es uno de carácter sancionador, y que sus objetos y enunciados perte-

¹⁰⁹ Véase por todos CEREZO MIR (2001: p. 16): “la culpabilidad es la reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica; no es posible, por ello, la existencia de culpabilidad sin tipicidad y antijuridicidad; la acción típica y antijurídica es el objeto del juicio de reproche”.

¹¹⁰ Véase NIETO GARCÍA (2012: pp. 30 ss., 55 ss., 122 s., y especialmente todo el Capítulo IV de esta magnífica obra, que se extiende desde p. 124 hasta p. 160), quien entiende que el Derecho *administrativo* sancionador tiene autonomía y naturaleza distinta a la del penal, y que por ello debe regirse por otros principios. Obsérvese el importante y relevante dato de que NIETO habla de Derecho *administrativo* sancionador, y no de Derecho *sancionador* administrativo, en lo cual no le falta razón porque en realidad el autor cree que estamos ante un orden jurídico materialmente administrativo con estructuras de responsabilidad civil, con lo cual aquel ya no sería un Derecho auténticamente sancionador.

¹¹¹ En efecto, pues NIETO GARCÍA (2012), p. 351, culmina sus razonamientos y su argumentación dejando planteada la cuestión de si en realidad aquí estaríamos en presencia de una “*difuminación* de los conceptos estrictos de *infracción* y de *sanción*”, a lo cual parece que ya él mismo responde afirmativamente —y desde luego correctamente—, pues no otra cosa puede significar su clara advertencia de que en definitiva “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).

necen mas bien a otros sectores del ordenamiento jurídico y se rigen por principios diferentes a los específicos y privativos de todo Derecho sancionador sin excepción, y esto, claro está, sin perjuicio de que haya principios supremos del Estado de Derecho que tengan que regir de un modo absoluto e idéntico en todos los sectores del Derecho, ya sean estos sancionadores o de otra naturaleza y con finalidades específicas distintas, pues la finalidad última de todo el ordenamiento jurídico, de la que no puede sustraerse ni una sola de sus ramas, no es otra que la realización de la idea del Derecho por medio del Estado de Derecho¹¹².

b) Lo que se acaba de explicar tiene que llevar a rechazar la tan extendida como errónea doctrina que partiendo de la proclama de una identidad o semejanza substanciales entre Derecho penal y sancionador administrativo y de que por esto ambos deben regirse por una unidad de principios¹¹³, inmediatamente después se desdice de esto afirmando que los principios y los conceptos del primero no pueden ser trasladados en toda su plenitud y sin más al segundo a causa de ciertas peculiaridades propias y específicas que se darían en este, y termina formulando unos conceptos de infracción y de culpabilidad “modulados” o adaptables a aquellas supuestas peculiaridades¹¹⁴. Así se propone paradigmática y exponencialmente con

¹¹² Véase en este sentido muy claramente HUERGO (2007: pp. 202 s., 239 y 362), al advertir que debe distinguirse entre los principios y garantías del Derecho sancionador, “que son esenciales a las sanciones por su condición de tales, al margen de su gravedad, y que solo deben aplicarse a las medidas punitivas, y aquellos otros que, por ser simplemente garantías del ciudadano ante inmisiones estatales de especial gravedad, no tiene sentido que se reserven para las sanciones y no se apliquen a otros actos de gravamen” (p. 239), añadiendo a esto que si bien “una medida no sancionadora (por ejemplo la prohibición de contratar con la administración) puede ser mucho más gravosa que una sanción”, sin embargo no debe estar sujeta a las garantías del Derecho sancionador, pero sí a otras “que derivan de la gravedad, del efecto negativo, de la medida en cuestión”, y por esto, “si la medida no es sancionadora habrá que buscar otro título de legitimación para el despojo patrimonial” (p. 362). Por esto carece de todo fundamento por sí solo el argumento de la necesidad de dotar de las garantías del Derecho penal y del sancionador en general a consecuencias jurídicas o medidas que no tienen ningún carácter ni finalidad sancionatorias para fundamentar y justificar la atracción de tales consecuencias al ámbito punitivo y sancionatorio, como pretende la doctrina punitivista y sancionatoria de la persona jurídica; véase una detallada crítica de esto en GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 159 ss.).

¹¹³ Ya habían hecho sugerencias en ese sentido, desde el punto de vista jurisdiccional, PARADA (1972: pp. 41 ss., y 88 ss.); y desde el punto de vista sustantivo, L. MARTÍN-RETORTILLO (1970: pp. 81 ss.); EL MISMO (1971: pp. 58 ss.); y EL MISMO (1976: pp. 11 ss. y especialmente p. 16), y la tesis de la identidad substancial es la que se ha impuesto, si bien solo nominalmente y no materialmente (*cf.* nota siguiente); véanse numerosas referencias doctrinales en tal sentido en HUERGO LORA (2007: nota 1 de pp. 19 ss.). También la jurisprudencia constitucional y ordinaria, tras un periodo de incertidumbre en esta última, asumió finalmente la tesis de la semejanza sustancial entre Derecho penal y sancionador administrativo; véanse las exposiciones de REBOLLO PUIG (1989: pp. 437 ss.), y de ALEJANDRO NIETO (2012), pp. 332 ss., esta más actualizada.

¹¹⁴ En este sentido, véase por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: pp. 250 s.); EL MISMO (2011b: p. 180); SUAY RINCÓN (1986: p. 213); EL MISMO (2008: pp. 58 s.); REBOLLO PUIG (1989: pp. 436 ss.); QUINTERO OLIVARES (1991: pp. 260 ss.); LOZANO (1992: p. 229); DE PALMA (1996: p. 40); NAVARRO CARDOSO (2001: p. 29); GÓMEZ TOMILLO (2007: p. 89); GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: p. 117); CUETO PÉREZ (2008: pp. 95 s.). Sobre la jurisprudencia constitucional y la contenciosa, véanse ahora las exposiciones de HUERGO (2007: pp. 41 ss.) y de ALEJANDRO NIETO (2012: pp. 131-139). Ya la STC 246/1991 dijo, con remisión a la STC 22/1990, que el traslado de principios y garantías penales al ámbito sancionador administrativo “no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías

respecto al concepto de culpabilidad para poder acomodarlo a la persona jurídica y legitimar así la sanción administrativa contra ella¹¹⁵. Pero precisamente con tales “modulaciones” se aniquilan groseramente los conceptos categoriales de infracción y de culpabilidad¹¹⁶, y al utilizar luego estos términos para denominar a los productos “modulados” se incurre en un irritante fraude de etiquetas que da lugar a una contaminación semántica y a una total mezcla y confusión de objetos y de conceptos que la Ciencia jurídica ya ha diferenciado y diferencia claramente en razón de su distinta substancia jurídica, ha denominado y denomina a cada uno con su nombre propio diferente a los de los otros¹¹⁷, y finalmente ha clasificado y clasifica en ordenes diferentes y así les ha asignado y asigna a cada uno las consecuencias jurídicas específicas y diferenciadas que corresponden a sus diferentes caracteres substanciales. Como se ha dicho, un concepto categorial puede especificarse y subdividirse en clases y en especies, y en la medida en que sea a la vez también un concepto ordenador y tipológico sus contenidos serán mensurables y podrán ser graduados, pero lo que no admite de ningún modo es ninguna “modulación” en sus elementos esenciales categoriales porque esto, simplemente, lleva a su completa aniquilación. La doctrina de la “modulación” de los conceptos fundamentales de infracción y sobre todo de culpabilidad en el ámbito del Derecho sancionador administrativo, lo único que hace es transformar a este en un Derecho no sancionador y, por esto, debe rechazarse categórica y apodícticamente. Los conceptos categoriales de infracción y de culpabilidad —y el de sanción como la consecuen-

al procedimiento administrativo solo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza”.

¹¹⁵ Véase como una muestra de ello, por ejemplo, LOZANO (1992: pp. 223 s.): “la responsabilidad con culpa de estas personas jurídicas tiene que explicarse de una manera distinta a la culpa y a la inocencia de una persona física” (p. 224); DE PALMA (1996: pp. 199 s.): “debemos tener presente el distinto alcance del principio de culpabilidad en uno y otro sector del ordenamiento punitivo”; RECODER VALLINA (2008: p. 154): “el hecho de que se reconozca que las personas jurídicas pueden ser responsables administrativas de sus actos, no quiere decir que lo sean de igual forma que las personas físicas”; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: p. 532): “no se puede extrapolar la construcción del delito, o de la infracción administrativa, dolosa o imprudente, cometidos por personas físicas a los llevados a cabo por personas jurídicas”; y en el mismo sentido, por ejemplo, REBOLLO PUIG (1989: pp. 609 ss. y 766 ss.); CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ (1995: pp. 149 ss.); PEMÁN GAVÍN (2000: pp. 347 ss.); CUETO PÉREZ (2008: pp. 108 ss.); para el ámbito de las infracciones laborales, véase GARCÍA BLASCO (1989: pp. 57 ss.), y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE (2008: pp. 95 ss.); y para las infracciones tributarias, PÉREZ ROYO (1972: pp. 64 ss.), y EL MISMO (1986: pp. 280 ss.).

¹¹⁶ Véase NIETO GARCÍA (2012: p. 398): con esa modulación la culpabilidad real “se ha desvanecido como el humo”.

¹¹⁷ Véase NIETO GARCÍA (2012: pp. 338, 393, 398, 402, 416 y 427), quien descalifica a todos los intentos de fundamentar una inconcebible e imposible culpabilidad de la persona jurídica en el ámbito específico del Derecho sancionador administrativo, con juicios tales como que así se da “un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”; solo se trata de simples “artilugios” (pp. 402 y 427), de “atajos hipócritas” (pp. 338), de “fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables” (p. 427), o de “juegos formales realizados por juristas habilidosos para, respetando la letra de las normas, quebrantar su espíritu en un comportamiento hipócrita muy extendido en la vida del Derecho” (393); juicios todos estos que el autor, en definitiva, resume en que los conceptos de culpabilidad formulados por la doctrina respecto de la persona jurídica representan nada más que “una especie de hipocresía” (p. 427), y que ha ilustrado con el símil de que “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” (p. 416).

cia jurídica correspondiente a ellos— no admiten ninguna modulación ni la mínima flexibilización en ningún ámbito del Derecho¹¹⁸, y quien los modula y flexibiliza se introduce así en otros órdenes jurídicos, aniquila al Derecho sancionador y quebranta los principios fundamentales de este.

3. Los conceptos jurídicos categoriales de infracción, culpabilidad y sanción forman una síntesis indisoluble y estructuralmente dispuesta en esa serie lógica. Sólo puede ser y es sanción en sentido estricto la consecuencia jurídica que tiene como presupuesto necesario a la culpabilidad¹¹⁹, y la culpabilidad tiene a su vez como presupuesto necesario a la infracción que constituye el objeto específico del juicio de reproche¹²⁰. Esto se podría expresar mediante la siguiente fórmula: “no hay sanción sin culpabilidad, ni culpabilidad sin infracción”, y aún debe mencionarse como un primer eslabón de esta cadena —del que me ocuparé mas adelante— consistente en que “no hay infracción sin acción u omisión”¹²¹. Pero también hay

¹¹⁸ Como lo propongo en GRACIA MARTÍN (2014b: p. 59); EL MISMO (2015: pp. 206 s.); y en el mismo sentido ZAFFARONI (2002: pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss. y 177 ss.).

¹¹⁹ Véase en este sentido específicamente respecto de la pena, entre una multitud de juristas que raya con la unanimidad, por ejemplo, ROXIN (2006. pp. 91 ss.); STRATENWERTH (1992: p. 307); GEIGER (2006: pp. 67 s.); SCHNEIDER (2011: pp. 37 y 76): las normas de sanción disponen consecuencias jurídicas que se llaman “sanciones” y que están previstas “para determinadas infracciones de deberes de *conducta*”; GRECO (2015: p. 516): “el conjunto indisoluble de pena y culpabilidad presenta un componente jurídico objetivo (y) no debería ser violentado ni siquiera en apariencia por una sanción independiente de la culpabilidad designada equivocadamente como ‘pena’”; y respecto de la sanción administrativa, véase por todos SUAY RINCÓN (1989: p. 64): “las sanciones administrativas *son consecuencia* de la comisión de una *infracción* administrativa” y esto “*presupone* la realización de un *comportamiento prohibido*”; y HUERGO (2007: pp. 378 s.), quien al entender al principio de culpabilidad como una consecuencia necesaria del concepto de sanción (p. 378), y que las sanciones tienen como finalidad imponer un perjuicio al infractor (p. 379), afirma consecuentemente: 1) que “este perjuicio sólo se justifica, de acuerdo con la ley, en la previa comisión de una infracción”; y 2) que “por aplicación del principio de Estado de Derecho, de respeto a la dignidad humana (...) sólo se puede castigar a una persona por infracciones de las que sea personalmente responsable” (p. 379).

¹²⁰ Cfr. *supra* nota 109.

¹²¹ De acuerdo con los resultados de la rigurosa investigación de DELGADO ECHEVERRÍA (2013: pp. 26 ss. y 58), aunque la voz “sanción” ya entró en RAE en 1780, la incorporación como tercera acepción de la voz con el sentido punitivo o de castigo, no tuvo lugar hasta RAE U 1869, describiéndola como “La *pena* que establece la ley para *el que la infringe*”. Así se mantiene en 1884, 1899 y 1914. En RAE U 1925, se mantiene dicha tercera acepción sin otra modificación que la concerniente a la supresión del artículo determinado “la” relativo al sustantivo pena, y se añade una cuarta como “*Mal* dimanado de alguna *culpa* o *yerro* y que es como *su castigo* o *pena*”. Así se mantiene en las sucesivas ediciones posteriores hasta RAE U 2001, en que la acepción de “*pena* que una ley o un reglamento establece *para sus infractores*” pasa a ser la primera, manteniéndose como cuarta la misma incorporada a RAE U 1925. Por su parte, “sancionar” entra por primera vez en RAE S 1803, pero hasta RAE U 1953 no se incorpora —como tercera— la acepción de “aplicar una sanción o castigo”. Como puede observarse, el concepto y la definición de “sanción” están indisolublemente ligados a la previa comisión de una “infracción” por “culpa o yerro”, a la cual la sanción sigue como consecuencia típica, y a su vez, el concepto de infracción remite a una acción u omisión contraria a una *norma de conducta* realizada por un “infractor” que tiene que haber actuado con culpa o yerro, lo cual presupone evidente y lógicamente su *capacidad* de “infringir”. Puesto que el concepto de infracción sólo tiene sentido si se refiere a la transgresión o contravención de normas de determinación (de conducta) —pues las leyes físico-naturales al ser *necesarias* no pueden “infringirse”—, de todo lo explicado tiene que resultar que en un sentido técnico-jurídico estricto sólo puede ser tenida como “sanción” la reacción —como consecuencia— jurídica que tenga como presupuesto la infracción de una norma de conducta, y que para evitar confusiones deberá evitarse utilizar dicho término para toda reacción jurídica cuyo presupuesto no sea una infracción en el sentido definido; véase GRACIA MARTÍN (1996a: p. 45).

que decir que, a la inversa, si una acción u omisión realizan (el tipo de) una infracción, y además concurre adicionalmente la culpabilidad de su autor, entonces la consecuencia jurídica aplicable a tal supuesto no puede ser ninguna otra que no sea una sanción de la especie que sea, pero en todo caso una sanción en sentido estricto¹²², y ello sin perjuicio, claro está, de que pueda renunciarse a su aplicación¹²³. El que por cualquier razón no pueda aplicarse a una infracción su consecuencia jurídica típica o pudiendo se renuncie a su aplicación, no modifica en nada la naturaleza jurídica de sanción de la consecuencia que ha dejado de ser aplicada. En lo que sigue se explicarán sucintamente los aspectos sustanciales de los tres conceptos categoriales mencionados que interesan especialmente como fundamentales para la mejor comprensión de la culminación de esta investigación y de sus conclusiones.

IV. Los conceptos categoriales de infracción, culpabilidad y sanción

1. *El concepto de infracción jurídica como presupuesto de la sanción como consecuencia jurídica categorial correspondiente a ella y solo a ella*

1. Por *infracción* se entiende, en principio, la transgresión o quebranto de una norma de tal modo que se produce una ruptura en una regularidad de la serie de

¹²² Véase solo ROXIN (2006. pp. 852 ss.): “una actuación de ese modo culpable precisa regularmente de una sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador incorpora una conducta a un tipo, parte de que si concurren la antijuridicidad y la culpabilidad, tiene que ser combatida por medio de la pena”.

¹²³ En efecto, pues precisamente porque se trata de una sanción es posible una renuncia a su aplicación, mientras que si se tratara de una medida de Derecho público orientada al restablecimiento de la legalidad y a la protección de los intereses generales, entonces no se podría —porque no se debe— renunciar por ninguna razón a su aplicación efectiva; véase en este sentido con toda la razón HUERGO (2007: pp. 228 s. y 230), advirtiendo en relación con las medidas de protección de la legalidad urbanística, que si tuvieran que ser aplicadas en un caso relacionado con un delito urbanístico, materialmente tendrían que contemplarse sin la menor duda como accesorias respecto del supuesto de hecho delictivo en el contexto punitivo, y es “impensable” que aquellas medidas, cuyo fin es la protección de intereses públicos y de terceros, pudieran quedar sin efecto por alguna circunstancia, “pues ello equivaldría a reconocer que se admite un daño a esos intereses públicos o de terceros”; y esto es así porque como bien señala HUERGO (p. 230) la relación de la sanción con la infracción “es puramente arbitraria y no tiene otro fundamento que la norma que anuda la sanción de que se trate a esa concreta infracción”, mientras que las medidas de restablecimiento de la legalidad tienen como fundamento la situación objetivamente contraria a ella y su fin es la reposición de esa legalidad de un modo real y efectivo, sea *in natura* o de un modo equivalente. Por supuesto que sería un error deducir de estas aclaraciones de HUERGO que este afirme que el establecimiento de sanciones pueda llevarse a cabo de un modo arbitrario sin ningún fundamento; la arbitrariedad que describe HUERGO se refiere a la inexistencia de correspondencia material entre los *contenidos* de la infracción y de la sanción, y así por ejemplo entre el hecho de conducir a una velocidad superior a la permitida y la obligación de abonar una cantidad de dinero no hay ninguna correspondencia de contenidos como la que, sin embargo, sí se da entre la construcción de una edificación ilegal (infracción) y su demolición (medida de restablecimiento de la legalidad). Por esto precisamente se podría renunciar a una sanción por una infracción urbanística, pero no a la medida de restablecimiento de la legalidad urbanística, la cual deberá aplicarse incluso aunque la sanción por la infracción, aunque no se quisiera renunciar a ella, no pudiera ya ni siquiera ser aplicada por cualquier razón, como por ejemplo, la falta de culpabilidad en el infractor. Por otra parte, lo mismo cabe decir de las medidas de reparación y de compensación que nacen ya con la misma causación del daño *cf. infra* nota 354; nadie más que el perjudicado titular de la acción civil puede renunciar a ellas.

fenómenos determinada en algún sentido por la norma quebrantada. Esto requiere de una explicación que nos lleve hasta el concepto de infracción *jurídica* que aquí interesa.

a) El mundo físico-natural funciona de un modo *ordenado*, esto es, regularmente conforme a leyes causales *necesarias* que explican las series fenoménicas que tienen lugar en el acontecer natural, y todo cambio o modificación en este, aunque parezca el comienzo de una nueva serie, en realidad, como lo describe Kant, no es más que un comienzo *subalterno* en el único y mismo curso de la causalidad cósmica, pues ya estaba condicionado y determinado por esta y tenía que suceder así de modo necesario conforme a leyes naturales¹²⁴. Las causas naturales no tienen capacidad para iniciar de un modo espontáneo, esto es, libre y arbitrariamente nuevas series fenoménicas, y por eso son necesarias¹²⁵. Esto significa que las fuerzas naturales sujetas a la causalidad cósmica no pueden ser reguladas ni influidas de ningún modo por ninguna otra fuerza ni instancia fuera de la naturaleza para que se activen y operen en una o en otra dirección distinta de la ya trazada por aquella, pues el mundo natural no conoce ninguna que no sea la única determinada de un modo necesario e invariable por la causalidad cósmica¹²⁶. Las leyes naturales que gobiernan las fuerzas de la naturaleza se imponen por sí mismas mediante la causalidad de un modo necesario, y por esto son inquebrantables, es decir, no son susceptibles de *infracción* alguna¹²⁷. Si un individuo mata a otro haciéndole ingerir una sustancia tóxica, la muerte de la víctima ha tenido lugar según la ley causal necesaria relativa a la actividad y a los efectos de esa sustancia en el organismo de la víctima, pero el autor no solo no ha infringido dicha ley causal sino que, por el

¹²⁴ Dejemos aquí fuera de consideración a las teorías del caos, de la evolución y de la entropía del orden cósmico, cuyos fenómenos por lo demás también siguen leyes necesarias; véase FERNÁNDEZ CASTRO (2000: pp. 259 s.): “desde el punto de vista físico, la experiencia demuestra que los sucesos avanzan desde un estado de orden a estados de desorden creciente; de forma natural, las cosas tienden a perder su ordenamiento” y “esta es la forma en que se comporta la naturaleza”.

¹²⁵ Pues como explica y dice KANT (1787: pp. 470 y 472): “entre las causas fenoménicas no puede haber nada capaz de iniciar, por sí mismo y en términos absolutos, una serie” (p. 470), y por esto “es imposible que algo *deba ser* en la naturaleza de modo distinto de cómo es en realidad en todas estas relaciones temporales; es más, el deber no posee absolutamente ningún sentido si solo nos atenemos al curso de la naturaleza; no podemos preguntar qué debe suceder en la naturaleza, ni tampoco qué propiedades debe tener un círculo, sino que preguntamos qué sucede en la naturaleza o, en el último caso, qué propiedades posee un círculo” (p. 472). Véase también RECASENS (2008), pp. 54 s.

¹²⁶ Véase KANT (1787: pp. 408 y 464 s.): pues si todo sucede “solo según las leyes de la naturaleza, (así) no hay más que comienzos subalternos, (pero) nunca un primer comienzo” (p. 408), y por esto “toda la esfera de la experiencia se convierte, por mucho que se extienda, en un conjunto de mera naturaleza” (p. 464) en el cual todas “las condiciones y lo condicionado (son) miembros pertenecientes a una misma serie” (p. 465). Como afirma MONTESQUIEU (1995: p. 7): “las leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas” y es preciso que el mundo tenga en sus movimientos “leyes invariables, de modo que si se pudiera imaginar otro mundo distinto de este tendría igualmente reglas constantes, pues de lo contrario se destruiría”. Véase también RECASENS (2008), pp. 54 s.

¹²⁷ Véase KANT (1787: p. 466): “la validez del principio que afirma la completa interdependencia de todos los eventos del mundo sensible conforme a leyes naturales inmutables quedó ya establecida como un principio de la analítica trascendental, y *no permite infracción alguna*”.

contrario, ha propiciado un curso fenoménico regular y necesario conforme a ella.

b) Los seres humanos formamos parte del mundo físico-natural y estamos regidos y sujetos también a las leyes de la causalidad cósmica, pero a la vez estamos dotados de una fuerza específica, y por ahora exclusivamente nuestra, como es la voluntad sustentada en el conocimiento racional¹²⁸, que a diferencia de todas las demás fuerzas naturales, tiene la capacidad de activarse y de operar espontáneamente por sí misma, es decir, que ya no está absolutamente condicionada ni determinada por la causalidad cósmica necesaria, y por ello es capaz de iniciar *por sí misma* nuevas series fenoménicas que luego cursarán naturalmente conforme a leyes causales necesarias¹²⁹. La causalidad cósmica, pues, ha generado dentro de ella al ser humano y lo ha dotado de una voluntad capaz de activarse y de operar como una causa libre (*causa libera*) a la que ya no puede por sí misma condicionar ni determinarla a activarse y a operar necesariamente en la única e invariable dirección en que lo hacen todas las restantes causas naturales (necesarias), y por lo tanto no puede gobernarla totalmente¹³⁰. Pero dado que la voluntad humana es una *causa libera* capaz de activarse y de operar luego por sí misma libre y arbitrariamente más allá de las necesarias determinaciones e influencias de la causalidad cósmica que la condicionan solo parcial y relativamente, precisamente por esto mismo es susceptible de ser influida por algunas otras fuerzas o instancias *no*

¹²⁸ Desde luego que el ser humano es parte de la naturaleza y también está gobernado por las leyes cósmicas necesarias (KANT [1787: pp. 468 y 471 s.]); KELSEN [1995: pp. 53 s.]), pero a diferencia de los demás seres naturales, cuya existencia cursa enteramente determinada por aquellas, aquel está dotado de la capacidad, no de modificar las leyes cósmicas, pero sí de dominar las fuerzas causales necesarias y utilizarlas así libremente dentro de unos límites para causar fenómenos que no podrían producir aquellas solas por sí mismas, y en este plano de la libertad cósmica, bien se puede decir que el ser humano cursa su existencia además de en la naturaleza misma, también en una esfera no natural y superior a aquella creada por él mismo; la capacidad experimental y de aprehensión cognitiva de la causalidad natural aparecida en la especie humana, generó la que VERNADSKY (1997: pp. 205 ss., 210 ss.; EL MISMO (2005: *passim*) denominó como la *noosfera* de la vida inteligente que permite al ser humano, dentro de unos límites, hacerse con el control y con el dominio de la causalidad mecánica en la geosfera y en la biosfera naturales, e incidir así en el acontecer natural para conducirlo *con sentido* en dirección a la realización de *finés* que la naturaleza por sí misma no podría realizar, como por ejemplo desviar y abortar con *sentido defensivo* sus cursos naturales peligrosos y lesivos, o activar y propulsar las fuerzas naturales en un *sentido generativo* de diversas especies de productos, de bienes y de fenómenos. Sobre las relaciones y la conciliación de la idea cosmológica de libertad y la ley universal de la necesidad de la naturaleza, véase KANT (1787: pp. 463 ss.); véase también JOERDEN (1988: pp. 24 s., 30 ss. y 34 ss.).

¹²⁹ Véase KANT (1787: p. 408): “debemos suponer una causalidad en virtud de la cual sucede algo sin que la causa de este algo siga estando, a su vez, determinada por otra anterior según leyes necesarias; es decir, debemos suponer una *absoluta espontaneidad* causal que inicie *por sí misma* una serie de fenómenos que se desarrollen según leyes de la naturaleza, esto es, una libertad trascendental”; “por libertad, en sentido cosmológico, entiendo” —nos dice KANT, *loc. cit.*, p. 463— “la capacidad de iniciar *por sí mismo* un estado”. Véase también JOERDEN (1988: pp. 24 s.): “es preciso suponer al lado de las causas causadas —*causae causatae*— también causas libres —*causae liberae*—, es decir, no causadas, que puedan ser consideradas como nuevo comienzo de una cadena causal que tiene en ellas su punto de partida” (p. 24).

¹³⁰ Pues como explica KANT (1787: pp. 464 y 472 s.): “la voluntad humana es *arbitrium sensitivum*, pero no *brutum*, sino *liberum*, ya que la sensibilidad no determina su acción de modo necesario, sino que el hombre goza de la capacidad de determinarse espontáneamente a sí mismo con independencia de la imposición de los impulsos sensitivos” (p. 464).

naturales en otros planos diferentes al de la causalidad cósmica, y por lo tanto puede ser *regulada* por *otras* leyes distintas de las naturales para que se active y actúe en una dirección y con un sentido determinados y no lo haga en otros distintos. La conciencia o conocimiento racional de cada individuo humano, en tanto que presupuesto y soporte de su voluntad libre, es ya una primera instancia relativamente autónoma e independiente de la causalidad cósmica capaz de generar e imponer leyes reguladoras a su propia voluntad libre conforme a fines racionales. Estas leyes, sin embargo y lógicamente, solo valen en principio para la propia voluntad individual de cada uno sustentada en su propia conciencia autolegisladora que las ha generado y se las ha impuesto a sí misma. Por esto, una condición de posibilidad, y, por lo tanto, *necesaria* para organizar primero y hacer funcionar después una vida en común entre una pluralidad de individuos conforme a fines racionales, como pueden ser los de asegurar la supervivencia de la especie y el desarrollo de esta y de cada uno de los individuos pertenecientes a ella, tiene que ser alguna suerte de *concordancia* entre todos los órdenes de conducta individuales que cada uno se haya dado a sí mismo por medio de su conciencia autolegisladora. Si dejamos de lado la forma de imposición coactiva de un orden por la tiranía y la dictadura de unos pocos sobre todos, a la cual, dicho sea de paso aquí, no se la puede reconocer como Derecho sino nada más que como ejercicio coactivo de un poder¹³¹, aquella concordancia solo puede resultar de un contrato acordado entre todos en condiciones de igualdad en el cual se pacten unas normas reguladoras de una vida en común en un modo *ordenado* orientado racionalmente en una determinada dirección y sentido determinados aceptados por todos a partir de y conforme a sus propias conciencias autolegisladoras individuales como normas vinculantes en los distintos ámbitos de relación social que genere la vida en común¹³².

2. A semejanza de las leyes naturales que determinan que el acontecer natural curse regularmente en un *orden* necesario, con las normas jurídicas se trata de determinar que el acontecer social lo haga también regularmente de algún modo ordenado en una determinada dirección y con algún sentido¹³³. Por lo ya explicado, el objeto de las normas jurídicas no puede ser ningún otro que no sea la voluntad humana en tanto que *causa libera*. El Derecho trata mediante sus normas de regular y encauzar a la *conducta humana* en la dirección y sentido acordados en el contrato social de un modo general y abstracto y luego concretados en y por medio de *leyes*

¹³¹ Pues de una imposición coactiva por un poder superior resultarán solo actos de fuerza y coacción de ese poder, pero no una imposición del deber como obligación a personas responsables, y será al menos cuestionable el carácter de auténtico Derecho de las normas impuestas de aquel modo; véase WELZEL (1958: p. 55 n. 14); EL MISMO (1969b: p. 441); EL MISMO (1971: pp. 135 ss., 145 s. y 176 s.); EL MISMO (1975d: pp. 241 ss.); EL MISMO (1975g: p. 299); véase también STICHT (2000: pp. 106 s.); GRACIA MARTÍN (2004a: pp. 4 s.).

¹³² Véase WELZEL (1975f: pp. 289 s.); GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 215 ss., 224 ss.); EL MISMO (2010a: pp. 344 s.); EL MISMO (2010b: pp. 60 s.).

¹³³ Véase WELZEL (1971: p. 252); GRACIA MARTÍN (2004a: p. 4); y en sentido similar, véase JAKOBS (1996: pp. 25 ss.).

*políticas y civiles*¹³⁴. Mediante las estipulaciones del contrato social se reconocen en primer término bienes jurídicos, y luego de la idea del Derecho (de la justicia y

¹³⁴ Véase MONTESQUIEU (1995: pp. 9 ss.). En mi opinión, y en correspondencia con la distinción entre Derecho y legislación, hay que distinguir claramente entre *norma* y *ley* de acuerdo con la tesis formulada primeramente por BINDING, desarrollada después por ARMIN KAUFMANN y también asumida por mí. Conforme a esta tesis, la *infracción* es siempre transgresión o quebranto de la *norma* que precede a la *ley*, y no de la *ley*, pues aquella consiste precisamente en la realización del tipo descrito en la *ley*; véase BINDING (1922: pp. 4 ss.); y EL MISMO (1885: p. 155). Sucintamente: ningún sector o rama del Derecho tiene *normas* propias, sino que todas pertenecen al Derecho público, no están escritas y son abstractas, pues reconocen primero como bienes jurídicos a determinados objetos — con sustrato corpóreo o incorpóreo— y luego tratan de protegerlos mediante la prohibición de *todas* aquellas acciones lesivas o que desencadenan peligros para ellos por encima de una cierta magnitud, o mediante el mandato de realizar en determinadas circunstancias y en relación con determinados bienes jurídicos, acciones tendentes a evitar su lesión o peligro, a conservarlos o a mejorar su estado actual; las *leyes*, en cambio, sí son propias de cada rama del Derecho, y prescindiendo ahora del Derecho consuetudinario, están escritas, y aunque todavía con un cierto grado de abstracción, *concretan* a las normas en supuestos de hecho típicos y asocian a estos las correspondientes consecuencias jurídicas específicas; así por ejemplo, la *ley* formalmente *penal* selecciona como punibles a algunas acciones de entre todas las que están prohibidas por la *norma* (carácter fragmentario de las *leyes* penales), y la *ley* formalmente *administrativa* hace lo propio con algunas otras, etc.; sobre todo esto, véase BINDING (1922: pp. 45, 83, 89, 97, 255, 298); y EL MISMO (1885: p. 164); para la distinción entre delito no punible y punible (*crimen*), que remite a la de *norma* y *ley* penal, véase BINDING (1922: p. 298), y especialmente EL MISMO (1885: pp. 499, 504 ss.); véase además ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 9, 30 y 36 ss.); y GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 260 ss. y 303 ss.). No comparto la opinión de ALEJANDRO NIETO (2012: p. 313), en el sentido de que la distinción de BINDING entre *norma* y *ley* penal —a las que NIETO llama respectivamente “Norma superior previa” y “norma positiva que penaliza”— proporcione un argumento para distinguir entre Derecho penal y sancionador administrativo porque en el primero la *ley* positiva se remitiría a una *norma* previa no formulada expresamente, mientras que en el segundo no existirían estas *normas* previas en el sentido de BINDING, sino *normas* previas pero *positivas* que, no obstante, cumplirían en aquel la misma función que las de BINDING en el Derecho penal. Y si no comparto esta opinión de NIETO, es por una doble razón que aquí solo puedo dejar apuntada: 1) porque para quien, como es mi caso, rechace radicalmente la existencia de todo Derecho natural, y no reconozca otro que el positivo, esto es, el inventado por los seres humanos para superar el reto de su supervivencia, no existen más *normas* que las *positivas*, o sea las acordadas y fijadas en el contrato social para ese fin, ya sea que estén o que no estén formuladas expresamente en alguna *ley* escrita [sobre el Derecho como invención o creación espirituales y culturales exclusivamente humanas [véase, desde el punto de vista político, SABINE (2000: p. 19); desde el antropológico cultural, HARRIS (2009: pp. 43 ss., 65 ss.); y desde el iusfilosófico, HENKEL (1968: pp. 28 ss.); y RECASENS (2008: pp. 71 ss., 108 ss., 153 ss.); y sobre el contrato social como fuente del Derecho *positivo*, véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 215 ss. y 224 ss.); EL MISMO (2010a: pp. 344 s.); EL MISMO (2010b: pp. 60 s.); EL MISMO (2014b: pp. 44 s.); y EL MISMO (2015: p. 192); y 2) porque las que NIETO llama “normas positivas” previas a las punitivas tipificadoras, en mi opinión no son otra cosa que *leyes* que *concretan* por escrito a una *norma* (positiva) previa no escrita; véase en este sentido MIR PUIG (2015a: pp. 69 n° 10 ss.), quien a pesar de no aceptar en su totalidad la tesis de BINDING, entiende que las prohibiciones descritas expresamente en muchas *leyes* administrativas de modo previo a la fijación de la sanción correspondiente en otra *ley* sancionadora, son precisamente la *norma* (secundaria) previa a la *ley* (sancionadora) —que MIR llama primaria—, viendo la razón de que aquella se formule expresamente por escrito en el dato de que los hechos prohibidos descritos por la primera y luego amenazados de sanción por la segunda, debido a su carácter poco grave, no es evidente e incluso es dudoso que sean realmente hechos prohibidos por una *norma* (secundaria), y recuerda, citando a BINDING y a ARMIN KAUFMANN, que también en los Derechos penales antiguos fue relativamente frecuente describir primero la *norma* secundaria (prohibición o mandato) y después la primaria (la *ley* penal), pero que esta técnica se fue abandonando verosímelmente a medida que en las naciones civilizadas se fueron haciendo evidentes los contenidos de las prohibiciones; por lo demás, sobre la *ley* como *concreción* de la *norma* y la problemática que esto plantea, véase ENGISCH (1953: *passim*, y ahora especialmente pp. 75 ss. y pp. 85 ss.), explicando que “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).

de la igualdad) se derivan y fijan principios y reglas de distribución de los mismos bienes y de todo lo que suceda respecto a ellos en el desenvolvimiento del acontecer social (de los beneficios, pérdidas, riesgos, expectativas, etc.). Estas estipulaciones son las *normas de valoración* y de *distribución* que determinan en abstracto el *deber ser* impersonal de la vida jurídica, es decir, aún no referido a ningún individuo concreto y determinado, sino solo definido como modelo objetivo de referencia para el obrar ético-social de todos y cada uno de los que los han acordado en el contrato social¹³⁵. A este orden del deber ser impersonal constituido por las normas de valoración de objetos, procesos y estados y situaciones objetivos se le añade luego otro orden normativo fundado en él cuyos objetos específicos son ya las *conductas* mediante las que los individuos tendrán que realizar aquel deber ser impersonal a cuyo cumplimiento se han autoobligado conforme al dictado de su conciencia autolegisladora orientada a fines racionales. En particular, ahora se desvaloran en abstracto todas aquellas clases de conducta que pueden lesionar o poner en peligro el orden social constituido por los bienes jurídicos y las reglas de distribución y establecido por las normas de valoración; también se valoran positivamente las acciones tendentes a conservar ese orden, a evitar su desestabilización y a fomentarlo; y a consecuencia de estas valoraciones se crean las *normas de determinación* de la conducta ético-social en la forma de *prohibiciones* de realizar las acciones desvaloradas por su lesividad o peligrosidad, y de *mandatos* de realizar al menos algunas que se han valorado positivamente por sus potenciales de conservación del orden social, de evitación de su desestabilización o de fomentar su desarrollo y prosperidad¹³⁶. De este modo, el ordenamiento jurídico trata de determinar *regularidades* mediante sus normas, pero estas no son regularidades empíricas *necesarias*, sino *ideales* del obrar y del acontecer *ético-sociales* en el sentido de tienen que cursar en un modo determinado que *debe ser* por medio de la fuerza del obrar humano como causa necesaria de él pero en sí misma libre, es decir, *trascendentalmente no determinada* de modo absoluto por ninguna causa necesaria aunque *empíricamente* sí esté relativamente *condicionada* por la necesidad de la causalidad cósmica¹³⁷.

3. A diferencia de las leyes causales, las normas jurídicas, las prohibiciones y los mandatos de acción sí pueden ser quebrantadas y así *infringidas*, y esto se explica por la misma naturaleza de las cosas. En primer lugar, porque las regularidades ideales del acontecer social que establecen las normas jurídicas no son necesarias y absolutas, sino *convencionales* y, por lo tanto, *relativas y contingentes*¹³⁸. Aquí no

¹³⁵ Véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 84 ss., 91 ss.). Sin hacer referencia al contrato social, véase ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 69 ss., 127 y 264 s.); y

¹³⁶ Véase ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 71 ss., 75 ss., 127 s. y 264 s.); y GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 95 ss.).

¹³⁷ Cfr. *supra* nota 128.

¹³⁸ Pues para la existencia y mantenimiento de un orden social es *necesario* solo un funcionamiento *ordenado* del acontecer ético-social en algún sentido, y en principio no unos determinados contenidos invaria-

se trata de regularidades empíricas ya dadas realmente, sino ideales que se *quiere* y se aspira a que sean reales, y que por esto mismo *deben ser* en todo caso y tiene que procurarse que lo sean en todo momento de un modo actual. Y en segundo lugar, porque lo que las normas jurídicas tratan de que sea *regular* es el ejercicio de la libertad de acción humana, es decir, la actividad de una *causa libera* que precisamente por ser así, en principio no está determinada a activarse ni a operar luego de un modo necesario precisamente en el sentido querido por las normas y que *debe ser* conforme a estas, sino que puede hacerlo en distintas direcciones con otros tantos sentidos diferentes, y por consiguiente también en alguno contrario al que debe ser conforme a la norma¹³⁹. Ahora bien, a diferencia también de las leyes naturales, que inexorablemente se imponen por sí mismas por medio de la causalidad necesaria, las normas jurídicas no pueden hacerlo así del mismo modo porque con ellas no puede aspirarse más que a *motivar* a la voluntad, en tanto que *causa libera*, a que cumpla con sus mandatos y prohibiciones, pero una pretensión de motivar a una *causa libera* por medio del establecimiento de deberes dirigidos a personas responsables¹⁴⁰ no tiene por sí sola la fuerza causal idónea y necesaria para lograrla y para que así se imponga la norma realmente¹⁴¹. Por esta razón, para tratar de que las normas jurídicas se impongan realmente no queda otra alternativa que establecer algún otro dispositivo de fuerza sustitutivo de la causalidad necesaria, y tal dispositivo no puede consistir en otro que en la conminación de irrogar un mal a quienes no cumplan las prohibiciones y los mandatos y, en su caso, en la

bles y absolutamente excluyentes de otros posibles que también habrían podido ser dados al orden como pueden y podrán ser dados en un momento actual o en uno futuro; véase KELSEN (1979: pp. 31 s.); WELZEL, (1971: pp. 251 ss., 266); JAKOBS (2000: pp. 38 ss.); GRACIA MARTÍN (2004a: pp. 6 s.); EL MISMO (2005b: p. 43); por ejemplo, sobre las variaciones históricas en el reconocimiento o negación de la condición de bienes jurídicos a sustratos materiales de la vida, véase la amplia exposición de WÜRTEMBERGER (1959: pp. 67 ss.), y ya antes EL MISMO (1933: pp. 1 ss.); asimismo OEHLER (1950: *passim*); y CEREZO MIR (2004: pp. 17 ss.), donde explica con detalle y ejemplos cómo la determinación y selección de bienes jurídicos (y, en su caso, su protección penal), dependen de las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en cada época. Sobre la necesidad de una ordenación de las relaciones recíprocas entre los hombres y de su vida en común, como determinación conceptual *a priori* derivada de la idea del Derecho, véase RADBRUCH (2003: p. 38).

¹³⁹ Cfr. de nuevo la cita de KANT *supra* en nota 130.

¹⁴⁰ Véanse las citas de WELZEL, JAKOBS y de mí mismo *supra* en nota 138.

¹⁴¹ Pues como advertiera HOBBS (Leviatán 17: p. 153), y es un hecho confirmado por la experiencia, las leyes son contrarias a las pasiones naturales de los hombres y, por ello, “no proporcionan la seguridad de su observancia por el solo hecho de que se las conozca”, porque “los hombres, cuando ven que de la violación de las leyes van a obtener un bien mayor o un mal menor que de su observancia, las violan sin dificultad” (HOBBS, Ciudadano V 1: p. 50). Por otro lado, observaba HOBBS, el que actúa contra las leyes lo hace a menudo, por una parte por motivos diversos que pueden verse incluso como “normales”, y así por ejemplo por un defecto de razonamiento, por presumir falsos principios, por la influencia de falsos maestros y por inferencias erróneas deducidas de principios verdaderos, y por otra parte impulsados por enfermedades consubstanciales a la naturaleza del hombre, como el odio, la lujuria, la ambición o la codicia (Leviatán 27: pp. 254-256). Además, dice HOBBS, habría que tener en cuenta que también se da el caso de que algunos actúan contra las leyes por mera debilidad humana aunque deseen cumplirlas (Ciudadano XIV 18: p. 130) y que “todos los hombres eligen por necesidad natural lo que aparece como bueno para ellos” (Ciudadano VI 3: p. 57).

aplicación y ejecución reales de dicho mal coactivamente a todo el que no las cumpla, cuando ello resulte necesario hacerlo¹⁴². A los actos coactivos que son consecuencia de una *infracción* y por medio de los cuales se trata primero de compensarla y luego de reforzar la motivación de la voluntad en tanto que *causa libera* en la dirección de no cometer nuevas infracciones en el futuro los define la Ciencia jurídica categorialmente como *sanciones* en sentido estricto¹⁴³. El Derecho crea y establece sanciones en un tercer nivel normativo superpuesto al de las normas de determinación, que está constituido por las denominadas con toda precisión *normas de sanción*¹⁴⁴. El concepto de sanción es *categorial*. Conceptualmente toda sanción es un *castigo*, es decir, consiste en la irrogación de un *mal* doloroso y afflictivo al individuo a quien se le aplica, y que se aplica solo a él *porque* solo y exclusivamente él, y no otro, ha cometido una infracción jurídica. Por supuesto que la mera comisión de una infracción por un individuo no basta para justificar y legitimar la aplicación de una sanción a él, porque una sanción solo puede ser enlazada a una infracción mediante el puente de la *culpabilidad* del mismo sujeto que la cometió. Pero de esto me ocuparé luego. Ahora basta con dejar claro y enfatizar que solamente pueden ser y son sanciones, y solo deben poder ser denominadas así propiamente, aquellas medidas que sean consecuencias jurídicas de un supuesto de hecho constitutivo de una infracción y solo de este. Y como una infracción solo puede cometerse mediante la acción u omisión de un individuo determinado, entonces solo deben poder conceptuarse sin excepción como sanciones en sentido estricto aquellas medidas que se apliquen solo y exclusivamente al autor de la infracción, el cual será necesariamente un individuo, y nunca la persona jurídica de la cual es su substrato real. Por supuesto que la comisión de una infracción jurídica por un individuo determinado puede dar lugar a que determinados hechos

¹⁴² Véase JAKOBS (1996: pp. 27 s.). Para garantizar la seguridad —dice HOBBS (Ciudadano VI 3: p. 57)— no basta con el pacto de observancia de las leyes, pues dado que “todos conocen la maldad de la condición humana y se sabe por una sobrada experiencia lo poco que los hombres cumplen sus obligaciones en virtud de sus promesas si se suprime el castigo”, y dado que “todos los hombres eligen por necesidad natural lo que *aparece como bueno para ellos*”, de ahí tiene que resultar que “hay que velar por la seguridad no con *pactos* sino con *castigos*”, y que sólo se habrá garantizado aquélla de un modo suficiente “cuando toda injuria tenga castigos tales que claramente resulte peor haberla hecho que no”, y por esto “toda ley civil lleva anexo un castigo”, porque “una ley que se pueda violar impunemente es inútil” (HOBBS, Ciudadano XIV 8: p. 126).

¹⁴³ Como dice MENDONCA (2000: p. 89): “ante todo, es necesario distinguir, en este contexto, dos sentidos conexos de ‘sancionar’: por un lado, el término ‘sancionar’ se halla asociado a la acción de prever o establecer un castigo en una disposición de carácter general, pero, por otro lado, ‘sancionar’ se vincula a la acción de aplicar un castigo mediante una decisión de carácter individual”.

¹⁴⁴ Para el caso específico de la sanción penal, pero que resulta idéntico con respecto a cualquier sanción, véase por ejemplo RUDOLPHI (1984: pp. 70 s.): “fin inmediato de la conminación penal, de la imposición y de la ejecución de la pena, es decir, de la *norma de sanción* y de su *realización* por los órganos de persecución penal es, pues, *estabilizar* o meramente *imponer* las prohibiciones y los mandatos de acción como pauta vinculante de la conducta humana”; SCHNEIDER (2011: pp. 37 y 76), las normas de sanción disponen consecuencias jurídicas que se llaman “sanciones” y que están previstas “para determinadas infracciones de deberes de *conducta*”; véase también AST (2010: pp. 10 ss.): “las normas de sanción tienen en su base siempre normas de conducta”.

que sean parte del supuesto de hecho de la infracción o que estén relacionados con este sean imputados jurídicamente por distintas razones a su propia persona e incluso a otra persona de otro individuo distinto del que ha cometido la infracción, pero las consecuencias jurídicas que resulten de tal imputación —por ejemplo una obligación de indemnizar— ya no son ni podrían ser propiamente sanciones¹⁴⁵, y la Ciencia jurídica en tanto que diferenciadora y clasificatoria de la materia jurídica debe rechazar de plano a toda pretensión de hacerlas valer como sanciones solo denominándolas así de un modo arbitrario y lesivo del orden taxonómico conceptual y del código de nomenclatura del Derecho.

4. Conforme a lo explicado, por *infracción jurídica* solo puede entenderse, y solo puede llamarse propiamente así, al quebranto de una norma jurídica reguladora de la conducta humana en tanto que *causa libera*¹⁴⁶. Por consiguiente, el concepto categorial de infracción se define necesariamente como el quebranto o la violación de una *norma de determinación*.

a) No pueden ser conceptuados en absoluto como infracciones por sí mismos y solos ni una sola situación o estado contrarios a una norma de valoración o de distribución susceptibles de imputación jurídica, pues estas en cuanto tales, como ya vimos, no regulan la conducta de ningún individuo determinado, y su lesión en virtud de la producción de un estado contrario al deber ser impersonal que resulta de ellas se da y es afirmada con total abstracción de la conducta del individuo que lo haya causado¹⁴⁷. Es más, una lesión jurídicamente relevante de una norma de valoración, es decir: susceptible de imputación jurídica y desencadenante de la consecuencia jurídica que corresponda a la imputación —que no será en ningún caso una sanción—, se da y se afirma igualmente respecto de hechos que ni siquiera los ha causado un individuo determinado, sino la naturaleza o un animal¹⁴⁸. Y por supuesto un estado de contrariedad a una norma de valoración causado por un individuo determinado a consecuencia de la infracción que ha cometido solo él con su propia acción, puede ser imputado jurídicamente a una persona distinta de ese individuo causante e infractor, pero en este caso debe tenerse claro: 1) que aquella persona no ha cometido y ni siquiera habría podido cometer esa infracción ni ninguna otra por la simple razón de que, como ya vimos, ninguna persona tiene capacidad de acción ni es destinataria de normas de determinación; 2) que tampoco el individuo que encarna el substrato de esa persona ha cometido aquella infracción cuyo resultado contrario a una norma de valoración se le imputa a su persona; y 3) que por lo ya explicado detalladamente, lo único que se le puede imputar y se le

¹⁴⁵ Véase GRACIA MARTÍN (1996a: pp. 46 ss.); y EL MISMO (2016d: pp. 169 ss. y 180 ss.), con referencias; y en relación con las sanciones administrativas, véase HUERGO (2007: pp. 378 s. y 398 s.).

¹⁴⁶ Véase KELSEN (1995: p. 63): “una definición jurídica del acto violatorio tiene que basarse exclusivamente en la noción de norma jurídica”.

¹⁴⁷ Cfr. *supra* II.1 y 3, y con mayor extensión y detalle, véase GRACIA MARTÍN (2016e [en prensa]: epígrafe IV. 7 y 8).

¹⁴⁸ Véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 88 ss.).

imputa a esa persona es el efecto o resultado contrario a la norma de valoración causado por la conducta del infractor, pero de ningún modo le puede ser imputada ni se le imputa la acción constitutiva de la infracción cometida. Y es que de todo cuanto ya se ha explicado aquí tiene que resultar por sí mismo que ningún supuesto de hecho constitutivo de una infracción es susceptible de imputación jurídica, por la simple razón de que la voluntad psicológica de un individuo, en tanto que *causa libera* de la infracción, ni siquiera forma parte de su propia personalidad jurídica precisamente porque por su carácter personalísimo esa voluntad es intransferible a ningún otro ser, ya sea este uno real, como lo sería otro individuo, o uno ficticio como lo son todas las personas jurídicas de toda especie, es decir, también las físicas. Y es que, como dice Kelsen, todos están *obligados solo y exclusivamente* sin excepción alguna a una conducta *propia* conforme a Derecho, y nadie lo está ni puede estarlo por la conducta de otro¹⁴⁹, y por esto tan inconcebible sería una infracción consistente en el incumplimiento de un deber de otro por un individuo distinto que actúa en su lugar, como que la infracción cometida por un individuo determinado, que solo puede ser pensada como incumplimiento de un deber suyo propio, pueda ser vista como una cometida por otro individuo distinto y ni siquiera contemplarse como una imputada a su persona jurídica y mucho menos a él como individuo.

b) Cuestión completamente diferente de la anterior es que de la imputación a una *persona* determinada del estado contrario a una norma de valoración resultante de la comisión de una infracción por un individuo determinado, la cual podrá ser tanto la propia persona de este como la de otro individuo distinto, derive a continuación —como no podría ser de otro modo— un deber de acción, y más concretamente un deber de realización de los efectos o de las consecuencias jurídicas que una norma jurídica asocia al hecho objetivo imputado a la persona, por ejemplo un deber de indemnizar por el daño causado a consecuencia de la infracción del deber anterior de evitar su causación. Pero ese nuevo deber que ahora tiene por objeto el cumplimiento de las consecuencias jurídicas del hecho objetivo imputado a una persona determinada, será ya un deber de acción solo del *individuo* que encarna al sustrato de esa persona, en cuyo caso el incumplimiento de tal deber por ese individuo que está obligado a cumplirlo personalmente ya será otra *infracción* que podrá desencadenar una sanción para él. Y así se pueden pensar sucesivamente todas las hipótesis que queramos hasta el infinito, pero siempre sucederá invariablemente lo mismo en todas ellas: se imputarán solo hechos o estados objetivos a una *persona* determinada —normalmente hechos contrarios a normas de valoración— independientemente de sus nexos causales y teleológicos (psicológicos), y luego el deber de realizar

¹⁴⁹ Véase KELSEN (1979: p. 135): “uno está obligado con respecto a una determinada conducta, a saber, siempre y solamente, la conducta *propia*; no puede obligarse uno por la conducta de otro”; además véase EL MISMO (1995: p. 80).

los efectos y las consecuencias que la norma asocia al hecho imputado a la persona en cuestión será uno personalísimo de acción para el individuo que encarna el substrato real de aquella, de tal modo que este y solo este podrá cumplir o incumplir ese deber personalísimo, cometer así una infracción y provocar la aplicación a él y solo a él de una sanción como consecuencia jurídica¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Véase para el caso de la persona Estado, pero lo mismo e idéntico cabe decir para cualquier especie de persona, incluida la física, KELSEN (1979: p. 163): “Solo se atribuye a la comunidad jurídica (*sc.* a la *persona*) aquella conducta a que se refiere el concepto de capacidad jurídica, *excluyendo el de capacidad delictual*”, y en el caso de los órganos del Estado (véase KELSEN [1923: p. 535 s.]), cuando estos no cumplen con su deber personal impuesto por el derecho disciplinario, y no realizan así el deber de la persona Estado, dejan de representar a éste, y sus actos antijurídicos no son imputables al Estado; a mayor abundamiento véase KELSEN (1979, pp. 169 ss.), donde critica a la teoría dominante en su tiempo, según la cual el representante legal de un incapaz no sería sujeto de las obligaciones que tienen que cumplirse con el patrimonio de éste, porque si esto fuera así, entonces habría que reconocer la existencia de obligaciones sin sujeto, toda vez que, por un lado, el incapaz no podría ser sujeto de la obligación precisamente porque sujeto de una obligación solamente puede ser uno con capacidad de cumplirla o de incumplirla él mismo mediante una acción suya propia, pero por otro lado el representante tampoco sería sujeto de esa obligación (pp. 169 s.); por esto KELSEN postula que el representante legal tiene una obligación personal consistente en realizar efectivamente solo el contenido de la obligación del incapaz, y por lo tanto una distinta de esta que el representante legal debe cumplir en interés del incapaz sobre cuyo patrimonio recaerá la consecuencia del incumplimiento de su propia obligación personal por el representante legal, pero por esto mismo la responsabilidad del representante por el incumplimiento de esa obligación personal suya ya no será patrimonial — porque responsable patrimonial será únicamente el incapaz— sino *personal* por incumplimiento de su propia obligación (169 ss.). Y lo mismo sucede con respecto a los deberes del Estado de un modo análogo, pues al respecto hay que distinguir entre las normas que le atribuyen deberes al Estado (a la persona), y las normas que les imponen a los individuos que actúan como órganos de aquel un deber *personal* de realizar los objetos o contenidos de los deberes del Estado, las cuales son las normas del Derecho disciplinario; véase KELSEN (1923: pp. 527 ss.). De este modo, “la norma disciplinaria es la que con su subjetivación significa el deber jurídico del órgano” (KELSEN [1923: p. 527]), pues en relación con la norma que establece el deber del Estado, el órgano no tiene voluntad ni es persona, ya que en ella solo está presente la voluntad del Estado y solo este es contemplado como persona en cuanto sujeto de la imputación, pero el órgano sí es persona en relación con la norma que le impone el deber de cumplir el deber del Estado (véase KELSEN (1923: pp. 528 ss.). Ahora bien, puesto que la acción del órgano se abstrae y elimina totalmente de la imputación al Estado, es completamente falso afirmar que el Estado “quiere” a través de sus órganos (KELSEN [1923: p. 529]). Pero precisamente en virtud de esta diferenciación, cuando el órgano no cumple con el deber de su cargo e incumple así el deber del Estado, su incumplimiento, el hecho antijurídico, solo le es imputable a él y no al Estado, pues en tal caso el órgano ya no es punto de transición en el proceso de imputación al Estado, sino que es punto final de la imputación a él mismo (KELSEN [1923: pp. 529 s.]). En definitiva, afirma KELSEN (1923: p. 529), “si el órgano infringe esta norma jurídica que estatuye su deber propio del cargo, así se efectúan las consecuencias jurídicas disciplinarias, y justo en ese momento su conducta ya no puede ser imputada al Estado, sino que tiene que ser imputada a él mismo, a la persona del órgano”, por la simple razón de que “el órgano que actúa de modo contrario al deber de su cargo ya no es punto de transición, sino punto final de la imputación jurídica”. Y si se tiene en cuenta que “representación legal y organicidad son conceptos emparentados” (KELSEN [1979: pp. 172 y 187], y EL MISMO [1923: pp. 707 ss.]), entonces se comprenderá bien que de un modo paralelo a como sucede en la relación existente entre el Estado y sus órganos, también en la representación hay que distinguir entre las obligaciones del representado, que el representante tiene que cumplir sin ser suyas, y las propias del representante que le obligan a cumplir las del representado para este, y que así el cumplimiento de las obligaciones del representado por el representante se imputa al representado (KELSEN [1923: pp. 707 s.]); pero debería quedar totalmente claro que “desde el punto de vista físico y psicológico orientado al mundo del ser, el acto del representante es únicamente *suyo*, y no del representado”, porque entre el órgano del Estado y el organismo no media ninguna conexión física ni psíquica, y así como desde el punto de vista físico y psíquico el acto del órgano es exclusivamente suyo, desde el punto de vista de la imputación jurídica se considera que el acto es imputable al Estado (KELSEN [1923: p. 709]); véase en el mismo sentido FERRARA (2006: p. 622): “estos instrumentos y órganos de la

c) En definitiva, y esto es lo que importa ahora, solamente pueden cometer infracciones los *individuos* humanos por medio de una acción u omisión que solo son concebibles respectivamente como actualización o no actualización de la capacidad de acción (*causa libera*) de que solo ellos están dotados; es absolutamente inconcebible que la *persona física cause* ella misma en cuanto tal persona los hechos que le pueden ser imputados jurídicamente, y aún lo es más que ella pueda realizar infracciones, de modo que ya solo tener que decir semejante evidencia debería resultar tan enojoso como tendría que resultar irritante escuchar o leer que la persona física tiene capacidad de acción y que sus acciones concretas consisten en los hechos objetivos que meramente se le imputan jurídicamente, o como se dice todavía con una mayor osadía, que esas acciones de la persona sean y consistan en la voluntad del individuo que encarna su substrato real imputada a ella como una voluntad propia de ella. Y si esto es así en el caso de la persona física, afirmar lo mismo respecto de la persona jurídica en sentido técnico, es decir, la que tiene como substrato real a una agrupación u organización de individuos, representa un desafuero contra el Derecho y la Ciencia jurídica de unas proporciones y dimensiones de magnitud inconmensurable tanto absoluta como relativamente.

5. El Derecho es ciertamente “construcción” de supuestos de hecho y de conceptos jurídicos, pero no se puede llevar a cabo ninguna construcción jurídica a partir de algo absolutamente inexistente en la realidad, pues a parte de que esto sea contrario a la razón, sobre todo es también políticamente muy peligroso operar con conceptos y discursos contruidos solo a partir de un imaginario completamente vacío de contenidos empíricos¹⁵¹. Si como se ha demostrado, la acción de un indi-

persona jurídica son al fin hombres, y no se puede desconocer que el acto ilícito cometido por ellos es un acto personal suyo, aun cuando las consecuencias recaigan en la persona jurídica; tan verdad es que del mismo delito surge una doble responsabilidad, no solo de la *universitas* para con los terceros, sino también del órgano para con la *universitas*”.

¹⁵¹ Pues como dice ZAFFARONI (2002: p. 387), cuando en el Derecho no se respetan los límites ónticos, los conceptos que se construyen así resultan perversos porque no son mas que invenciones de “lo que en el mundo no existe”, y porque “al inventar el mundo lo único que se puede obtener es una coherencia interna del discurso, pero nunca se sabrá cuál es su función y, por lo tanto, no podrá ser dotado de intencionalidad (teleológica), o sea saber *a dónde va políticamente*”; por lo demás, como advierte ZAFFARONI (*loc. cit.*, pp. 386 ss.), la necesidad de respetar datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen en la realidad social los objetivos político-criminales en función de los cuales se construye el concepto jurídico, porque representaría “una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad” (p. 386) —o afirmando la presencia de datos inexistentes—, y porque así se “caería en la ilusión o en la alucinación”, y esto “equivaldría a inventar el mundo mismo” y a operar así con “un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, *al servicio de cualquier objetivo político*” (p. 387). Sobre los peligros de extensión ilimitada de los conceptos jurídicos en virtud de su arbitraria construcción al margen de la analogía, véase PHILIPPS (2005: pp. 91 ss.). Y en concreto sobre los peligros del constructivismo y funcionalismo sistémicos, véase además ZAFFARONI (2002: p. 476), donde advierte que “la transferencia sin límites del concepto de rol de una disciplina descriptiva a una normativa es metodológicamente incorrecta y *políticamente peligrosa*”; y a mayor abundamiento, sobre la gran amenaza de aniquilación del Estado de Derecho que representa el funcionalismo sistémico, véase ZAFFARONI (2002: pp. 346 ss., y en particular p. 350), donde advierte que “se trata de un discurso que lleva la ficción de modernidad realizada hasta el límite de lo antimoderno, llegando a ser *antiilustrado*”.

viduo no puede ser nunca una acción de su *persona*, porque aquella ni siquiera se le imputa a esta ni se le puede imputar, con mayor razón deberá negarse la capacidad de acción a la persona jurídica cuyo substrato real está configurado por una agrupación u organización de individuos, pues en el seno de esta, por lo ya explicado, los únicos que pueden realizar y realizan la conducta infractora, como no puede ni podría ser de otro modo, son exclusivamente los individuos que actúan como órganos suyos en representación de todos los demás que configuran la organización y pertenecen a ella, pero precisamente las acciones individuales de aquellos no se imputan ni se le pueden imputar a la persona jurídica —igual que tampoco a la física se le imputan las acciones del individuo que encarna su substrato real—, por lo que toda imputación a la persona jurídica de las acciones de los individuos que actúan como órganos y representantes suyos es absolutamente baldía y superflua por ser de todos modos y en cualquier caso absolutamente innecesaria, y por ser así contraria al principio de economía conceptual¹⁵². La persona jurídica es incapaz de

¹⁵² Sobre este principio, véase SCHÜNEMANN (1971: pp. 26 y 36 nota 163): economía conceptual significa que “el sistema conceptual no debe mostrar elementos superfluos”, y un caso flagrante de violación del principio de economía conceptual lo representa y lo provoca precisamente la doctrina que pretende imputar a la persona jurídica la acción del individuo con todos sus elementos objetivos y subjetivos, y hasta la culpabilidad misma de aquel, como postulan entre otros por ejemplo, en la doctrina alemana TIEDEMANN (1988: pp. 1172 s.); BRENDER (1989: pp. 57 s.); SCHROTH (1993: pp. 184 ss.); EHRHARDT (1994: pp. 81 ss., 179 ss.); y con numerosas referencias doctrinales, ROGALL (2014: § 30 nm. 8 y 88); y en la española CUELLO CONTRERAS (2013: *passim*), quien ya en el resumen de p. 1 dice que “el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica introducido en España hace de la acción delictiva del representante o empleado no debidamente controlado por el representante, *el hecho delictivo que se imputará a la persona jurídica*”, y que “la acción de la persona física *es el substrato* de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, afirmaciones en las que insiste a lo largo de todo el artículo y que constituyen el argumento y el hilo conductor de este; muy clara y explícitamente Díez Ripollés (2012a: pp. 9 s., 14 ss.), en cuya opinión, el modelo correcto a seguir es el que “*imputa* a la sociedad, como hecho delictivo propio, el ejecutado materialmente por sus representantes o empleados” (p. 9 en relación con lo que dice en p. 7), el cual no es otro que “el hecho injusto cometido por sus representantes, administradores o empleados, esto es, el tipo objetivo y subjetivo, la antijuridicidad y la graduación de lo injusto genérico en ellos concurrentes” (p. 14), y sobre todo ZUGALDÍA (2013: pp. 74 ss.) con muy graves contradicciones al hacer al mismo tiempo afirmaciones incompatibles entre sí como estas: 1) que al modelo del hecho de referencia o del hecho de conexión se lo puede considerar como uno “de *transferencia* de responsabilidad” (o de responsabilidad por contaminación) de la persona física a la jurídica” (p. 75 en relación con lo que ha afirmado en p. 74); y sin embargo 2) que la responsabilidad de la persona jurídica sería “*autónoma y directa*”, y por eso estaríamos ante una “*autorresponsabilidad* de la persona jurídica” (p. 75); y finalmente 3) ahora volviendo a recuperar la afirmación 1 contradictoria con 2: que la responsabilidad *autónoma* o *autorresponsabilidad* de la persona jurídica resulta de una *imputación* de absolutamente todo lo que ha realizado la persona física (pp. 76 ss.), desde la acción externa, el resultado y la imputación objetiva (pp. 79 ss.), hasta el dolo o la imprudencia (pp. 89 ss.); sobre las graves contradicciones que suponen afirmaciones tan absolutamente incompatibles entre sí como estas, véase GÓMEZ-JARA (2016b: pp. 135 ss. y nota 24 de p. 135, y p. 137) donde expone las afirmaciones de ZUGALDÍA junto a otras similares de otros autores (p. 135 nota 24), y advierte críticamente con razón sobre su imposible “armonización con la declarada autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la homóloga de la persona física” (p. 137). La imputación de la acción de la persona física a la jurídica no solo resulta contraria a los principios y reglas de la imputación jurídica, sino que de acuerdo con estos es además completamente superflua y contraria al principio de economía conceptual, y esto no puede estar más claro en la regulación de la estrambóticamente llamada responsabilidad penal de la persona jurídica que hacen los arts. 31 *bis* ss. CP. En efecto, pues según lo dispuesto en el art. 31 *ter* CP, aquella responsabilidad es exigible en todo caso “aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada”, y como esto significa que en tal caso no se sabe ni puede saberse ni siquiera si se ha

cometido realmente el delito, de aquí resulta que para responsabilizar a la persona jurídica, según aquella disposición, es ya completamente suficiente con la comprobación de que se ha producido un *resultado* coincidente con el de un delito, si bien solo en *apariencia*, pues si no se conoce ni se sabe quién ni con qué acción habrá podido causar tal estado de cosas, obviamente tampoco podrá haber certeza de que ese resultado sea precisamente el realmente correspondiente a aquel tipo delictivo; así pues, no puede estar más claro que para fundamentar en tal caso aquella responsabilidad de la persona jurídica, absolutamente todos los elementos subjetivos de lo injusto e incluso el curso causal son completamente irrelevantes, y así no estamos ante nada más que una figura de la imputación jurídica en el sentido que se viene explicando y que no tiene absolutamente nada que ver con el Derecho penal ni con ningún otro Derecho sancionador. Pero entonces, de todo esto resulta también que toda consideración y debate acerca de si el llamado hecho de conexión —el cometido por la persona física— tiene que ser uno doloso o imprudente, si el autor tiene que ser además culpable, etc., tienen que ser absolutamente superfluos e inútiles, dado que si la persona jurídica deber ser responsabilizada en todo caso también aunque no conste quien ha sido el autor del hecho, y por esto sin que consten el dolo, la culpa y la culpabilidad de ese hipotético autor, esto significa que estos elementos son completamente irrelevantes y superfluos para *fundamentar* la responsabilidad de la persona jurídica; sobre esto véase GÓMEZ-JARA [2016b: p. 137], donde advierte con razón que “si, en principio, no hace falta siquiera identificar a la persona física concreta que actuó para declarar responsable penalmente a la persona jurídica, resulta difícilmente concebible que pueda predicarse que una persona física actuó dolosa o imprudentemente sin haberla siquiera identificado”. Es lo mismo que si en un sistema de responsabilidad objetiva se exigiera dolo o culpa, siendo así que estos elementos son absolutamente superfluos para aquella. Y es que se diga lo que se diga, la responsabilidad del art. 31 *bis* es una tan inequívocamente objetiva que negarlo me parece algo así como una grosera irritación de las reglas de la lógica formal y de la material. Por cierto, no me parecen asumibles las interpretaciones de FEIJÓO (2015: pp. 80 y 81) según las cuales, por un lado, el delito cometido por la persona física formaría parte del que él denomina “delito corporativo” (el que según él cometería la persona jurídica) pero solo como su *presupuesto* y no como su *fundamento* (p. 80), y que ello no obstante el Código penal establecería la pena de multa en proporción a la gravedad del hecho delictivo *cometido* por la persona física (p. 81). Estos dos enunciados son, a mi juicio, contradictorios y excluyentes entre sí, pues por un lado, si el delito de la persona física es solo presupuesto y no fundamento, así será cierto que *no* podrá ser elemento del supuesto de hecho de la responsabilidad de la persona jurídica, pero no será menos cierto que si la multa tuviera que ser proporcional a aquel delito de la persona física que está fuera del supuesto de hecho que la *fundamenta*, esto sí que exigiría que el hecho de conexión fuera elemento del supuesto de hecho, y es obvio que las dos cosas a la vez no pueden ser; sobre la necesaria correspondencia entre los elementos del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en lo que respecta tanto al fundamento como a la medida de esta, *cf.* ENGISCH (2010: pp. 50, 52, 69 s., 79 s., 119 s.); HENKEL (1968: 115 ss.); LARENZ (1979: pp. 234 s.); ESCUCHURI (2004: pp. 6 ss.); y GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 39 s.); EL MISMO (2016d: pp. 169 s.); y EL MISMO (2016e [*en prensa*]: epígrafe I.5). Por supuesto que no paso por alto que FEIJÓO no se refiere al hecho histórico concreto cometido realmente por la persona física (véase FEIJÓO [2015: p. 41]), sino al delito abstractamente definido por la ley con su marco penal abstracto diferenciado del de otros e indicativo de la gravedad del delito *en abstracto*. Pero aún así la contradicción no desaparece ni es resoluble. Pues en tal caso lo que ya no podrá negarse es que al menos el delito en abstracto, con su gravedad, sí deberá formar parte del supuesto de hecho si es que aquel debe ser un factor de proporcionalidad para la determinación de la multa, pero cual sea ese delito en abstracto solo podrá conocerse a partir del *hecho concreto* cometido por la persona física incluso en los casos en que solo se puede probar la realización de un hecho externo coincidente con el resultado descrito por un tipo penal. Sin embargo, el que la gravedad abstracta del delito cometido por la persona física pueda influir en la gravedad de la consecuencia que se aplique a la persona jurídica tiene una explicación completamente diferente a la dada por FEIJÓO, de que se trataría de una proporcionalidad similar a la existente entre delito y pena, la cual es sin duda más plausible y absolutamente libre de contradicciones, y precisamente el mismo FEIJÓO nos proporciona la base de esa explicación más plausible que la suya. En efecto, como bien advierte (véase FEIJÓO [2015: pp. 76 s.]), “carecen de relevancia aquellos defectos en materia de cumplimiento *desvinculados* del delito cometido por la persona física”, y por esto, “el órgano judicial solo ha de tener en cuenta los aspectos de cumplimiento relacionados con el hecho concreto”. Pero esto, que sin duda es lo correcto, lo que significa es que lo que fundamenta el supuesto de hecho de la responsabilidad de la persona jurídica es su estado de peligrosidad objetiva a causa de unos *determinados* defectos de cumplimiento, y que esa peligrosidad se concreta en el pronóstico de la posible o probable realización en el futuro de nuevos delitos, pero no de cualesquiera, sino solo de la misma clase o especie que el ya cometido a causa precisamente de unos defectos de cumplimiento *específicos* que propician la comisión de esa clase de delitos y no de otra clase distinta; y esto en definitiva

acción sea cual sea el concepto de acción que se sustente entre los dos únicos concebibles y posibles a partir de una comprensión racional de las cosas existentes y de los fenómenos que tienen lugar en el mundo real: el causal o el final¹⁵³, porque ambos requieren como mínimo de un acto de la *voluntad* en tanto que *causa libera*, es decir, la realización de un movimiento corporal generado a partir de una sinapsis neuronal e impulsado por una orden cerebral que evidentemente no pueden tener lugar en la persona jurídica¹⁵⁴. Ni siquiera en el caso de la persona física es ella la

lo que significa es que aquí estamos en la lógica de la proporcionalidad de las medidas preventivas de peligros futuros, que pueden ser penales o policiales, y no en la lógica de la relación delito-pena, pues el referente de aquella proporcionalidad no es la gravedad del delito cometido, sino el grado de peligrosidad y la *gravedad de los delitos (en abstracto)* cuya comisión cabe esperar en el *futuro*. Esto explica, pues, plausiblemente que uno de los factores de proporcionalidad para la determinación de la gravedad de la multa sea la gravedad del delito *en abstracto* a cuyo tipo corresponda el hecho histórico concreto realizado por su autor, pero como queda explicado, no en tanto que hecho *pasado* —pues esto está descartado porque el hecho de conexión no forma parte del supuesto de hecho—, sino en cuanto clase o especie de delito de previsible comisión en el futuro; sobre estos términos de proporcionalidad, en relación con las medidas de seguridad penales, pero que también deberán ser los mismos en el caso de las policiales, véase GRACIA MARTÍN (2006a: pp. 460 ss.), con referencias doctrinales.

¹⁵³ Pues todos los demás conceptos de acción que se han propuesto, sin excepción alguna, no son más que o bien variantes no sustanciales de los conceptos causal y final, o bien, como sucede con toda la maraña de los conceptos sociales, constructos normativos a los que meramente se los denomina acción arbitrariamente, pero que en absoluto pueden ser conceptuados como acción; véase en este sentido por ejemplo, GIMBERNAT (1990: pp. 209 ss.); CERZO MIR (2006: pp. 43 ss.); ZAFFARONI (2002: pp. 408 ss. y 413 ss.).

¹⁵⁴ Así BLAUTH (1968: p. 15); ERHARDT (1994: p. 42 nota 1); ZAFFARONI (2002: pp. 427 s.); GRACIA MARTÍN (1985: pp. 9 ss.); EL MISMO (1994b: pp. 17 s.); EL MISMO (1996a: pp. 40 ss., 65, 67 s.); ROXIN (2006: p. 262); LUZÓN PEÑA (2016: pp. 130 ss., 145 ss.). Por esto, es insostenible la pretensión de GÓMEZ TOMILLO (2015: pp. 65 ss.), de hacer pasar como acción propia de la persona jurídica, con base en el concepto personal de acción de ROXIN, a “una manifestación de la personalidad del ente colectivo” (p. 67). Pues en primer lugar, el concepto de ROXIN es una variante normativa del concepto causal de acción que no prescinde del impulso de la voluntad que caracteriza a este, pues como deja bien claro el mismo ROXIN (2006: p. 256 n° 44), con el concepto de “manifestación de la personalidad” se hace referencia a “lo que puede atribuirse a un *ser humano* como centro *ánimico-espiritual* de la acción”, y por eso todas las “manifestaciones que no son dominadas o dominables por la *voluntad* y la *conciencia* no pueden ser caracterizadas como manifestación de la personalidad ni ser imputadas a la esfera *ánimico-espiritual* de la ‘persona’”; y lo mismo sucede aún más claramente con el concepto de acción próximo al de ROXIN, y sustentado por LUZÓN PEÑA (2016: pp. 130 ss.), como “manifestación activa o pasiva de *voluntad*”, y no simplemente de la personalidad, al cual LUZÓN mismo lo entiende y presenta como uno que “coincide substancialmente con algunas de las últimas versiones del concepto causal de acción” (p. 133). Pero es que, en segundo lugar, en la expresión “manifestación de la personalidad del ente” que utiliza GÓMEZ TOMILLO, no puede verse más que una formación absolutamente arbitraria de un mero agregado de palabras vacío de todo contenido porque el mismo no remite a nada existente en la realidad empírica. Pues es evidente que esa “personalidad” que GÓMEZ TOMILLO afirma que “manifestaría el ente”, no puede ser —esto sería aún más inconcebible— la personalidad “jurídica”, sino algo muy distinto como es la personalidad “colectiva” o “social”, que como dice RECASENS (2008: p. 259, 260, 264 y 275 ss.), es un concepto de la ontología social cuyo estudio compete a la Sociología y que no tiene absolutamente nada que ver con una acción. Por otra parte, el concepto de manifestación de la personalidad es uno que confunde el efecto con su causa, pues aquella manifestación no es sino el efecto de la *acción* del sujeto, y esto significa que la acción es precisamente el vehículo que la personalidad del sujeto utiliza como *medio* para manifestarse y por lo tanto la *causa* que produce como efecto una forma concreta de manifestación de la personalidad. Por esto, ninguna manifestación de la personalidad es ni puede ser la *acción* misma, pues la acción es el *prius* lógico de aquella y para que tenga lugar una manifestación de la personalidad de un sujeto, este tiene que ser *capaz de acción*. Toda acción de un sujeto capaz de ella es una manifestación de su personalidad porque esta es efecto de aquella, y por lo tanto, definir a la acción como manifestación de la personalidad es una tautología que no dice absolutamente nada más que lo evidente. Y en el caso de la persona jurídica, como su sustrato puramente

que tiene capacidad de acción, sino que la tiene única y exclusivamente el substrato real de ella constituido por un individuo. Y si esto es así, quien pretenda y se proponga encontrar una capacidad de acción y de infringir normas jurídicas en la persona jurídica, tendrá que buscarla forzosamente únicamente en su substrato real de carácter meramente sociológico (una comunidad de individuos), pero antes de afirmar que la ha encontrado tendrá que demostrar con todo rigor que entre el modo y la manera de funcionar ese substrato sociológico y el modo y la manera como actúa el substrato de la persona individual existe una semejanza en un grado suficiente como para poder ver en aquél una capacidad de acción *análoga* a la del individuo, y esto no es posible en absoluto. Si el substrato sociológico de una persona jurídica está constituido por una pluralidad de individuos, su capacidad de acción tendría que consistir en la posibilidad de realización de una actividad —por ejemplo la alteración de la firma de un documento— *conjuntamente* al mismo tiempo por la totalidad de los individuos pertenecientes a la organización, es decir, en la forma de una “acción colectiva” que tendría que tener por fuerza su punto de arranque en una “conciencia” asimismo “colectiva” y luego realizarse por medio de una “voluntad colectiva”. Pero a parte de que ya sea inconcebible e imposible que esto pudiera tener lugar materialmente en el plano de la realidad física, pues es inimaginable que cientos o miles de individuos a la vez puedan sostener y mover una misma y única pluma estilográfica y trazar entre todos la única y misma firma autógrafa conjunta de todos con la que se altera la genuina del documento, aunque imagináramos un hecho tan disparatado como este, con él no estaríamos más que ante la realización *conjunta* de una acción por una pluralidad de *individuos*, y por lo tanto, nada más que ante una *coautoría* de *individuos*¹⁵⁵, y además esto no cambiaría en nada la regla de que tal acción conjunta tampoco resultaría imputada ni

sociológico (ontológico) carece absolutamente de capacidad de acción, es evidente que ella misma no puede manifestar su personalidad “social” más que por medio de las acciones de los individuos que actúan en su lugar (así RECASENS [2008: pp. 276 s.]), y evidentemente no *por ella misma*, con lo cual, a diferencia de la personalidad anímico espiritual del ser humano, que se manifiesta por medio de acciones propias de él mismo, la personalidad “social” de la persona jurídica en cuanto sustrato empírico (sociológico) de esta, como dice RECASENS (2008: pp. 278 s.), aunque no sea completamente coincidente con su personalidad “jurídica”, sí es *análoga* porque igual que esta también se configura como “centro común de *imputación* de conductas realizadas por sujetos de carne y hueso”, y por esto, ahora ya conforme a mi propia concepción apoyada en el pensamiento de RECASENS, toda manifestación de esa personalidad social de la persona jurídica no es más que un resultado reflejo de la suma de las acciones individuales de los sujetos físicos que actúan en su lugar, y no la exteriorización de una inconcebible acción de ella misma. De este modo, entre una manifestación de la personalidad anímico-espiritual con sustancia antropológica de un ser humano, provocada por él mismo mediante la exteriorización de una acción suya propia, y una de la personalidad social de la persona jurídica, de sustancia exclusivamente sociológica, provocada por medio del único modo que resulta posible como es la exteriorización de las acciones de sujetos individuales distintos a ella —las personas físicas que actúan en su lugar—, no puede haber ni una mínima correspondencia que permita establecer ni en lo más remoto una analogía que a su vez permita contemplar como una “acción” propia de la persona jurídica a ninguna manifestación de su personalidad social, y que autorice a llamarla así, porque esto lo prohíben las reglas de la lógica formal y material, y dado que también el lenguaje es analógico, también lo desautorizan las reglas y los principios del habla conforme a la razón.

¹⁵⁵ Véase en este sentido FEIJÓO (2015: pp. 64 s.).

podría imputarse a la persona jurídica cuyo substrato real son todos esos individuos juntos. Pero más allá de esto, que ya por sí mismo se muestra como algo fantasmagórico y hasta risible, pretender construir un concepto de “acción colectiva”, como quiere y cree poder hacer por ejemplo Artaza Varela¹⁵⁶, no puede calificarse más

¹⁵⁶ Véase ARTAZA VARELA (2013: pp. 225 ss., 293 ss.), quien define al substrato de la persona jurídica —concretamente a la empresa como conjunto de individuos— como un “sujeto colectivo” que en contraposición al *yo* individual sería un *nosotros* que actuaría colectivamente y así realizaría acciones colectivas. Sin embargo, y a parte de lo que se dice en la nota siguiente por medio de una cita de FERRARA, un sujeto colectivo no es ningún ente con existencia real, pues como dice RECASENS (2008: p. 268) “la colectividad no es una realidad sustantiva, con conducta propia” y por lo tanto conceptualmente no existe más que una pluralidad de individuos. Resulta sorprendente que se llame “acción colectiva”, como hace ARTAZA (pp. 227 s.), no a una conducta que al menos debería ser realizada conjuntamente entre *todos* los individuos de una comunidad para que todos pudieran afirmar que una tal acción es de “nosotros” —porque el que no haya participado y además podría estar en contra de su realización, seguro que se autoexcluirá del nosotros y dirá que tal acción es de los “otros” y solo de “ellos”—, sino a cualquier acción *individual* —porque como no podría ser de otro modo ese enigmático sujeto colectivo que representa un nosotros solo puede actuar y actúa realmente “a través de sus integrantes”— solo porque dicha acción es contemplada en su “dimensión colectiva”, es decir, como “manifestación de ese sujeto colectivo”, y no en su “dimensión individual”. Pero de esta manera, todo lo que queda son acciones individuales, las cuales desde luego pueden tener una doble dimensión individual o colectiva según como las contemplemos. Pero que las acciones individuales pueden tener esas dos dimensiones ya se sabe desde hace mucho tiempo en distintos campos del conocimiento y es evidente. Lo que ocurre es que a nadie que ha tratado y trata de esas dos dimensiones *en el campo del Derecho y de la Ciencia jurídica* se le había ocurrido conceptualizar a una acción individual con dimensión colectiva como acción colectiva ni llamarla así en ningún plano que no sea el de las metáforas. Pues como advierte RECASENS (2008: pp. 276 s. y 278 s.), en una “organización —que no constituye un ser substancial— hay un destino colectivo propio; hay unos fines comunes; hay unas funciones sociales congruentes; y hay *unas conductas referidas al ente y no a los sujetos individuales*” pero quienes realizan esas conductas referidas al ente —por lo tanto las acciones con dimensión colectiva— son siempre esos sujetos individuales “influidos por las representaciones que se han formado del ente colectivo y yo diría, además” —así lo escribe el mismo RECASENS— “influidos por las formas de vida humana objetivada colectiva” (p. 278), y de este modo “cuando un hombre actúa como directivo o como miembro de una institución, *esa conducta* se practica no como algo individual, sino como una *función del grupo*, y se atribuye a este, y crea una responsabilidad para este, y ello es así porque la organización del grupo consiste precisamente en ese proceso de atribución o imputación unificada de las *varias conductas* (individuales) que lo integran, no a sus respectivos sujetos, sino al grupo como grupo” (p. 279). A mayor abundamiento, si bien es cierto que en la Criminología se habla normalmente —y ello no es en absoluto objetable desde ningún punto de vista— de “delito de grupo”, “delito de agrupación”, “delito colectivo” el objeto real al que se refieren tales expresiones y otras similares no es en modo alguno como pudiera pensarse a primera vista ninguna supuesta “acción colectiva”, sino que solo se trata de expresiones para designar a los delitos y por lo tanto a las acciones delictivas *individuales* que realizan los individuos que actúan en interés del grupo y para el grupo, es decir, para designar a esas acciones *individuales* con dimensión colectiva o grupal, pero es evidente que una acción colectiva de un ente es simplemente inconcebible realmente y más inconcebible aún sería que algo inexistente pudiera ser jurídicamente relevante; sobre aquellas realidades criminológicas designadas con aquellos nombres, véase por ejemplo, en la doctrina más antigua BUSCH (1933: pp. 96 ss.), quien afirma que toda acción de una agrupación es acción de hombres individuales (p. 96); R. SCHMITT (1958: pp. 132 ss.), quien observa que no puede hablarse de una criminalidad de agrupación en un sentido jurídico, sino sólo en sentido sociológico de una criminalidad individual en el seno de agrupaciones (p. 132), que para que un delito pueda ser visto como delito de agrupación es necesario que el hecho punible *individual* se realice en el ámbito de actividad de la agrupación (p. 133), y finalmente afirma que la criminalidad de agrupación es un concepto solo sociológico que se entiende en este sentido como “la suma de delitos individuales que se cometen por el autor en el ámbito de la agrupación, en interés de ésta y utilizando el poder de la misma, siempre que dichos delitos no caigan fuera del marco de la agrupación” (p. 137); en el mismo sentido véase SEILER (1967: pp. 119 s.), quien define como delito de agrupación al que es cometido por un autor individual en interés de la agrupación y por esto habla de “criminalidad individual en el ámbito de la agrupación” (p. 119), y de un modo casi idéntico literalmente a R. SCHMITT, define como criminalidad de agrupación, en un

que como una tentativa absolutamente tan irreal y estrambótica como la de explicar a la persona jurídica como un sujeto “colectivo” *real*¹⁵⁷ que estaría dotado nada

sentido solo estrictamente *sociológico* y evidentemente no en uno jurídico, como "la suma de todos los delitos individuales que se cometen en el ámbito de una agrupación, con utilización del poder de la agrupación y en interés de la agrupación de personas, con tal que esos delitos no caigan fuera del marco de la actividad de la agrupación" (p. 120); y en la doctrina más moderna, véase sobre todo JÄGER (1985: pp. 24 s.), quien observa que "la característica del delito colectivo no consiste en que el *individuo* se implica mecánicamente, sin motivo y de modo imparcial en un suceso colectivo, sino en que *la conducta individual* está determinada por motivos referidos al grupo en lugar de por motivos primarios referidos al hecho"; véase también SCHÜNEMANN (1979: pp. 13 s.). Por otra parte, debo dejar constancia de que mi rechazo de un concepto de acción colectiva, no significa ni siquiera remotamente ni que por un lado desconozca la existencia de una realidad evidente y claramente perceptible y describible configurada por una multitud de elementos estrictamente colectivos impersonales —o si se quiere decir así: sociológico sistémicos— que ejercen una considerable influencia motivadora en la adopción de resoluciones de voluntad de los individuos inmersos en una organización y que se designan con tantos diferentes nombres sin que estos modifiquen la esencia del objeto designado con todos ellos, como cuando se habla de realidades sociológicas evidentes que se describen por ejemplo como “defectos de organización” (así por ej. TIEDEMANN [1988: pp. 1172 ss.] y EL MISMO [2014: pp. 164 ss. n° 375 ss.]), como “defectos estructurales” (así por ej. FELJÓO [2015: pp. 67 ss.]), como “espíritu normativo de la agrupación” (así por ej. ya BUSCH [1933: pp. 113 ss.] y BRENDER (1989: pp. 14 y 125 s.)), como “actitud criminal de la agrupación” (así por ej. SCHÜNEMANN [1979: pp. 22, 26 s.]), o como “disposición criminal de la agrupación” (así por ej. MARXEN [1988: p. 280]), etc.; ni significa tampoco que no considere que tales realidades colectivas tienen una indudable relevancia jurídica, porque sí la tienen, y en una medida considerable, pero en el lugar que les corresponde en el sistema *dogmáticamente*. Lo que yo solo niego —pero esto radical y apodícticamente— es que a esas realidades colectivas jurídicamente relevantes se las quiera configurar como objetos de conceptos jurídicos categoriales bien definidos que en absoluto les corresponden y que no pueden asimilarlas, como son los de acción, injusto penal (personal) y culpabilidad. Pues lo que quiere describirse y se describe como “injusto de organización”, “injusto estructural”, “injusto sistémico”, etc., son aspectos de una realidad existente y perceptible, y además jurídicamente relevante, e incluso podría decirse que tales denominaciones pueden aceptarse en principio como correctas en tanto que corresponden a tales realidades jurídicamente relevantes que el Derecho no puede ignorar. Ahora bien, tan evidente como esto debería ser que los conceptos que se designan con aquellos nombres no son ni pueden ser conceptos jurídicos *categoriales*. Aquí el concepto categorial supremo es el de “injusto” sin más, y a su vez este se subdivide en dos clases como son las de lo “injusto objetivo”, que es el propio y específico de la lesión de las normas de valoración, y de lo “injusto personal”, que es el propio y específico de la infracción de normas de determinación, y aun cuando estas dos clases de lo injusto sean conceptos subalternos y subordinados al categorial superior de lo “injusto”, a su vez cada una de ellas en sí misma considerada tiene también rango categorial. Sin embargo, conceptos como aquellos de injusto de organización, estructural o sistémico, no especifican nada más que las *causas* concretas que generan el hecho o el estado “injusto”, pero estas causas en modo alguno determinan la “clase” de injusto —si objetivo o personal— a la que corresponde el hecho o el estado generados por ellas, y por lo tanto aquellos conceptos solo especifican aspectos *accidentales* y no substanciales de lo injusto, y por esto no son categoriales; categoriales son los conceptos de injusto objetivo y de injusto personal, y como entre uno y otro no hay ningún tercero diferente, porque todo injusto o es objetivo o es personal, entonces la cuestión decisiva es a cuál de estas dos clases categoriales de lo injusto se han de adscribir aquellos injustos de organización, estructurales o sistémicos, una cuestión respecto de la que con base en todo lo que se está explicando aquí, no parece que pueda resolverse en otro sentido que en el de que tales especies de injusto no pueden ser clasificadas ni remotamente en la categoría de lo injusto personal porque su esencia no es otra que la propia de lo injusto objetivo propio de la lesión de normas de valoración; véase al respecto solo GRACIA MARTÍN (1996a: pp. 42 ss. y 63 ss.).

¹⁵⁷ Pues como ya dijo FERRARA (2006: pp. 146, 160 y 161 y 252 ss.): “toda asociación resulta de determinados individuos y no tiene existencia alguna fuera de su vida”, de modo que “no se trata de personas colectivas, sino de *colectividad de personas*” (p. 161), y entonces la afirmación de la existencia de una “persona colectiva” real no puede verse más que como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho” (p. 146) que sólo “tiene un valor pictórico artístico” (p. 160), pues no se puede “sostener una cierta unidad evanescente del grupo”, porque esta es una “unidad de nuestro pensamiento, no de la sustancia del agregado humano” (p. 253), y presentando a este como una unidad conceptual, “por este camino no se llega a ninguna

menos que de una propia conciencia colectiva¹⁵⁸ y de una propia voluntad colectiva¹⁵⁹, y así de la capacidad de realizar acciones colectivas propias, y por esto ningún resultado de aquella tentativa puede ser comprendido como “acción” de ningún modo que se lo mire e interprete¹⁶⁰, y esto por cierto no solo en los ordenes jurídicos sancionadores de cualquier especie, sino en ningún ámbito jurídico no sancionador independientemente de que en los de esta clase sean absolutamente irrelevantes y no interesen para nada el concepto de acción ni el de culpabilidad. De todo esto resulta que si la persona jurídica —exactamente igual que la física— no puede realizar ni realiza infracciones, y si además ni siquiera se le imputa la cometida por el individuo que actúa en su lugar, porque lo único que se le puede imputar es el *resultado* causado por este, pero no su conducta, que permanece fuera y al margen de la imputación¹⁶¹, entonces y solo por esto, es obvio que ninguna consecuencia jurídica que se aplique a una persona jurídica puede tener el carácter ni la naturaleza de sanción, y menos aún la de una consecuencia de carácter *penal*.

6. Como se ha dicho, las sanciones son los dispositivos coactivos por medio de los cuales se trata de imponer a las normas jurídicas en razón de que estas carecen de la capacidad de imponerse por sí mismas en el modo en que lo hacen las leyes físico naturales. Las normas jurídicas no pueden imponerse, y sería absurdo tratar de imponerlas a las fuerzas naturales que se activan y operan de modo necesario conforme a la leyes cósmicas¹⁶². Las normas jurídicas, según lo ya explicado de un

parte” (pp. 253 s.).

¹⁵⁸ Como advierte RECASENS (2008: pp. 276 y 278), no se puede “suponer gratuita y fantasmagóricamente una conciencia colectiva como algo real, en sentido propio y estricto, pues es notorio que no existe; tal conciencia colectiva es solo una arbitraria imaginación, mera palabrería romántica” (p. 276), y solo “ante una visión torpe y superficial podría acaso parecer que es el ente mismo quien actúa con una vida independiente y llega incluso a engendrar nuevas entidades por su propia cuenta, pero no es esto lo que pasa en realidad, lo que ocurre es que quienes actúan son única y exclusivamente los hombres individuales, influidos por las representaciones que se han formado del ente colectivo” (p. 278).

¹⁵⁹ Véase la extensa, severa y demoleadora crítica de la teoría organicista de la “voluntad colectiva” como voluntad del Estado, que hace KELSEN (1923: pp. 162 ss., y p. 698); y además JAKOBS (2002: p. 567), donde dice que “en todo caso, la voluntad común, *per se*, no puede delinquir, pues primero debe pasar por *la cabeza del órgano*” —es decir, en todo caso por la de un *individuo*— “para mover su mano”.

¹⁶⁰ Pues el concepto de acción presupone necesariamente una voluntad, y el de acción colectiva tendría que presuponer una “voluntad colectiva” que real y empíricamente es absolutamente inexistente y no se puede inventar. Por esto, aunque la comparto en su resultado, no me parece sólida la crítica de FEIJÓO (2015: pp. 63 ss.) al insostenible concepto de “acción colectiva” formulado por ARTAZA VARELA, pues en su argumentación parece dar a entender que sí habría algún concepto de acción colectiva real, y solo considera que el mismo sería *insuficiente* para fundamentar lo injusto de la persona jurídica, ya que para FEIJÓO (p. 63) el delito “corporativo” —otro término que solo debe entenderse como una metáfora de un concepto asimismo absolutamente irreal y ficticio— consiste en “algo más que (en) una *acción conjunta o colectiva*”, y por otro lado afirma que “el sujeto colectivo es, por definición, un conjunto de individuos que *actúan* como *colectivo*”.

¹⁶¹ Además de todo lo ya expuesto en ese sentido, véase ahora en sentido similar, JAKOBS (2002: pp. 562 s.), quien advierte que lo que se imputa a la persona jurídica es sólo “la consecuencia jurídica”, como sucede por ejemplo en el caso del trabajo, en que lo único que se imputa al empresario es “la propiedad” (consecuencia jurídica) de la cosa elaborada por los trabajadores (y obviamente no las acciones de estos por medio de las cuales han elaborado la cosa).

¹⁶² Véase por todos CEREZO MIR (1998: pp. 128 y 155): “el Derecho no puede prohibir la simple causa-

modo suficientemente claro y detallado, solo tienen su razón de ser y se explican por la existencia de una *causa libera* como la voluntad humana que tiene la capacidad de cumplir o de incumplir sus contenidos de deber ser. Por lo tanto la tentativa de imposición de las normas jurídicas solo es concebible y posible respecto de la voluntad humana que ellas mismas regulan en tanto que *causa libera*. Y si las sanciones son los dispositivos coactivos por medio de los cuales se piensa como posible la imposición de las normas jurídicas a la voluntad en tanto que *causa libera*, entonces resulta ocioso decir que el concepto de sanción solo puede y debe comprender a dispositivos coactivos solo aplicables a una voluntad humana *cuando y porque* esta ha infringido la norma en el modo ya explicado. Porque sería completamente absurdo pretender “sancionar” (castigar) a las fuerzas de la naturaleza o a los animales por lo que han causado y es sentido y valorado como una lesión objetiva indeseable que pese a que no se pudo ni se podía haber hecho nada para evitarla, sin embargo, es contemplada y sentida como una injusticia que no debiera haber tenido lugar ni haber sido, como hizo el Rey persa Jerjes cuando, según relato de Herodoto, mandó flagelar (penar) con 300 azotes a una parte del mar de Dardanelos en el Helesponto porque por medio de la acción de un temporal habría sido el culpable de la destrucción del puente que había mandado construir para paso de sus ejércitos¹⁶³. Por idénticas razones sería igualmente absurdo pretender sancionar a meros estados de cosas o situaciones de hecho por mucho que ellos mismos representen un peligro de que sean aprovechados para la comisión de infracciones o de que simplemente la propicien y favorezcan, como por ejemplo pretender sancionar a una agrupación u organización de individuos por su estado defectuoso propiciatorio de la comisión de infracciones por los individuos que la constituyen y obran en su seno. Por esto, tendría que verse como insana por razones de higiene conceptual la construcción de un concepto de sanción que incluyera a una sola medida que no consista en la aplicación de un dispositivo coactivo directamente a la *voluntad* de un individuo en tanto que *causa libera* que este ha activado y actualizado en una dirección y con un sentido contrarios al deber ser de la norma y que así ha infringido a esta. Si las sanciones jurídicas son instrumentos de imposición de las normas jurídicas en primer término a la voluntad que las ha infringido en tanto que *causa libera*, tendría que ser evidente que conceptualmente, y además de modo categorial, solo pueden ser y llamarse sanciones a las medidas que supongan una intervención directa e inmediata en esa voluntad y que se le aplican a esta voluntad solo y precisamente *porque ya ha infringido una norma*, y no por otro motivo, como sería el caso si la intervención se debiera a una necesidad de evitar una probable infracción o el resultado de esta que, sin embargo, aún no ha tenido lugar realmente. De esto y de todo cuanto ya se ha explicado razonadamente

ción de resultados”.

¹⁶³ Véase SCHÜNEMANN (2014a: pp. 2 s.).

hasta aquí, tendrían ya que resultar como evidencias que hasta debería producir enojo el tener que describirlas y expresarlas: 1) que solo pueden ser y son sanciones y solo pueden denominarse propiamente así las consecuencias jurídicas que tengan su causa en una infracción; 2) que solo pueden ser y son sanciones y pueden denominarse propiamente así a las medidas consistentes en una intervención directa en la voluntad del individuo que ha cometido la infracción; y 3) que de toda y cualquier sanción sin excepción —y sobre esto huelga dar más explicaciones— no puede ser sujeto *nada* ni *nadie* más que el individuo humano, y además solo y exclusivamente el que haya cometido la infracción desencadenante de la sanción y ningún otro, y que por esto es inconcebible que pueda ser sujeto de una sanción la *persona*; esta, como veremos, podrá ser ciertamente *objeto* de alguna otra consecuencia jurídica derivada de la infracción cometida por el individuo que encarna su substrato e incluso de la cometida por otro individuo distinto al suyo cuyas consecuencias le sean imputadas, pero lo que ninguna persona de ninguna especie puede ser nunca es sujeto de una *sanción* ya por la mera y simple razón de que tampoco puede serlo de la infracción que constituye su presupuesto necesario. En el caso de la persona física, el sujeto sancionado es única y exclusivamente el individuo de carne y hueso que encarna el substrato real de su persona, pero de ningún modo lo es ni podría serlo su misma persona¹⁶⁴.

2. La antijuridicidad de la infracción como presupuesto de la culpabilidad y de la sanción

1. Para poder imponer una sanción es necesaria la previa comisión de una infracción, y si esto se prueba efectivamente, entonces la consecuencia jurídica aplicable a su autor solo podrá ser una sanción¹⁶⁵. En todo caso, en última instancia podrá renunciarse a la aplicación de la sanción o aplicar una distinta a la típica establecida por la ley para la infracción cometida, pero en ambos casos la renuncia y la sustitución se refieren a una consecuencia jurídica cuya naturaleza no es otra que la de una sanción, y en el segundo caso, además, la sanción solo puede ser sustituida por otra sanción, porque si lo fuera por otra consecuencia de naturaleza distinta, ya no se trataría de una sustitución, sino de una auténtica renuncia a la sanción¹⁶⁶. No obstante, si bien la comisión de una infracción es condición necesaria, esta por sí sola no es suficiente para poder aplicar una sanción. Una infracción solo puede enlazarse con su sanción correspondiente en virtud y al final del paso completo de

¹⁶⁴ Véase SCHÜNEMANN (2001c: p. 655); en general contra la distinción sistémica de individuo y persona, véase en el mismo sentido GARCÍA AMADO, en DOXA nº 23 (2000), p. 255: “al individuo no se le castigaría por ser como es, sino por ser visto como el sistema lo ve, puesto que, en buena lógica sistémica, el sistema no puede verlo como realmente es”.

¹⁶⁵ Cfr. *supra* la cita de ROXIN en este sentido en nota 122.

¹⁶⁶ Sobre las figuras de la suspensión de la ejecución y de la sustitución de la pena, véase GRACIA MARTÍN/ALASTUEY (2006: pp. 291 ss. y 327 ss.); y para la regulación de ambas en el CP tras la reforma de este por la LO 1/2015, véase GRACIA MARTÍN/ALASTUEY (2016: pp. 145 ss.)

ella por dos estadios normativos posteriores y sucesivos que tendrán que añadirle otras condiciones adicionales absolutamente necesarias para que pueda llegar a enlazarse con su sanción. El primero de esos estadios es el filtro de la *antijuridicidad*. Solo la infracción que lo pase y salga de él como antijurídica estará en condiciones de poder iniciar el paso por el segundo constituido por la *culpabilidad*, y solo la infracción antijurídica que logre pasar este segundo filtro y salga de él además como culpable estará en condiciones de poder ser enlazada a su sanción, y aún así no siempre necesariamente, pues por distintos motivos podría renunciarse a esa sanción o aplicar otra distinta de la inicialmente prevista.

2. La infracción de una norma puede no ser antijurídica en el caso concreto a pesar de que el hecho sea antinormativo en razón de su contrariedad a una norma general —prohibición o mandato— abstractamente formulada. Una infracción puede ser conforme a Derecho en el caso concreto, es decir, conforme con el deber ser jurídico resultante de la totalidad del ordenamiento jurídico *porque* otras normas distintas de la infringida daban cobertura y amparaban al hecho antinormativo concreto como justificado y por esto otorgaban al individuo que realizó la infracción un permiso o autorización que le habilitaban jurídicamente para realizar el hecho constitutivo de una infracción de una norma general abstractamente formulada. El objeto específico de tales normas permisivas son circunstancias objetivas en virtud de las cuales el hecho antinormativo definido como infracción se valora no obstante como justificado y, por esto, como conforme a Derecho. La concurrencia de causas de justificación no elimina del hecho ni excluye su condición de ser contrario a una norma, es decir, no niegan ni excluyen la infracción realizada con ese hecho en circunstancias que lo justifican, pero a la infracción concreta la hacen conforme a Derecho, y de este modo impiden no solo que pueda llegarse a la sanción con que está conminada la realización de ese hecho de modo general, sino que también impiden ya antes que el hecho y su autor sean pasados por el filtro de la culpabilidad. Las causas de exclusión de la antijuridicidad son causas de conformidad con el deber ser jurídico y lo mismo que la infracción se basan asimismo en juicios de valor que dan lugar a normas de valoración y de distribución y los contenidos de estas se convierten a su vez en contenidos de normas de determinación, pero ahora de sentido opuesto al de las que hacen meramente que un hecho contrario a ellas sea constitutivo de una infracción. También en este plano de esas normas de valoración —y esto es lo que interesa aquí— se opera en principio con la imputación a *personas* y así con la atribución de derechos e incluso con la imposición de deberes solo y exclusivamente a los *individuos* que encarnan los substratos de tales personas, los cuales solo podrán ser realizados y cumplidos respectivamente por tales individuos mediante el ejercicio real de su capacidad de acción¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Sobre este esquema de la categoría de la antijuridicidad, de las causas de justificación y de las relaciones entre estas y las infracciones (sc. los *tipos* de las infracciones), véase en general CEREZO MIR (1998:

pp. 81 ss., y especialmente pp. 189 ss.). Y en detalle véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 262 ss.). Infracción es el quebranto de una norma, pero en primera instancia las normas jurídicas —las prohibiciones y los mandatos— se piensan y se formulan de un modo general y abstracto para su realización efectiva en un curso del acontecer pensado idealmente en abstracto como desenvolvimiento “normal” del orden social, y por esto en esta primera instancia solo se han tenido en cuenta determinadas circunstancias y se han excluido otras para la fundamentación, primero de las correspondientes normas de valoración y de distribución, y después para la formulación de sus respectivas normas de determinación. En tal primera instancia en concreto no se han tenido en cuenta ya circunstancias objetivas que puedan irrumpir de súbito y perturben los cursos normales del acontecer en el orden social —por ej. una catástrofe natural— y que hagan así *necesaria* la realización de una acción generalmente prohibida para resolver la situación anómala con la reposición así del acontecer en el curso normal que *debe ser*; y tampoco se han tenido en cuenta circunstancias asimismo objetivas que ciertamente están presentes de modo permanente en el desenvolvimiento de los cursos normales del acontecer social, es decir, que eran previsibles y se contaba con ellas, pero que hacen que sea necesaria la realización de una acción generalmente prohibida precisamente para que el acontecer en el orden social se mantenga y curse en el modo normal que *debe ser*, como sucede por ejemplo con la circunstancia objetiva de la existencia de una relación jerárquica entre dos individuos, la cual puede hacer que para que el inferior pueda cumplir su deber de obediencia y así realizar el contenido de la orden del superior que debe ser, tenga que realizar una acción contraria a una norma general. Como es evidente que situaciones como las ahora descritas tienen que resolverse conforme a la idea del Derecho de un modo justo e igual en todos los casos semejantes, para posibilitar la solución conforme a Derecho tendrán que formularse de nuevo normas de valoración y de distribución en un nivel superpuesto al de las primeras y básicas normas de valoración y de distribución y a consecuencia de esto tendrán que llevarse a cabo los ajustes que procedan en las prohibiciones y mandatos que derivan de aquellas primeras normas de valoración. El objeto de estas segundas normas de valoración y de distribución en este nuevo nivel son en primer término precisamente las indicadas circunstancias adicionales respecto a las que fueron objeto de las normas de valoración primeras y básicas y el significado de tales circunstancias adicionales. El significado de estas que las hace jurídicamente relevantes no es otro que el de que tales circunstancias adicionales plantean una situación de conflicto que tiene que resolverse conforme a la idea del Derecho de un modo justo e igual en todas las situaciones semejantes en que aparecen tales circunstancias junto a las que constituyen los objetos de las primeras y básicas normas de valoración y distribución. Y lo que tiene que resolverse de tal modo conforme a la idea del Derecho es en qué situaciones concretas de conflicto tiene que prevalecer el deber ser correspondiente a las normas de valoración y de distribución primarias y básicas pensado como regular para la generalidad de situaciones del acontecer social, y en qué situaciones concretas de conflicto, por el contrario, el deber ser regular y general tiene que quedar en suspenso momentáneamente y dejar paso a la realización en ellas de hechos contrarios a él *porque* en razón del significado y del valor de las circunstancias adicionales concurrentes, y solo empero excepcionalmente en esas situaciones concretas, un hecho contrario al que debe ser regularmente y en general se muestra y es valorado como *más justo* que este, y por esto, es el que tiene que prevalecer y el que *debe ser* objetivamente en correspondencia con la idea del Derecho. Las normas de valoración y de distribución de que tratamos ahora resuelven conflictos relativos al deber ser jurídico, y como todas las normas de valoración establecen asimismo deberes objetivos impersonales cuyo contenido es el modo y el sentido en que tiene que resolverse el conflicto conforme a la idea del Derecho. Este contenido del deber ser referido a la solución de conflictos tiene que condicionar luego por fuerza a los deberes de acción que imponen las correspondientes normas de determinación derivadas de las primarias y básicas de valoración y superpuestas a estas. Y así, en concreto, los condicionan en el sentido de que, en aras de hacer posible la realización efectiva del deber ser correspondiente a la solución del conflicto conforme a la idea del Derecho, el deber abstracto de omisión o de acción que impone la norma de determinación con carácter general a todos los individuos, *in concreto* queda en suspenso y no obliga al *individuo concreto y determinado* a quien —porque se encuentra involucrado en ellas— le afectan las circunstancias en que se basan las normas de valoración y de distribución de bienes y de riesgos en situaciones conflictivas. De este modo, pues, la acción del individuo con la que este ha infringido en todo caso una norma en una situación de conflicto, y mediante la cual ha obrado no obstante de un modo totalmente conforme al deber ser jurídico, es una acción que se reconoce y valora como justificada, como conforme a Derecho, y por mucho que el individuo que la ha realizado haya cometido con ella una infracción de una norma, la autorización o el permiso que le habilitaban para realizarla en virtud de las circunstancias concurrentes, determinan absolutamente la exclusión de toda posibilidad de imponerle toda y cualquier sanción, y esto es lo que importa a los efectos de esta investigación. Pues de nuevo hay que volver al hilo conductor de esta, y dejar bien claro otra vez: 1) que solo el *individuo* y en ningún caso su *persona* realiza la acción justificada en las situaciones de

3. *La culpabilidad del autor de la infracción antijurídica como presupuesto de la sanción*

1. Si una infracción pasa el filtro de la antijuridicidad, con esto solo aún no puede aplicársele a su autor la sanción correspondiente. El enlace de la sanción a la infracción antijurídica solo podrá tener lugar si esta logra pasar el filtro de la *culpabilidad*. De acuerdo con la doctrina absolutamente mayoritaria en la Dogmática penal¹⁶⁸, y en un grado tal que de hecho roza la unanimidad¹⁶⁹, en todos los sectores del Derecho sancionador debe regir y rige el principio de culpabilidad, según el cual no puede ser legítima ninguna sanción sin culpabilidad del autor ni tampoco una que rebase la medida de aquella¹⁷⁰. La culpabilidad es, pues, un presupuesto

conflicto; 2) que por esto mismo, la sanción queda excluida en estas situaciones también solo y exclusivamente para el *individuo*, y obviamente no para su *persona* por la simple razón de que esta no podría ser destinataria de la misma ya ni siquiera en abstracto; 3) que esto es así porque si bien los deberes objetivos impersonales resultantes de las normas de valoración y de distribución en situaciones de conflicto se imputan como cualquier otro de aquella clase a una *persona*, sin embargo el derecho o el deber de realizar la conducta conforme a aquel deber (o derecho) lo tiene exclusivamente el *individuo* que encarna el substrato de esa persona, y solo él es quien realiza la acción justificada o, en su caso, la que no puede ser justificada por no ser conforme al deber ser correspondiente a la solución jurídica del conflicto; y 4) que si bien nada impide *imputar* jurídicamente el derecho o el deber objetivo impersonal de resolver un conflicto a la *persona* de un individuo distinto del que se encuentra inmediata y propiamente en la situación conflictiva —como sucede en los casos de legítima defensa de terceros y en los de auxilio necesario o de cumplimiento de un deber en interés de terceros— quien tendrá el derecho o el deber de realizar la acción justificada, y quien la realizará efectivamente, será siempre el *individuo* que encarna el substrato de aquella persona, y en ningún caso esta; sobre esto, véase GRACIA MARTÍN (1986: pp. 52 ss.).

¹⁶⁸ A diferencia de lo que ocurre en el que SCHÜNEMAN (2002b: p. 28) ha calificado con razón como “retraso en el desarrollo cultural del Derecho penal angloamericano y de su ciencia”.

¹⁶⁹ Sin embargo, recientemente propone una renuncia a la culpabilidad, estimando que no es forzosa la relación culpabilidad-pena, HÖRNLE (pp. 49 ss., 57 ss., 69 ss.), con referencias doctrinales que apuntan en el mismo sentido.

¹⁷⁰ Véase por ejemplo CEREZO MIR (1998: pp. 19 s.); y EL MISMO (2001: pp. 15 ss.). Sin embargo, el principio fundamental de culpabilidad es el que tal vez padezca el mayor número de quebrantos a causa de las cada vez más abundantes falsas definiciones de la culpabilidad o de construcciones absolutamente erróneas de unos conceptos de infracción que, a partir de una mezcla y confusión conceptuales de absolutamente todo, como se percibe claramente en la doctrina española del Derecho sancionador administrativo, hacen de la culpabilidad nada más y nada menos que un elemento constitutivo de la infracción en cuanto tal; véase en este sentido entre otros muchos, y por ejemplo, CANO CAMPOS (2009: pp. 85 s.): “la culpabilidad también constituye un concepto dogmático, uno de los elementos esenciales del concepto de infracción”; ALEJANDRO NIETO (2012: p. 426), quien afirma —¿acaso influido por KELSEN?— que un demente o un menor no son autores jurídicos porque “son incapaces de *infringir*”. Según KELSEN (1995: pp. 107 s.), el acto de un inimputable —por ejemplo el homicidio cometido por un lunático— “no constituye en absoluto una violación del derecho” ni es antijurídico, pero esto se debe a la particular concepción de KELSEN —que no suscribo— de que solo son antijurídicos aquellos actos a los que el ordenamiento enlaza —y les puede ser aplicada realmente— una sanción, y así no serán antijurídicos los actos de quienes no poseen las cualidades personales —como por ej. la imputabilidad— que la ley haya establecido como presupuesto de la sanción (p. 108). Esta concepción según la cual la capacidad de *infringir* requeriría la imputabilidad o la capacidad de culpabilidad, y partir de la cual —como se afirma habitualmente— la culpabilidad tendría que ser un elemento de la infracción misma o en todo caso un presupuesto necesario de la infracción, es absolutamente errónea por razones de lógica formal y de lógica material. Si la culpabilidad fuera un elemento de la infracción, nada de lo que realizaran los incapaces de culpabilidad podría ser una infracción, pero esto no es así, porque los inimputables también realizan acciones contrarias a las normas jurídicas y por lo tanto cometen infracciones —por esto se les pueden aplicar medidas de seguridad penales—, por lo que la culpabilidad no es ni puede ser un elemento de la infracción, sino un presupuesto de la sanción añadido a la

necesario de toda sanción añadido lógicamente a continuación de la antijuridicidad de la infracción¹⁷¹, y el vínculo necesario entre culpabilidad y sanción no puede ni debería tener excepción alguna por ninguna causa ni razón alguna¹⁷². Obviamente no es posible tratar aquí ni siquiera los aspectos básicos de un juicio y de un concepto tan extraordinariamente complejo y problemático como el de culpabilidad sobre el que se han hecho correr tantos y tan caudalosos ríos de tinta en tantos ámbitos del conocimiento y muy especialmente en la Ciencia del Derecho penal¹⁷³. Para los fines de esta investigación será suficiente con explicar algunos aspectos del concepto de culpabilidad que —al menos intuitivamente— son y se muestran hasta cierto punto como evidentes e interesan aquí sobre todos los demás, y con exponer a partir de ellos algunas razones de entre las muy abundantes que explican que no pueda legitimarse ninguna sanción de ninguna especie solo y exclusivamente porque el autor haya cometido personalmente una infracción antijurídicamente sin que se haya probado su culpabilidad por el hecho.

2. Sea cual sea la concepción o la teoría que se sustente sobre la culpabilidad, su concepto material o el de toda otra fórmula de las que se proponen como equivalentes ante los recelos que despierta aquel, es uno que ya desde el momento inicial en

infracción y que presupone precisamente la comisión y la existencia de esta. La capacidad de obrar culpablemente es una estratificada en capacidad de acción y en capacidad de culpabilidad en sentido estricto, y además necesariamente en ese orden lógico, porque por la misma naturaleza de la cosa, la primera es una condición necesaria de la segunda; así, por todos, véase ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 160 ss., y especialmente pp. 162 s.), quien distingue correctamente entre la capacidad de acción que fundamenta ya el “deber de acción o de omisión” para el sujeto dotado de ella, y la capacidad de culpabilidad como “capacidad para cumplir el deber”, que en BINDING estaban unificadas en su concepto de “capacidad de acción”. La capacidad de culpabilidad, sin embargo, es totalmente ajena al contenido de la norma jurídica de determinación, pues esta solo tiene en cuenta la capacidad de acción cuya actualización da lugar a su infracción. Por esto, la culpabilidad es un presupuesto de la sanción sistemáticamente *posterior* a la infracción de la norma, y así, lógicamente, ni la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), ni la culpabilidad *in concreto* (por ej. el obrar con conocimiento de la norma) son ni pueden ser contenido de la norma, y por ende tampoco pueden ser elementos constitutivos de la infracción; véase por todos con gran amplitud ARMIN KAUFMANN (1954: pp. 160 ss. y 194 ss.). Esto es así *porque*: 1) el *objeto* del juicio de reproche de la culpabilidad no es otro que la infracción realizada personalmente por un determinado sujeto (véase por ejemplo CEREZO MIR (2001: p. 16: “la acción típica y antijurídica es el *objeto* del juicio de reproche”; MIR PUIG (2015b: p. 149): “en cuanto imperativo *dirigido* a un *sujeto* ... la norma primaria solo puede ser infringida personalmente por dicho sujeto”; y en la doctrina alemana, véase JESCHECK/WEIGEND (1996: p. 426): “*objeto* del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico”; y 2) la previa comprobación de que lo que ha realizado el sujeto es precisamente una infracción, tiene que ser lógicamente un presupuesto necesario para poder hacerle también sujeto del *posterior* juicio de culpabilidad, porque el juicio de reproche solo puede dirigirse contra el sujeto de la infracción y contra nadie más en absoluto; véase MIR PUIG (2015b: p. 551: “para que el hecho penalmente antijurídico pueda ser imputado personalmente a su autor, es preciso que pueda afirmarse que el hecho constituye, además, la *infracción personal* de una norma primaria que dirija concretamente al sujeto su imperativo (norma de determinación)”. Que la culpabilidad no es elemento de la infracción es así hasta el punto de que en la Dogmática penal, BUSTOS/HORMAZÁBAL (2006: pp. 438 ss.), proponen —y con razón— reducir el concepto del delito a la “infracción penal” (acción típica y antijurídica), y remitir toda la culpabilidad a un nivel posterior de enjuiciamiento constituido por una “teoría del sujeto responsable”.

¹⁷¹ Véase por ejemplo CEREZO MIR (2001: pp. 16 ss.).

¹⁷² Así también GRECO (2015: pp. 508 ss.).

¹⁷³ Sobre el concepto material de la culpabilidad, véase en la doctrina española la exhaustiva y modélica investigación de MELENDO PARDOS (2002: *passim*).

que se piensa hasta el último en que se comprueba y verifica su presencia, remite siempre a un juicio, ya sea éste descriptivo o normativo, sobre un sujeto humano individual¹⁷⁴. Según la opinión dominante, el juicio de culpabilidad, en tanto que

¹⁷⁴ A la vista de que el concepto de culpabilidad basado en el poder actuar de otro modo ha sido sumamente cuestionado, y de que la doctrina crítica con dicho concepto ha recurrido a “otros” criterios para fundamentarla y explicarla, GÓMEZ-JARA (2005: pp. 83 s.), afirma y pretende hacer valer que la fundamentación de una culpabilidad de la persona jurídica —para él de la empresa— mediante el recurso también a “otros” argumentos distintos del poder actuar de otro modo no daría lugar ni a una vulneración del concepto penal de culpabilidad ni a la “invención” de un nuevo fundamento porque —según él— lo que de tal modo se estaría haciendo sería precisamente seguir “*el mismo camino* emprendido por numerosos autores respecto de la culpabilidad individual” (las cursivas y el paréntesis son míos). Pero esta afirmación de GÓMEZ-JARA no puede convencer, pues es evidente que la totalidad de los criterios alternativos al poder actuar de otro modo que proponen los penalistas críticos como reemplazo de éste en la base de la culpabilidad o en la de su equivalente como fundamento de la pena, son criterios que, ya sean descriptivos, ya sean valorativos, tienen en todo caso por objeto a alguna condición, facultad o propiedad exclusivamente *individuales* del ser humano sobre el que se formula el juicio, como por ejemplo, y sin que sea preciso abundar aquí con un prolijo listado de referencias, sucede con el criterio de la “motivabilidad” por la amenaza de la pena formulado por GIMBERNAT (1990: pp. 175 ss.), o con el de la “capacidad de motivación normal por las normas jurídicas”, de MIR PUIG (1994: pp. 85 ss.) y EL MISMO (2015a: pp. 557 ss.). Por esto, contra lo que pretende GÓMEZ-JARA, hay que decir que todo concepto de culpabilidad o de su equivalente como fundamento de la pena, que no remita *en todo caso* a un substrato humano individual, *sí* es uno completamente “inventado” y, por lo tanto, uno que *sí* vulnera el concepto penal de culpabilidad, o el de su equivalente incluso en el caso de que el criterio rector que lleve a la formulación de tal equivalente sea uno distinto y alternativo al poder actuar de otro modo (motivabilidad, capacidad de motivación normal, etc.). Por otra parte, GÓMEZ-JARA (2005, pp. 85 s.), quiere fundamentar el concepto de culpabilidad con argumentos vinculados a un entendimiento concreto de la “prevención general positiva”, y así fundamentar también la culpabilidad de la empresa por la “compatibilidad de la organización empresarial con dicho fundamento” (p. 86). Pero tampoco puede aceptarse como “culpabilidad” lo que así llega a formular y a “denominar” como tal GÓMEZ-JARA. Aunque resulta ciertamente muy difícil identificar cuál sea ese entendimiento concreto de la prevención general positiva del que dice derivar la “culpabilidad” de la empresa (véase la sucinta exposición que hace en [2005, pp. 296 ss.]), no hay motivo alguno para poner en duda que GÓMEZ-JARA tenga algún criterio en virtud del cual pueda establecer algún vínculo entre la “organización empresarial” y su concreto entendimiento de la “prevención general positiva”, pero sea cual sea dicho criterio, lo que sí puede y debe, al menos, ser puesto en duda —a mi juicio, debe negarse rotundamente— es que lo que GÓMEZ-JARA construye y quiere presentar como culpabilidad y con este mismo nombre sea un concepto cuyo substrato tenga la substancia de la “culpabilidad”. Ciertamente, los límites de este espacio hacen imposible toda argumentación detallada al respecto, pero para negarle todo carácter de “culpabilidad” a la cultura de infidelidad al Derecho resultante del ejercicio de una “libertad de organización de la empresa”, que GÓMEZ-JARA (lug. cit. pp. 278 ss.) presenta como el “equivalente funcional” de aquélla, y así como fundamento de la pena para la persona jurídica (la empresa), me parece suficiente la siguiente argumentación de carácter lógico-abstracto. GÓMEZ-JARA parte de la premisa de que el sujeto jurídico-penal sería en todo y en cualquier caso la “persona” comprensiva tanto de la jurídica como de la física, es decir, un sujeto con substrato carente de toda propiedad humana individual (del sistema psíquico) porque todas se han abstraído de él (lug. cit., pp. 219 ss.), y si esto es así, de aquí tiene que resultar que aquella libertad de organización ya no debe poder ser entendida más que como una abstracción asimismo desvinculada de toda propiedad humana individual. Pero entonces, debería estar claro que una libertad de organización como esta ya no puede presentarse como fundamento de ninguna culpabilidad ni tampoco de ningún “equivalente funcional” de ésta. De “equivalente” funcional se puede hablar solo respecto de un objeto que, cuando se lo coloca en el lugar de “otro distinto”, tiene la capacidad de producir el mismo efecto que éste, y por esto se trata en realidad de un “sustitutivo” funcional, mientras que sería absurdo y carecería de sentido establecer una “equivalencia” funcional entre dos concreciones singulares de un “mismo” objeto: así la firma electrónica es un equivalente funcional de la autógrafa, pero sería absurdo llamar equivalente funcional de una firma autógrafa estampada a bolígrafo a otra también autógrafa pero estampada a pluma estilográfica. Pues bien, si aquella abstracta libertad de organización se predica de la “persona”, tendrá que ser la “misma” para la persona jurídica y para la natural, pero entonces ya no puede presentarse como un dato de la persona jurídica que sea equivalente funcional de algún otro

reprochabilidad, tiene como objeto exclusivamente la infracción cometida por *el mismo* sujeto a quien se dirige el reproche (culpabilidad por el hecho)¹⁷⁵, e incluso las concepciones minoritarias que tienden a alejarse de un concepto estricto de culpabilidad por el hecho, no obstante vinculan el juicio de culpabilidad —y tal vez más acentuadamente— también a aspectos o características personales como por ejemplo el carácter, la forma de vida, etcétera, que se hallan presentes exclusivamente en el mismo individuo a quien se dirige el juicio y que no es ni puede ser otro que el que ha cometido la infracción él mismo¹⁷⁶. El dato relevante y decisivo que aquí interesa es que para todo concepto de culpabilidad tanto el objeto como las condiciones y razones del juicio se hallan presentes *en el mismo* sujeto a quien se dirige y solo en él¹⁷⁷. 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

distinto de la persona física, simplemente porque en el nivel de abstracción en que llega a formularse ese concepto de “libertad de organización”, este tienen que ser uno y el mismo para todo sujeto a quien se le atribuye, y así carece ya de todo fundamento y resulta totalmente absurdo diferenciar en tal nivel de abstracción entre dos objetos distintos con equivalencias funcionales. Dicho de otro modo: lo que hace GÓMEZ-JARA es vaciar completamente la culpabilidad de la persona física para así poder luego configurar un equivalente funcional para la persona jurídica, pero tal equivalente ya no puede serlo de la “culpabilidad” de la persona física, sino de lo que ha quedado de ésta después de haberlo vaciado. Pues si la pena se fundamenta en un concepto de imputación a la persona fundamentado en esa abstracta libertad de organización desvinculada de toda propiedad humana individual, entonces se destruye o se prescinde por completo del concepto de “culpabilidad” ya respecto de la persona natural (en sentido similar, véase sólo ROXIN [2006: p. 867 n° 35], quien dice sobre las concepciones de la culpabilidad fundadas en teorías sistémicas que: “así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad”), y resulta absurdo buscar un ya completamente innecesario e inútil equivalente funcional de la culpabilidad para la persona jurídica. Mas allá de esto, aún hay que decir que el concepto de “equivalente funcional” ni mucho menos remite siempre a una auténtica semejanza ni analogía de los términos que se completan como “equivalentes”. Cuando se dice que algo es un equivalente funcional de otro algo, para nada se dice con ello ni que los términos equivalentes sean ni siquiera parecidos, ni que los efectos que produce cada uno de dichos términos “equivalentes” sean los mismos, sino que pueden ser completamente distintos. Y así, culpabilidad y peligrosidad son conceptos completamente distintos que producen también consecuencias distintas, pero nada impide afirmar que la peligrosidad es a la medida de seguridad, lo que la culpabilidad es a la pena, es decir, que una y otra tienen y cumplen la misma *función de fundamentar* y de ser *presupuesto* cada una de *su* respectiva, singular y diferente consecuencia; sobre esto, llamando la atención sobre los peligros políticos de los equivalentes funcionales que no tienen nada en común con el objeto respecto del cual se lo quiere presentar como “equivalente”, y en particular para el caso mencionado de la equivalencia funcional de la culpabilidad con respecto a la peligrosidad, véase ZAFFARONI (2002, pp. 659 s.); véase la crítica que he formulado y desarrollado a la tesis de los equivalentes funcionales en GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 28 ss.). Por lo demás, GÓMEZ-JARA (2005: p. 50 con nota 72 y p. 52) ya puede decir y proclamar que su método de los equivalentes funcionales “no argumenta analógicamente” (p. 50) y que, por el contrario, “se basa en la diferencia y no en la unidad” (nota 72 de pp. 50 s.), porque si esto fuera realmente así, tal vez ello pueda ser válido para la Sociología como ciencia del ser (*cfr.* al respecto solo MERTON [2002: pp. 107 ss.]); pero en lo que GÓMEZ-JARA debería reparar es que en el Derecho, y en la Ciencia jurídica, absolutamente ningún objeto que no sea estrictamente análogo al objeto con que se lo compara desde un punto de vista determinado puede ser un equivalente funcional de este ni puede tener ninguna validez jurídica para equiparar a objetos diferentes en el plano de su tratamiento jurídico conforme a la idea del Derecho; *cfr. supra* I.2.

¹⁷⁵ *Cfr. supra* nota 170.

¹⁷⁶ Véase al respecto la exposición de CEREZO MIR (2001: pp. 45 s.).

¹⁷⁷ Así también JAKOBS (2002, p. 566): “todos los hechos culpables son hechos propios de los que en ellos participan”.

la *autoría del hecho propio* del sujeto a quien se dirige el juicio, y por consiguiente no es concebible —y si lo fuera sería absolutamente inadmisibles— una culpabilidad de nadie por el hecho realizado por un sujeto distinto¹⁷⁸. Pero de esto deriva *eo ipso* también que la consecuencia jurídica con que puede reaccionarse frente a la culpabilidad —la sanción— tiene que ser forzosamente *personal*, es decir, sólo puede aplicarse al *autor* del hecho que él mismo, y sólo él, ha realizado con él la infracción antijurídica culpablemente¹⁷⁹.

3. A diferencia de la responsabilidad, que sí puede derivar de un hecho ajeno¹⁸⁰, en cuyo caso empero ya no será de naturaleza penal, la culpabilidad es por definición exclusivamente personal, y por esto absolutamente intransferible y no susceptible de imputación. Una culpabilidad personal de un individuo por un hecho ajeno, y más aún por la culpabilidad de otro, es simplemente inconcebible, y ya solo estas denominaciones representan una clara *contradictio in terminis*¹⁸¹. Las razones y los

¹⁷⁸ Véase KELSEN (1995: p. 82): “la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por una persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste”; y en el mismo sentido JAKOBS (2002: p. 565).

¹⁷⁹ Véase por todos, con una claridad y precisión totales, CUERDA RIEZU (2009a: p. 187): la relación entre delito, sujeto responsable (culpable) y pena, es una “de tipo jurídico que enlaza un hecho, un individuo al que se le responsabiliza de ese hecho, y, en virtud de dicha responsabilidad, una consecuencia jurídica restrictiva de derechos impuesta precisamente al mismo individuo; constituyen una trinidad o, si se prefiere, los tres lados de un triángulo, en el que cada uno de dichos lados trae causa del otro, y que debe aparecer como tal y de manera encadenada en la sentencia condenatoria: se impone una pena a alguien *porque* ha habido una previa declaración de responsabilidad penal (sic. de culpabilidad), y se ha efectuado esa declaración precisamente *porque* ese alguien, y no otra persona, es el que ha cometido un delito y, por lo tanto, es responsable del mismo”; por lo tanto —concluye CUERDA— “como consecuencia de esa relación de los tres elementos, debe existir una identidad del sujeto: solo el sujeto responsable debe cumplir la pena o, dándole la vuelta a esa afirmación, solo debe cumplir la pena por la comisión de un hecho delictivo el que es responsable (sc. culpable) de la comisión de tal hecho; sujeto responsable (sc. culpable) y sujeto que ha de cumplir la pena en virtud de esa responsabilidad han de ser, pues, una misma persona” (los paréntesis los he añadido yo porque dado que se puede ser responsable (no penalmente) por un hecho ajeno, la responsabilidad *penal* solo puede fundarse en la propia culpabilidad), y esto al parecer no lo tiene en cuenta CUERDA RIEZU (2009b: pp. 214 s.) cuando objeta a la tesis de ALEJANDRO NIETO, conforme a la cual habría que distinguir entre el infractor y el responsable, que en definitiva a este se le haría responsable por un hecho ajeno; y sin duda esto es absolutamente cierto, pero lo que no tiene en cuenta CUERDA es que, como ya hemos visto aquí [*cf. supra* III.2.a) y notas 110 y 111], NIETO entiende que esa responsabilidad del responsable por el hecho cometido por el infractor en realidad es una de naturaleza civil o administrativa no sancionadora, la cual sí puede ser por un hecho ajeno inobjetablemente; sobre esta distinción entre culpabilidad y responsabilidad, véase GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 65 ss.) y EL MISMO (2015: pp. 214 ss.).

¹⁸⁰ Véase por todos KELSEN (1979: pp. 133 ss.); EL MISMO (1995: pp. 75 ss.); y GARCÍA AMADO (2011: pp. 125 ss.).

¹⁸¹ Un exponente de esto especialmente claro lo representan a mi juicio las interpretaciones y el constructo propuestos por Díez Ripollés (2012a: *passim*). Pues no veo como se pueden conciliar afirmaciones como estas: 1) que la vía correcta a seguir sería la que él denomina como “hecho delictivo societario”, el cual sería en principio un modelo de responsabilidad por hecho *propio* (en su terminología: de *autorresponsabilidad*) y, sin embargo, *a la vez* uno de total *imputación* del hecho de la persona física a la jurídica (p. 9 en relación con lo que ha expuesto en pp. 7 y 8 s.); 2) que el art. 31 *bis* CP habría instituido un modelo de *transferencia* conforme al que se imputa a la persona jurídica prácticamente casi todo lo que solo está realmente presente en la física que ha cometido el hecho, y en particular el tipo *subjetivo* del delito cometido por esta (p. 14) —lo cual como de dice más abajo en esta misma nota está absolutamente vetado por la teoría de la imputación jurídica—, y si bien esto supone respecto de la persona jurídica una “responsabilidad por el hecho injusto *ajeno*” (p. 16), sin embargo esta responde en definitiva por su *propia* culpabilidad (*ibidem*) a pesar de que la

argumentos que fundamentan y explican el carácter estricta y exclusivamente individual de la culpabilidad jurídica son sobreabundantes, pero aquí bastará con destacar los que interesan para el fin de esta investigación, los cuales por lo demás ya se derivan lógicamente por sí solos de todo cuanto llevamos explicado hasta aquí. El carácter estrictamente *personalísimo* e intransferible de la culpabilidad deriva ya por sí mismo en primera instancia del vínculo indisoluble y necesario existente entre ella y la infracción que constituye su presupuesto lógico y necesario, pero además también deriva del hecho de que la consecuencia jurídica de la infracción sea precisamente una sanción, porque esta se concreta siempre en una intervención directa en el individuo de carne y hueso a quien se aplica, pues esta cir-

regulación del art. 31 *bis* es *incompatible* con un modelo de responsabilidad por hecho propio o de *autorresponsabilidad* (pp. 18 ss.). Ya en otro lugar me he posicionado en contra de la afirmación por DÍEZ RIPOLLÉS de una culpabilidad *propia* de la persona jurídica (cfr. GRACIA MARTÍN [2016b: p. 33 nota 124]), y a esto y a sus afirmaciones aquí reproducidas, quiero añadir ahora lo siguiente: 1) que una culpabilidad *propia* por un hecho *ajeno imputado*, es una categoría absolutamente desconocida en el Derecho en general, es decir, en todas sus ramas, pero muy especialmente en el Derecho penal, y salvo que DÍEZ RIPOLLÉS pudiera demostrar lo contrario, a mi juicio es además inconcebible categorialmente, pues si culpabilidad es reprochabilidad de la voluntad antijurídica, esta voluntad reprochable solo puede ser *la del mismo sujeto* que ha cometido el hecho típico y antijurídico, dado que es conceptualmente inimaginable una culpabilidad *propia* por la voluntad antijurídica de *otro*; véase por ejemplo, MIR PUIG (2015a: pp. 149 y 551): “en cuanto imperativo *dirigido* a un *sujeto* (...) la norma primaria solo puede ser infringida *personalmente* por dicho sujeto” (p. 149) y “para que el hecho penalmente antijurídico pueda ser imputado *personalmente* a su autor, es preciso que pueda afirmarse que el hecho constituye, además, la *infracción personal* de una norma primaria que dirija concretamente al sujeto su imperativo (norma de determinación)” (p. 551); 2) que por esta razón, es asimismo inconcebible que puedan conciliarse la *imputación de un hecho injusto ajeno* con una culpabilidad *propia por ese hecho ajeno imputado*, por lo que hablar de una culpabilidad *propia* por un hecho antijurídico *ajeno* es una contradicción en los términos, pues precisamente los inseparables principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, son asimismo indisolubles del hecho antijurídico *propio*, dado que solo se puede ser culpable, penalmente responsable y, en definitiva, penado por un hecho *propio*; véase solo MIR PUIG (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*”; véase asimismo MIR PUIG (2015a: pp. 134 ss. y 207 ss.) y EL MISMO (2015b: pp. 143 s.); CUERDA RIEZU (2009a: pp. 187 y 198 s.) y EL MISMO (2009b: pp. 214 s., si bien aquí identificando incorrectamente culpabilidad con responsabilidad); y HUERGO (2007: 378 s.); 3) que más allá de todo esto, como se explicará en varios lugares de este trabajo, conforme a las teorías jurídicas de la representación y de la imputación, lo único que se le puede imputar a un sujeto —pero también a un objeto— distinto del que ha cometido el hecho es el *resultado* o el estado contrarios a derecho causados por este, y nada más, es decir, no solo no se le pueden imputar los elementos psíquicos (subjetivos) exclusivamente presentes en el autor del hecho, sino ni siquiera la causa y el proceso causal externo conducentes a la producción del resultado o estado que le son imputados jurídicamente, pues como dice KELSEN (1923: pp. 72 y 73), “la imputación es la conexión entre un estado de hecho del ser y un sujeto efectuada con base en la norma; es una conexión de elementos totalmente peculiar completamente diferente e *independiente* de la *causal* y de la *teleológica*; se la puede caracterizar como normativa porque resulta de la base de las normas” (p. 72), y precisamente esto demuestra que en la imputación, “entre el objeto y el sujeto de la norma existe la mayor distancia, porque ni siquiera tiene que existir entre ellos un nexo causal o teleológico” (p. 73); y 4) que la teoría de la imputación jurídica —única e idéntica para la persona jurídica y para la física (véase KELSEN [1923: pp. 144 s., 159 s.]— no tiene nada que ver con la imputabilidad jurídico penal, y solo es válida para aquellas ramas jurídicas en que, como sucede con ciertos sectores del Derecho civil o del administrativo, se opera exclusivamente en el plano de las normas de *valoración*, en los cuales sería no solo absurda sino también contraproducente toda distinción entre injusto y culpabilidad, y por esto ni la responsabilidad que aquellos sectores del ordenamiento jurídico atribuyen al sujeto de la imputación puede ser *personal*, esto es, fundada en la *culpabilidad*, ni las consecuencias jurídicas asociadas a una responsabilidad no personal pueden ser penas ni sanciones en sentido estricto.

cunstancia explica a su vez que la culpabilidad tenga que ser por fuerza un presupuesto necesario de la sanción en el sentido de que solo por medio de ella debe poder ser enlazada la sanción a la comisión de una infracción antijurídica¹⁸². Pero si la consecuencia jurídica típica y exclusiva correspondiente a la infracción es la sanción, y viceversa, si una sanción solo puede seguir a la comisión de una infracción, entonces ninguna consecuencia jurídica cuyo supuesto de hecho sea uno distinto al de una infracción podrá tener el carácter de sanción; y si como ha quedado dicho, y aun se precisará luego con más detalle, toda sanción consiste y se agota —independientemente de los fines específicos que se persigan con ella— en una intervención directa e inmediata en la voluntad del individuo que cometió la infracción él mismo personalmente¹⁸³, entonces ya solo por esto, no podrá tener el carácter de sanción ninguna consecuencia que se impute a una *persona* distinta de la del individuo que cometió la infracción aunque la imputación de dicha consecuencia tenga su razón estrictamente *jurídica* en la infracción cometida por ese individuo que es substrato real de otra persona distinta¹⁸⁴.

4. Si la culpabilidad jurídica tiene que estar referida siempre y necesariamente exclusivamente a quebrantos o infracciones del Derecho, su raíz tiene que estar anclada en el contrato fundacional de la sociedad, y esto tiene que explicar muy fácilmente por qué tiene un carácter personalísimo e intransferible. El fin supremo del Derecho es superar el *bellum omnia contra omnes* del estado de naturaleza y evitar la recaída en él haciendo real una vida en común y en estado de paz perpetua de todos los individuos en una sociedad¹⁸⁵. Esto solo es posible mediante una *ordenación* de las relaciones entre individuos dispuestos a vincularse a esa vida en común, es decir, a aceptar las limitaciones de su libertad que tienen que resultar *eo ipso* de aquella vida en común¹⁸⁶, y para lograr que esto sea real inventan al Derecho como instancia reguladora de la conducta de todos en algún sentido que haga posible aquella vida en común en una situación de paz¹⁸⁷. Así pues, tenemos que partir de que el Derecho nos lo hemos dado los individuos humanos a nosotros mismos en virtud de nuestra capacidad de autodeterminación conforme al sentido y al valor, y que es el resultado de la concordancia de todas las conciencias autolegis-

¹⁸² Véase GRECO (2015: pp. 508 ss., 511 ss.).

¹⁸³ Véase HIRSCH (1989: p. 709): las consecuencias penales son siempre “instrumentos de actuación sobre el autor”; *cfr.* de nuevo la cita de CUERDA RIEZU hecha *supra* en nota 179.

¹⁸⁴ Véase en este sentido FRISCH (2013: pp. 357 ss., 359 s., 360 s.).

¹⁸⁵ Véase solo WELZEL (1975e: p. 280 ss.).

¹⁸⁶ Véase por ejemplo véase WELZEL, (1971: pp. 251 ss., 266); JAKOBS (2000: pp. 38 ss.); GRACIA MARTÍN (2004a: pp. 6 s.); EL MISMO (2005b: p. 43).

¹⁸⁷ Véase BECCARIA Cap. 1: “las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla”; KANT (1996: p. 14): “el estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza (y) el estado de paz debe, por tanto, ser *instaurado*, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz”, y el que un vecino dé seguridad a otro sólo puede tener lugar “en un estado *legal*”.

ladoras de cada uno plasmado en las estipulaciones de un contrato social¹⁸⁸. Estas estipulaciones son las normas jurídicas, y así estas regulan la voluntad de los individuos en tanto que *causa libera* solo relativamente condicionada y determinada por la causalidad cósmica necesaria, es decir, regulan el ejercicio de la voluntad de los individuos en el espacio libre no determinado por aquella causalidad cósmica. Ahora bien, la voluntad en tanto que *causa libera* tiene por un lado la capacidad de operar y de actualizarse en diversos sentidos, es decir, de desencadenar procesos causales *externos* dominados actualmente por ella en dirección a objetivos fijados por ella misma, y esta es la capacidad de acción en sentido estricto. Pero por otro lado, todo ejercicio real y práctico de la capacidad de acción está motivado por otra capacidad superior de poder *decidir* espontáneamente, esto es, libremente, en qué sentido y con qué fines concretos activará y actualizará en cada situación aquella capacidad de acción. Esa otra capacidad es la de dominar los *impulsos* de actuar en un sentido determinado¹⁸⁹. El individuo está dotado de la conciencia no solo de su capacidad de acción y de que puede actualizarla en una pluralidad de sentidos diversos, sino también de su poder para decidirse por uno determinado y renunciar a su contrario, y gracias a su conciencia de este poder *suyo* tiene a partir de ella también la capacidad de *comprometerse* con otros iguales a él a utilizar su capacidad de acción en determinados sentidos, y no en los contrarios, *porque* tiene conciencia de la *posibilidad de cumplir* y de realizar efectivamente los contenidos de sus compromisos individuales con los otros. Pero de esto tiene que resultar que nadie pueda comprometerse ni se comprometa racionalmente a nada que no le sea posible cumplir él mismo por sí mismo. Todo compromiso de un individuo con otros tiene por contenido algún objetivo respecto del que él mismo tiene conciencia —aunque sea errónea¹⁹⁰— de que a él mismo le es y le será posible realizarlo, y lo acuerda con otros que lo hacen con respecto a él igualmente con sus propias conciencias de que tienen ese mismo poder y de que, por esto mismo, en circunstancias normales les será posible cumplir sus compromisos para con él. De este modo, todo

¹⁸⁸ No ignoro que este enunciado plantea desde luego la cuestión extraordinariamente compleja de fundamentar y explicar qué fuerza vinculante puedan tener las normas jurídicas para los inimputables y para imputables que no tienen por obligatorias en su conciencia a las normas jurídicas estatales, como sucede por ejemplo con los denominados autores por convicción o de conciencia, pero de esto obviamente no puedo ocuparme aquí, porque se aleja de la temática de esta investigación y no es este el lugar adecuado para tratarlo. Del carácter vinculante de las normas jurídicas para los autores por convicción o de conciencia me he ocupado con cierto detalle aunque no exhaustivamente en GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 135 ss.) y en EL MISMO (2008: pp. 990 ss.). Con respecto a los inimputables, aquí me limito a dejar solo enunciado y planteado que su vinculación a las normas acordadas por los sí tienen la capacidad de autodeterminación y conciencia autolegisladora, resulta del hecho de que si bien en virtud de sus deficiencias no son ni pueden ser “partes contratantes”, sin embargo sí son “partes contractuales”, es decir *beneficiarios* del contrato social y de sus normas, y por esto mismo son personas no naturalmente imputables, pero sí *jurídicamente* imputables; en relación a los inimputables el contrato social se configura como un “contrato a favor de tercero”; sobre el concepto de partes del contrato y el contrato a favor de tercero, véase LACRUZ/RIVERO (2011: pp. 515 ss. y 520 ss.).

¹⁸⁹ Véase WELZEL (1964: pp. 88 s.) y el mismo (1969: pp. 143 ss.).

¹⁹⁰ Pues como dice WELZEL (1975g: p. 307), “también existe la posibilidad de la conciencia errónea”.

compromiso entre individuos tiene un objeto y un contenido determinados por ellos mismos porque estos son el resultado de la concordancia de la conciencia autolegisladora conforme a fines racionales de todos y cada uno a partir de —y con base en— su conciencia de la posibilidad de realizarlos, y por esto los contenidos así acordados constituyen para todos y cada uno de los individuos que se han comprometido a su cumplimiento y a su realización el contenido de una *autoobligación* que se ha impuesto cada uno a sí mismo en virtud de su capacidad individual, personalísima e intransferible, de autodeterminación conforme al sentido y al valor¹⁹¹. Las normas jurídicas generales, es decir, las prohibiciones y mandatos, y también las permisivas, tienen por objeto las acciones que los individuos han acordado en el contrato social que deben ser omitidas o realizadas por todos y cada uno en el marco de sus relaciones sociales. La realización o la omisión de estas acciones es el objeto y el contenido de los compromisos individuales que cada uno ha signado con los demás con la conciencia de que podrá hacerlo y cumplir así sus compromisos¹⁹².

5. A partir de lo explicado, podríamos definir a la *culpabilidad jurídica* como el quebranto por un individuo de su propio compromiso personal de cumplir él mismo una norma jurídica del contrato social de que es parte, es decir, como un incumplimiento del deber asumido como obligatorio por su conciencia autolegisladora conforme a fines racionales y que él mismo se impuso a sí mismo como su propia obligación en ejercicio de su capacidad de autodeterminación conforme al sentido y al valor y *porque* tenía conciencia del sentido de tal deber y de su poder para cumplirlo efectivamente, al menos, en situaciones de normalidad de las circunstancias del acontecer en el orden social. La culpabilidad representa un momento de desvinculación unilateral de un individuo del contrato social mediante el incumplimiento de su propio compromiso *político* personal de no poner en práctica su capacidad de acción en el sentido en que lo ha hecho con quebranto de una norma jurídica a cuyo cumplimiento él mismo se había autoobligado con la suscripción del contrato social

¹⁹¹ Véase la interpretación de la autonomía kantiana que hace en ese sentido WELZEL (1975g: pp. 304 ss.): “la autonomía presupone, por consiguiente, leyes comunitarias objetivas del orden inteligible de las cosas, del reino de los fines”, pero esto no significa que esas leyes ni ese orden sean ellos mismos autónomos, sino solo que “la relación de la voluntad con respecto a ellos puede configurarse como autónoma o como heterónoma”, y que dicha relación “será autónoma cuando la voluntad no los acepta ciegamente como mandatos ajenos, sino que con base en la comprensión de su dignidad se los prescribe a sí misma como pauta vinculante”, y porque al estar constituidas como “leyes puras de la razón, la persona como ser racional puede concordar con ellas” (p. 306).

¹⁹² Para HOBBS (Ciudadano, cap. V, 11 [pp. 54], cap. XIV, 10 y 20 [pp. 126 s. y 131]), los ciudadanos, en virtud de su renuncia a su derecho a todo que tenían en el estado de naturaleza y de su transferencia de algunos de sus derechos al Estado, se han *obligado* a prestar obediencia a las leyes civiles del Estado y se sienten vinculados por ese *deber* de obediencia en virtud de aquella renuncia a derechos y de la transferencia de estos al Estado conforme al pacto fundacional de este (cap. V, 11 [pp. 54]), y así la *obligación* de observar las leyes civiles está contenida en la propia constitución del Estado y es la ley natural la que prohíbe violar los pactos la que ordena la observancia de todas las leyes civiles (cap. XIV, 10 y 20 [pp. 126 s. y 131]).

orientado a fines racionales porque tenía conciencia de que le sería posible cumplir él mismo en las circunstancias dadas¹⁹³. Así pues, y más allá de que ya el substrato ontológico psíquico-anímico de la culpabilidad jurídica tiene que hacerla inexorablemente personalísima e intransferible, estos caracteres esenciales resultan también de su fundamento y significado *políticos* y, a mayor abundamiento como veremos, aún los refuerzan la raíz y el significado asimismo *políticos* de la *sanción* que se enlaza por medio de ella a toda infracción como su consecuencia jurídica típica correspondiente (*sc.: análoga*), los cuales resultan en última instancia de la normatividad del contrato social vinculante para todos quienes son parte en el mismo. De todo esto, y conforme a la lógica formal y a la material, deriva necesariamente: 1) que si la culpabilidad jurídica tiene que ser y es personalísima e intransferible ya en razón de su substrato ontológico, también tiene que serlo además por su significado político anclado en el contrato social; 2) que si la culpabilidad se basa en el quebranto de un compromiso individual de cada uno en el sentido explicado, por esta razón no puede haber ninguna culpabilidad de ningún individuo con respecto a un deber que no podía cumplir él mismo, porque nadie puede comprometerse racionalmente a realizar lo que le es imposible (*impossibilium nulla obligatio*); 3) que como a nadie le es posible garantizar, y mucho menos asegurar, que otro individuo distinto a él cumpla sus deberes propios en tanto que individuo dotado de una voluntad libre, cada uno se obliga solo y exclusivamente a realizar u omitir una conducta propia¹⁹⁴, y no se obliga ni puede obligarse racionalmente a que otro realice una determinada conducta, razón por la cual el Derecho no puede exigirle que lo haga, y no puede fundamentarse nunca una culpabilidad de un individuo por la conducta de otro distinto, sin perjuicio empero, por supuesto, de que *lo causado* por un individuo determinado sí pueda serle *imputado jurídicamente* y solo a determinados efectos, a la *persona jurídica* de otro, en cuyo caso empero esta imputación, como ya no hace falta repetir de nuevo aquí, no podrá tener como objeto ni la acción ni la culpabilidad del individuo extraño a esa persona que ha obrado y causado así lo que se imputa a esta, ni tiene nada que ver con la culpabilidad, por lo cual dicha imputación se tiene que llevar a cabo en los extramuros del Derecho penal y sancionador, exclusivamente en los reinos de los Derechos civil y público¹⁹⁵; 4) que la culpabilidad solo es del *individuo* que ha cometido él mismo la

¹⁹³ Véase ROUSSEAU, (Lib. II, cap. V [pp. 34 s.]): “todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra (y) los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado”; FICHTE (§ 20 [pp. 253 y 254]): el delincuente “lesiona el contrato ciudadano, sea voluntariamente o por imprevisión, en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia” (p. 253), y por esto “todo delito” —dice— “excluye del Estado”, y así “el delincuente queda fuera de la ley (*exlex, hors de la loi*)” (p. 254).

¹⁹⁴ Véase en este sentido, rotunda y apodícticamente, KELSEN (1979: p. 135): “uno está obligado con respecto a una determinada conducta, a saber, siempre y solamente, la conducta propia; no puede obligarse uno por la conducta de otro”; véase además EL MISMO (1995: p. 80).

¹⁹⁵ Véase con detalle SCHÜNEMANN (2002b: pp. 28 ss.); asimismo FRISCH (2013: pp. 357 s.): “semejantes

infracción antijurídica que se le reprocha a él, sólo a él y a nadie más que a él; *porque* solo él y nadie más que él ha cometido personalmente la infracción que se le reprocha, y por esto la culpabilidad individual no puede ser imputada absolutamente a nadie ni a nada distinto del individuo que se ha hecho culpable él mismo a sí mismo, y tampoco a su propia *persona jurídica*; y 5) que en razón de esto último, decir que la culpabilidad se le *imputa* al individuo que se ha hecho culpable él a sí mismo, es una tautología sin sentido y absolutamente superflua, porque es evidente que todo lo que un individuo se ha hecho él a sí mismo, por definición se encuentra en su mismo *ser* existencial, y así decir que a un individuo se le *imputa* su propia culpabilidad personal es un enunciado tan superfluo como el de afirmar hipostasiando las substancias de los seres y sus cualidades que a un individuo se le ha imputado su propio cerebro, o como el de afirmar que a la hoja de un árbol se le ha imputado su color verde¹⁹⁶.

4. *La culpabilidad como puente de tránsito de la infracción antijurídica a su sanción*

1. El carácter personalísimo e intransferible de la culpabilidad, más allá de que

imputaciones tienen lugar por ejemplo en el Derecho civil (...) y no se encuentran menos en el Derecho público” (p. 357).

¹⁹⁶ Sobre estas especies de hipóstasis, propias del pensamiento animista y mitológico del hombre primitivo, véase KELSEN (1995: pp. 109 y 127), donde bajo el epígrafe “substancia y cualidad”, advierte que es una “tendencia general del pensamiento humano” que “cualidades empíricamente observables sean también interpretadas como atributos de un objeto o de una substancia”, y luego presentarlas gramaticalmente “como predicados de un sujeto”, de tal modo que “el sujeto gramatical, la substancia, aparece, por decirlo así, como nuevo miembro de una serie formada por los predicados o cualidades inherentes a la substancia”; sin embargo, “esta duplicación del objeto del conocimiento es característica del pensamiento mitológico primitivo, llamado animismo” y es totalmente errónea, porque “la substancia no es una entidad adicional”, y por esto “el sujeto gramatical que la denota es únicamente un símbolo para expresar el hecho de que las cualidades forman una unidad”, y así entonces “la hoja no es una entidad nueva además de todas sus cualidades —verde, lisa, redonda, etc.—, sino únicamente su unidad omnicompreensiva; véase también KELSEN (1979: p. 187). Y precisamente la doctrina jurídica incurre en el error epistemológico de esta forma de pensamiento cuando habla de que la persona —ya sea física o jurídica— “tiene” deberes y derechos, porque la persona (substancia) no “tiene” derechos y deberes (cualidad), sino que “es” (un conjunto de) derechos y de deberes (KELSEN [1995: p. 112), y por esto “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”, porque al igual que en el animismo “esta teoría jurídica implica una duplicación de su objeto” consistente en que “el orden regulador de la conducta de los individuos es personificado, y la personificación es concebida como una nueva entidad, distinta de los individuos, pero a pesar de ello ‘formada’ de alguna manera misteriosa por estos”, y de este modo completamente erróneo “los deberes y derechos de los individuos señalados por el orden son entonces atribuidos al ser sobrehumano, al superhombre formado por hombres” y de esta manera “se hace la hipóstasis del propio orden, es decir, el orden se convierte en una substancia y esta es vista como algo separado, como un ser distinto del hombre y de los individuos cuya conducta es regulada por el propio orden” (KELSEN [1995: p. 127). En sentido muy similar a KELSEN, ya FERRARA (2006: p. 253): “las formas de vida social y las asociaciones, en vez de ser analizadas como son, en realidad, como colectividades variables de hombres, pluralidades cambiantes de individuos, han sido concebidas místicamente como entidades en sí, seres misteriosos ultrahumanos, revelados por los sacerdotes de la sociología”, y en esto “ha influido el paralelismo entre personas físicas y jurídicas”, porque “así como el sujeto de derecho es el hombre, así se ha querido encontrar para la otra categoría de sujetos un superhombre, una individualidad colectiva, orgánica, dinámica, funcional, que pudiese servir de sustrato a la personalidad”.

ya resulte forzosamente de su substrato ontológico y de su raíz política en el contrato social, tiene que derivar también del fundamento *político* de la sanción con que se reacciona a ella, la cual también tiene su anclaje en el contrato social como no podría ser de otro modo.

a) Los procesos psíquicos y psicológicos internos que tienen lugar en cada individuo y le determinan a activar su capacidad de acción para hacerla operar en un sentido determinado y no en otro, son ciertamente relevantes para el juicio de reproche en tanto que son condiciones del mismo¹⁹⁷, pero ya por su naturaleza no pueden ser regulados en absoluto por normas jurídicas —prohibiciones y mandatos—, y aunque hipotéticamente se pudiera ello resultaría políticamente inadmisibles, pues por imperativo del Derecho, el Estado solo está legitimado para ordenar la vida en común y, por esto, debe tener y tiene vetada cualquier injerencia en el fuero interno de los individuos en tanto que reino soberano de la moral individual y personal de cada uno¹⁹⁸. El cumplimiento de las normas jurídicas, en principio y en definitiva, tiene que quedar confiado a la suerte del libre ejercicio de su voluntad por cada individuo, que precisamente por su naturaleza de *causa libera* puede resolver en cualquier momento actuar tanto de acuerdo como contrariamente a aquellas, y en este último caso quebrantando así su compromiso de respetarlas signado y estampado por él mismo en el contrato social¹⁹⁹. Pero precisamente porque esto ya era previsible de acuerdo con la experiencia y había que contar con ello en el mismo momento de acordar el contrato social, los mismos individuos que lo pactan tienen que establecer las *consecuencias* apropiadas para el caso de incumplimiento de sus compromisos²⁰⁰. Como en aquel momento ninguno dispone más que de sus propios bienes personales innatos²⁰¹, son estos lo único que cada uno puede ofrecer en garantía del cumplimiento de sus compromisos personales con todos y cada uno de sus conciudadanos para responder con ellos ante la comunidad de un modo que no puede ni podría consistir en nada distinto a una retribución o compensación a ella concretada en una privación o restricción del uso y disfrute de ellos y, en su caso, también de los que pueda adquirir en el futuro por

¹⁹⁷ El juicio de culpabilidad se proyecta al proceso de formación interna de su voluntad en tanto que *causa libera* en dirección a su actualización en la comisión de una infracción; véase ahora solo JOERDEN (1988: pp. 30 ss.).

¹⁹⁸ Véase solo WELZEL (2004: pp. 249 ss.), donde interpreta la advertencia de PUFENDORF de que el Derecho carece de “medios idóneos” para penetrar en las motivaciones de las acciones externas: “*ratio humana nullum jam remedium idoneum*” (p. 249).

¹⁹⁹ Véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 119 ss., 123 ss.), donde sostuve y mantengo ahora que la única garantía de que las normas jurídicas de determinación sean respetadas efectivamente reside primero en la formación en cada individuo de normas ético-individuales con contenidos concordantes con los de aquellas, y luego en que quienes se hayan formado así tales normas ético-individuales decidan comportarse conforme a ellas.

²⁰⁰ Cfr. la cita de HOBBS *supra* en nota 141.

²⁰¹ Véase GRECO (2015: p. 513): los derechos innatos son “los derechos que ya se tienen en el estado de naturaleza, es decir, antes de la conclusión del contrato social”.

medio de estos²⁰². Que esa retribución deba y tenga que ser así se explica racionalmente porque quien incumple sus compromisos del contrato social desequilibra a su favor la igualdad de todos en el uso y disfrute de sus bienes innatos acordada en el contrato, pues con el incumplimiento habrá recuperado ilegítimamente parte de la libertad que cedió como condición de posibilidad del contrato, pero a costa de la usurpación y menoscabo de la parte de libertad de otros que el contrato social les garantiza porque se la reservaron para sí en igual medida que el usurpador y que todos los demás²⁰³. De este modo, al menos en principio, aquella retribución se puede explicar racionalmente como privación al individuo que ha incumplido su compromiso personal, y solo a él, de la situación de ventaja en que se ha puesto con respecto a los demás gracias a aquello que les ha usurpado ilegítimamente, y así como restauración —en principio simbólica— de la igualdad que debe ser en correspondencia con el contrato social. De esto tiene que resultar entonces que toda privación o restricción a un individuo del uso y disfrute de sus bienes como compensación del incumplimiento de sus deberes solo puede ser legítima: 1) si y solo si él mismo hubiera podido evitar su propio incumplimiento personal mediante una dirección de su voluntad en algún otro sentido distinto conforme con sus compromisos personales con el contrato social, lo cual no significa nada distinto a decir que solo será legítima si el individuo incumplió el contrato social él mismo personalmente de modo culpable²⁰⁴; y 2) si y solo si la privación o restricción de bienes es proporcionada a la gravedad del incumplimiento culpable del contrato por el individuo²⁰⁵, independientemente de si más allá de su significado retributivo y compensatorio, aquella privación debe orientarse también a fines preventivos y

²⁰² Véase BECCARIA Cap. 1: los hombres sacrificaron una parte de su libertad “para gozar de la restante en segura tranquilidad”, pero no bastaba con este depósito formado por la suma de todas las porciones de libertad sacrificada por cada uno, puesto que como todos procuran “no solo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas”, resultaba necesario también defender aquel depósito de “las usurpaciones privadas de cada hombre en particular”, y para evitar aquellas usurpaciones “se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo (y) estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes”; y son sensibles “porque la experiencia ha demostrado que la nulidad no adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquella innata disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal: no habiendo tampoco bastado la elocuencia, las declamaciones, y las verdades más sublimes para sujetar por mucho tiempo las pasiones excitadas con los sensibles incentivos de los objetos presentes”.

²⁰³ Cfr. de nuevo nota anterior.

²⁰⁴ Véase SCHÜNEMANN (2002b: 33 ss.) y EL MISMO (2014b: pp. 2, 3, 4 y 11).

²⁰⁵ Véase BECCARIA Caps. 3, 6 y 12: “aun cuando se probase que la atrocidad de las penas fuese, si no opuesta inmediatamente al bien público y al fin mismo de impedir delitos, a lo menos inútil, también en este caso sería no solo contraria a aquellas virtudes benéficas que son efecto de una razón iluminada que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos, en la cual se haga una perpetua circulación de temerosa crueldad, sino que lo sería a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social” (Cap. 3 *in fine*); ya por esto tiene que haber “una proporción entre los delitos y las penas” (Cap. 3 *in principio*), pero también porque “si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen unida en él mayor ventaja” (Cap. 6 *in fine*).

utilizarse por esto como medio para la producción de efectos preventivos²⁰⁶.

b) Ciertamente parece racional pensar que ante la incertidumbre que hay ya desde un principio, y que acompañará luego permanentemente a los seres humanos, sobre cómo cursarán el acontecer natural y el social, todos deban contar con que en situaciones de absoluta necesidad, sus bienes —incluidos los personales innatos— puedan ser objetos de posibles y necesarias intervenciones restrictivas que en absoluto supongan ningún menoscabo de su dignidad —piénsese en las de tener que internar forzosamente a un enfermo altamente contagioso o de tener que reducir por la fuerza a quien está cometiendo una agresión ilegítima contra otro—, y también tienen que contar con otras fundadas y justificadas en las exigencias de la justa distribución, por un lado, de los riesgos y perjuicios generados por la dinámica del acontecer —por ejemplo en el caso de un daño causado a la vivienda contigua del vecino por una filtración de agua desde la propia— y por otro lado de las cargas que cada uno debe soportar —por ejemplo contributivas o tributarias— para la conservación, mantenimiento y desarrollo y progreso del orden social²⁰⁷. Pero esta exposición de sus bienes por todos los individuos del contrato social y su puesta a disposición ante este tipo de intervenciones funcionalmente necesarias para la realización en todo caso de la idea del Derecho en cada situación, no es más que la consecuencia de las responsabilidades patrimonial y social que cada uno ha contraído, y respecto de las que tiene que aceptar estar sujeto, por el mero hecho de ser parte de la sociedad y de vivir en ella. Estos tipos de responsabilidad, sin embargo, no están ni pueden estar fundados en principio en ningún incumplimiento de sus deberes por los individuos, sino que son de carácter objetivo porque como se ha dicho están fundadas en la justa distribución de las cargas y de los costes sociales, y son la contrapartida de la justa distribución de los bienes y los beneficios que derivan del hecho de convivir cada uno con todos los demás en sociedad. Por ello,

²⁰⁶ Pues como afirma con razón CIGÜELA (2015: p. 228): “solo se previene adecuadamente si la pena es retributiva”; y en el mismo sentido véase GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 184 ss.).

²⁰⁷ Véase SCHÜNEMANN (2002b: pp. 28 s.): “el concepto de libertad de acción, es decir, del individuo que está causalmente determinado en la formación de su voluntad, pero que es libre de coacciones externas en la realización de esa voluntad, podría ser suficiente en el *Derecho civil* para fundamentar la *responsabilidad jurídica* del individuo por sus acciones, tanto en sentido dogmático jurídico, como filosófico-jurídico”, y esto es y debe ser así porque la función del Derecho “consiste en delimitar el espacio vital de un ciudadano del de otro de forma calculable y garantizadora de la seguridad de orientación del individuo” (p. 28), y porque “el individuo, por lo menos actualmente, no está en situación de prever sus propias acciones y de orientarse por sí solo en esa previsión” (p. 29). Por lo demás, en el plano de la distribución no entra en consideración el individuo como sujeto sino nada más que la persona como *objeto* de la distribución; *cf.* *supra* nota 96, y ahora además KELSEN (1979: pp. 53 ss.), donde menciona como ejemplos la privación de libertad como guardia protectora de individuos para protegerlos de ataques ilícitos con que se les ha amenazado, la internación coactiva de enfermos mentales peligrosos en hospicios, o la de enfermos contagiosos en hospitales, es decir, actos coactivos que sin duda tienen un contenido material de privación o de restricción de bienes personales, pero que “no constituyen sanciones en el sentido de consecuencias de una ilicitud”, sino solo meros actos coactivos que “están condicionados por *otros hechos*”; véase también CUERDA RIEZU (2009a: p. 197), poniendo como ejemplo la cuarentena impuesta a una pluralidad de personas para evitar la transmisión de enfermedades contagiosas.

estos tipos de responsabilidad resultan exclusivamente de la mera *imputación jurídica objetiva* a las *personas* de los individuos, y no a los individuos mismos, sin perjuicio, claro está, de que los deberes derivados de aquellas responsabilidades imputadas a las personas tendrá que cumplirlos necesariamente el individuo que encarna el substrato de cada persona a la que se le haya imputado la responsabilidad, y que para eso se tenga que imponer un *deber personal de conducta* al individuo que tenga que cumplir los deberes imputados a su persona, y que del incumplimiento de este deber por ese individuo derive una responsabilidad *personal* solo y exclusivamente para él.

c) En el curso normal del acontecer social libre de toda necesidad permanente o sobrevenida, todo individuo tiene que poder contar con que tiene que poder desarrollar su vida personal de un modo libre por medio del uso y disfrute de sus bienes personales innatos y adquiridos ya completamente liberados de toda carga restrictiva, sin más límite que el que resulta del hecho de que todos se encuentran en su misma situación igualmente y que por esto no debe hacer ningún uso de sus bienes que menoscabe esa misma libertad de que tienen que poder gozar todos los demás²⁰⁸, pues a fin de cuentas, entre otras razones, para esto precisamente se ha concluido por todos el contrato social, para asegurarse todos el máximo grado posible de libertad y de posibilidades de desarrollo personal en libertad²⁰⁹. Se puede pensar así racionalmente que en el acontecer social normal libre de necesidades y de cargas ningún individuo pueda ni deba estar sujeto a ninguna clase ni especie de responsabilidad que no sea la suya personal propia por lo que haga o deje de hacer como individuo libre, y por esto que tal responsabilidad a la que cada uno tendrá que hacer frente solo pueda serle exigida cuando y exclusivamente *porque* haya *incumplido sus compromisos personales* signados por él mismo en el contrato social y lo haya hecho en una situación en que pudo haberlos cumplido porque a él le habría sido posible en las circunstancias dadas. Ahora bien, nadie en su sano juicio pone ni expone racionalmente sus bienes personales innatos —e incluso tampoco los adquiridos— en garantía de cumplir deberes que no le es posible cumplir en absoluto a él mismo personalmente, y en todo caso la comunidad no puede exigir racionalmente tal cosa a ningún individuo. Al contrario, lo que aquí tiene que entrar en consideración racionalmente es el hecho de que si todos los individuos se han comprometido en el contrato social a cumplir ciertas normas de conducta, la primera y también la última razón por la que lo han hecho no ha sido otra que la de asegurar la posesión, el disfrute y el uso de sus bienes personales justo hasta la medida y con el alcance que no cedieron en el contrato y se reserva-

²⁰⁸ Véase GRACIA MARTÍN (2010a: pp. 339 ss.) y EL MISMO (2010b: pp. 53 ss.)

²⁰⁹ Véase BECCARIA Cap. 2: “ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con solo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas”, puesto que fue “la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible”.

ron para sí en tanto que instrumentos adecuados y necesarios para la satisfacción de sus necesidades y para el libre desarrollo de su personalidad de un modo legítimo²¹⁰. Por esto, de la racionalidad del contrato social tiene que derivar que no pueda justificarse políticamente ni ser legítima ninguna privación ni restricción de bienes a ningún individuo que no habría podido ofrecerlos —porque no es concebible racionalmente— y así no los ha ofrecido en el contrato social en garantía de nada de lo que él mismo tiene conciencia de que no podrá ni podría cumplir, y mucho menos habrían podido ofrecerlos quienes ni siquiera tienen capacidad de comprensión del deber. De este modo, toda privación de bienes personales a un individuo que, fuera de situaciones de absoluta necesidad sobrevenida o permanente por exigencias del mantenimiento y desarrollo del orden social, no esté fundada ni, por esto, justificada por un incumplimiento por él mismo de sus propios deberes personales que él mismo pudo haber evitado supondrá y tendrá que ser contemplada como una total *instrumentalización* o *cosificación* del individuo a quien se le imponga y como un menoscabo de su dignidad que, y ya solo por esto *no debe poder ser* y debe tacharse de inadmisibile e *ilegítima* para el Estado de Derecho²¹¹. Como lo advierte con toda la razón y contundencia Greco, y yo lo suscribo, “en tanto que derechos de la libertad innata, los derechos innatos solo se pueden retirar cuando el individuo mismo tiene que responder de esa pérdida, cuando él se ha hecho en esa medida indigno de su derecho, o dicho con otras palabras: cuando él ha cargado la culpabilidad sobre sí”²¹², porque nadie como parte del contrato querría conceder a ningún otro ni a la comunidad una autorización a disponer de tales derechos suyos que por su carácter innato solo puede perder el mismo individuo por sí mismo, y esto solo puede tener lugar cuando él mismo se tiene que hacer responsable de su pérdida a causa y en razón de que con la comisión de un hecho respecto del que se había comprometido en el contrato a no realizar, él mismo se ha cargado de culpabilidad y así se ha hecho indigno de su derecho innato²¹³; o más precisamente: se ha hecho indigno para el pleno y completo disfrute de su derecho innato y también de sus derechos adquiridos.

2. Conceptualmente, y en un sentido estricto, *sanción* es, y solo puede denominarse propiamente así, toda privación o restricción de bienes personales innatos o

²¹⁰ Véase GRECO (2015: p. 513): los bienes (derechos) innatos “representan el capital que se invierte en la conclusión del contrato, y también el que el Estado que tiene que establecerse deberá proteger de un modo especial”. Sobre mi concepción de los bienes jurídicos como instrumentos de los individuos para la satisfacción de necesidades y del libre desarrollo de la personalidad, y la inclusión en el catálogo de aquellos a los *colectivos* precisamente porque optimizan las posibilidades de uso y disfrute de los bienes individuales en dirección a tales objetivos, véase, extensamente y con abundantes referencias doctrinales, GRACIA MARTÍN (2010a: pp. 331 ss.) y EL MISMO (2010b: pp. 52 ss.).

²¹¹ Véase en este sentido GRECO (2015: p. 513): “despojar de algo que pertenece a una capa profunda de la personalidad del individuo, algo que ya le corresponde a él en tanto que ser humano, ya solo porque los otros lo necesitan, significa literalmente instrumentalizarle”.

²¹² Véase GRECO (2015: p. 513).

²¹³ Véase GRECO (2015: pp. 513 s.).

adquiridos a un individuo determinado *porque* él y solo él mismo se ha hecho indigno de disfrutarlos en plenitud *porque* él y sólo él mismo ha quebrantado con su conducta una norma jurídica (injusto) y así *también* su compromiso personal de respetarla asumido por él mismo en el contrato social con la conciencia de tener capacidad de cumplirlo en situaciones en que a él y solo a él mismo le será posible cumplirlo en las circunstancias dadas (culpabilidad). Si solo puede conceptuarse como infracción a una conducta *personalísima* del individuo contraria a una norma por la que estaba obligado; si la culpabilidad jurídica tiene que estar referida siempre y necesariamente exclusivamente a la comisión de una infracción antijurídica por un individuo determinado obligado por la norma infringida, porque aquella se define como el quebranto de su compromiso personal de cumplir la norma precisamente por el sujeto que se ha obligado a ello en el contrato social; si la sanción es la consecuencia jurídica típica y exclusiva de la comisión de una infracción antijurídica de un modo culpable por un individuo determinado; y si la sanción tiene que consistir necesariamente en una privación o restricción del disfrute de sus bienes personales innatos o adquiridos exclusivamente al individuo que ha cometido personalmente él mismo la infracción antijurídica de un modo culpable; de todo esto tiene que derivar de un modo lógicamente necesario formal y materialmente: 1) que la culpabilidad jurídica solo es concebible como una cualidad *personalísima* de un individuo determinado que él mismo se ha cargado sobre sí mismo por medio de un ejercicio de su propia voluntad en tanto que *causa libera* de un modo contrario a una norma jurídica a cuyo cumplimiento estaba obligado él mismo en virtud de su compromiso racional de cumplirla signado por él mismo en el contrato social; 2) que así entendida, la culpabilidad jurídica, en tanto que *personalísima* del individuo que él mismo se ha cargado de ella a sí mismo, es absolutamente *intransferible* desde el individuo que se ha cargado de ella a ningún otro individuo ni a ningún otro ente, y por esto mismo no es susceptible de *imputación jurídica* ni siquiera a la *persona* jurídica del individuo que se ha cargado de culpabilidad exclusivamente a sí mismo; 3) que si la culpabilidad *personalísima* de un individuo determinado no es susceptible de imputación ni siquiera a su propia persona jurídica individual, *a fortiori* mucho menos tendrá que serlo a otra *persona* jurídica de otro individuo distinto ni a la constituida por una pluralidad de individuos, y todavía aún menos a otro *individuo*; y 4) que si un individuo solo puede cargarse de culpabilidad si estaba personalmente obligado por la norma que ha infringido; y si ningún individuo está ni puede estar obligado —porque ello es racionalmente inconcebible— a que otro individuo distinto realice una determinada conducta²¹⁴; de esto tiene que derivar necesariamente: en primer lugar que ninguna consecuencia jurídica (responsabilidad) que se le pueda cargar a la *persona* de un individuo determinado por la mera imputación jurídica de un hecho que ha cometido *otro* individuo determi-

²¹⁴ Cfr. la cita de KELSEN *supra* en nota 194.

nado distinto, podrá ser una consecuencia basada en ninguna culpabilidad ni de su propio individuo que, por lo demás, es absolutamente inexistente, ni tampoco del individuo que ha cometido el hecho aunque sí exista en este, por la simple y sencilla razón de que, como se ha dicho, la culpabilidad es personalísima e intransferible y, por lo tanto, no susceptible de imputación jurídica²¹⁵; y por esto mismo en segundo lugar, que ninguna consecuencia jurídica que se aplique a la persona de un individuo distinto del que ha cometido el hecho, que solo puede estar fundada en la imputación jurídica de este hecho a aquella, puede ser ni podría ser una sanción en sentido estricto en tanto que consecuencia jurídica de una responsabilidad *personal* (*sc.* penal o sancionatoria), sino solo y exclusivamente una consecuencia jurídica típica y correspondiente a una responsabilidad patrimonial o social sin ninguna finalidad específicamente sancionatoria, sino solo compensatoria o preventiva de peligros objetivos, y por lo tanto propia del Derecho civil y del Derecho administrativo de policía²¹⁶. Y que esto es así, y no puede ser de ninguna manera distinta, resulta no solo ya del substrato ontológico de la responsabilidad personal por la culpabilidad, sino también de la normatividad misma del contrato social, la cual no puede autorizar a sancionar a ningún individuo con una privación o restricción de sus bienes personales innatos o adquiridos por un hecho que no podría haber evitado como es el caso del cometido por un individuo distinto a él, pues nadie en su sano juicio pone racionalmente sus bienes como garantía *personal* de que otro individuo realizará la conducta a la que está obligado, y esto no puede estar contemplado en el contrato social como una obligación de nadie²¹⁷.

3. De lo explicado se tienen que derivar muy importantes consecuencias con respecto a la sanción. La primera de todas, que ya ha quedado explícitamente anticipada en lo explicado, sería que si la sanción consiste en una privación o restricción del uso y disfrute de bienes personales a consecuencia de la culpabilidad personalísima e intransferible de un individuo determinado por la comisión de un hecho

²¹⁵ Cfr. la cita de KELSEN *supra* en nota 178.

²¹⁶ Doctrina absolutamente mayoritaria tanto en Derecho penal como en el sancionador administrativo; véase con muy abundantes referencias GRACIA MARTÍN (2016e [*en prensa*]: nota 20).

²¹⁷ Véase CUERDA RIEZU (2009a: p. 170): “el principio general de que las penas” —y en mi opinión cualquier especie de sanción en sentido estricto— “sean meramente personales puede derivarse sin esfuerzo de la idea del contrato social; pues tal contrato consiste en que los ciudadanos prescinden de una porción de su libertad (para así gozar la restante con seguridad y tranquilidad), en cuanto que admiten la existencia de conductas prohibidas bajo amenaza de pena y en cuanto que admiten que si delinquen, se les podrá imponer una pena; pues bien, entre las ‘cláusulas’ de ese contrato social viene determinado que quien delinque sea castigado él mismo con una pena, privándole de una porción de su propia libertad, pero no está contemplada en dicho contrato la posibilidad de penar a alguien por un hecho ajeno, por lo que ello supondría una vulneración del referido contrato: nadie cede su libertad para que se le imponga una pena por el hecho de otro; de ahí que esta última pena llegue a ser calificada por Beccaria como injusta y tiránica”. La cita de BECCARIA es de Cap. II *in fine* en la edición de TOMÁS Y VALIENTE (p. 73): “las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de salud pública son injustas por su propia naturaleza”; aquí estoy citando yo la edición de DELVAL de la traducción de JUAN ANTONIO DE LAS CASAS, y la cita conforme a esta dice (p. 33): “todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza”.

antijurídico por él mismo, entonces la imposición y de la aplicación de la sanción debe ser un asunto que tenga que resolverse en última instancia exclusivamente entre el individuo culpable y los órganos competentes del Estado (los judiciales y los de ejecución penal) en tanto que mandatario político de la sociedad para la administración y la gestión del contrato social²¹⁸.

a) Las consecuencias jurídicas no sancionadoras, típicas y propias del orden de las normas de valoración y de distribución (compensatorias, preventivas de peligros objetivos, etc.), tienen que aplicarse necesariamente cuando se han realizado sus supuestos de hecho, porque su fin no es otro que realizar actualmente el deber ser jurídico objetivo en cada situación vital y, por esto mismo, dejar de aplicarlas supondría una renuncia a la realización del Derecho²¹⁹. Por el contrario, de las sanciones no se puede decir que su aplicación sea una necesidad absoluta en el mismo sentido en que lo son aquellas, sino acaso una solo relativa en función de muy variadas y diversas circunstancias con muy distintos significados, de manera que su aplicación efectiva debe estar condicionada por todas estas circunstancias. Entre estas hay que destacar muy especialmente y darles la mayor importancia a las individuales del sujeto no fungible e insustituible que ha cometido el hecho antijurídico en principio de un modo culpable, y muy en particular las que le motivaron a obrar así, entre las cuales aún hay que destacar especialmente las que determinan que él como individuo insustituible se encuentre existencialmente en una situación real de la que resulta para él un determinado grado de vulnerabilidad frente al ejercicio real del poder punitivo por las agencias del sistema penal²²⁰. Especialmente hay que tener en cuenta que todo individuo obra siempre en la sociedad²²¹, y que al igual que todo individuo se ha comprometido con todos los demás que la han constituido a respetar las normas pactadas en el contrato fundacional, la sociedad misma está obligada para con todos y cada uno de sus individuos a procurar por medio de su Estado que lo acordado en el contrato social se realice como debe ser para todos y cada uno de sus miembros por igual, y por lo tanto la sociedad tiene

²¹⁸ Esto es así hasta el punto de que en la Dogmática penal, BUSTOS/HORMAZÁBAL (2006: pp. 438 ss. y especialmente pp. 441 ss.), proponen —y por muy buenas y plausibles razones— reducir el concepto mismo del delito al de “infracción penal” (acción típica y antijurídica), y remitir toda la culpabilidad a un nivel posterior de enjuiciamiento constituido por una “teoría del sujeto responsable”.

²¹⁹ Véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 88 ss., 91 ss.).

²²⁰ Véase sobre todo esto con gran detalle y extensión sobre todo ZAFFARONI (2002: pp. 8 ss. y 653 ss.) y EL MISMO (2005c: pp. 229 ss.), quien fundamenta y desarrolla un concepto de culpabilidad basado en el esfuerzo personal para situarse en una posición de vulnerabilidad frente al poder punitivo; muy similar es mi propia concepción de la culpabilidad que remite al esfuerzo individual que cada uno tiene que hacer primero para formarse normas ético-individuales concordantes con el orden ético-social y luego para actuar conforme a ellas en las diferentes situaciones de la vida en las circunstancias dadas; véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 129 ss.); EL MISMO (2016c: pp. 104 s.); y en la misma dirección va la teoría del sujeto responsable formulada por BUSTOS/HORMAZÁBAL (2006: pp. 174 ss. y 441 ss.) y LOS MISMOS (2004: pp. 125 s.), la cual puede definirse globalmente como una teoría substancial de la exigibilidad medida en función de las circunstancias individuales del sujeto y sus posibilidades reales de relación con su entorno.

²²¹ Véase BUSTOS/HORMAZÁBAL (2006: pp. 439 s. y 441 ss.).

que ser corresponsable de lo que haga cada individuo con respecto al cual ella misma no haya cumplido sus propias obligaciones para con él²²². La declaración de culpabilidad, pues, debe quedar condicionada en última instancia al grado de *exigibilidad* que la sociedad esté legitimada para requerir a cada individuo en función del grado de cumplimiento por ella de sus deberes para con él.

b) Si todos han cedido una parte de su libertad en el contrato social para asegurar el disfrute de la que se han reservado y para desarrollarse personalmente en sociedad como no podrían hacerlo solos en su estado natural como individuos aislados y no vinculados a otros²²³, se tiene que partir de la base de que nadie en su sano juicio ha podido renunciar ni ha renunciado racionalmente a esa parte de su libertad para entrar y permanecer luego en un estado de indigencia y miseria ni tampoco para que otros alcancen por encima de él y a su costa uno bien distinto de máxima seguridad, máximo bienestar y suprema opulencia, sino que lo ha hecho para que las condiciones de esa seguridad, de bienestar y de posibilidades de desarrollo personal se distribuyan de un modo justo e igual entre todos, porque precisamente para esto y solo para esto, todos han fundado un Estado como ente gestor y administrador del contrato social con los únicos fines de asegurar la supervivencia de todos y cada uno y de la especie, y de promover las condiciones de participación en la vida social y de desarrollo personal para cada uno y a todos por igual²²⁴. El Estado así solo debe poder declarar culpable a un individuo determinado e imponerle una privación o restricción de sus bienes personales si en virtud de sus circunstancias individuales podía exigirle que cumpliera la norma que infringió en las circunstancias dadas en una situación determinada, y entre esas circunstancias el

²²² Véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 129 ss.); BUSTOS/HORMAZÁBAL (2006: pp. 173 s. y 442 ss.).

²²³ Para PUFENDORF, la cualidad más sobresaliente de la naturaleza humana es la *imbecilias*, a la cual entendió como el desamparo del hombre entregado a sí mismo, y explicó mediante la ficción de un hombre abandonado en un país desierto. Pero semejante cualidad va seguida de la *socialitas*, es decir, de la necesidad para el hombre de vivir en sociedad con otros hombres; véase WELZEL (1958: pp. 43 ss.) y EL MISMO (1971: pp. 143 ss.).

²²⁴ Pues como lo dijo BECCARIA, Introducción: “la felicidad mayor dividida entre el mayor número de biera ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre”; con este término, BECCARIA no quiere distinguir a una parte de la sociedad, sino que se refiere a la totalidad de los ciudadanos —a quienes a veces denomina “súbditos”— en oposición al Estado (“soberano”). Debe rechazarse así la idea de contrato social de LOCKE, el cual sería uno retrospectivo y conservador del estado de naturaleza y así, en realidad, uno *de dominación y de sumisión* respectivamente de quienes *habían y no habían* adquirido propiedad en el estado de naturaleza, porque su punto de partida es que todos tendrían derechos (naturales) a todo lo que adquirieron en el estado de naturaleza, y su conclusión que, por eso mismo, en el contrato social se acuerda respetarlos y atribuir al Estado el fin esencial de su defensa; véase LOCKE (1990: pp. 74 [50], 133 s. [123], 134 [124], 136 s. [131], y además pp. 146 ss. [138-139]). Por el contrario, el contrato social no puede ser comprendido ni explicado más que como uno de tipo *cooperativo* entre partes *iguales y pro futuro* para la realización de fines más allá de la mera conservación de lo ya existente en la posición original; una concepción así es la de RAWLS (1997: pp. 17 ss. [para las generalidades], pp. 103 ss. [para la tendencia a la igualdad], pp. 119 ss. [para la posición original], y pp. 470 ss. [para la idea de unión social]), donde dice que los individuos en la posición original “consideran la sociedad como una empresa de cooperación para mutuo beneficio” aunque aquélla esté “típicamente marcada por un conflicto y, a la vez, por una identidad de intereses” (p. 470); véase al respecto en el sentido de una concepción cooperativa *pro futuro* del contrato social, GRACIA MARTÍN (2010b: pp. 60 ss.).

Estado deberá tener en cuenta sus propios incumplimientos para con ese individuo concreto y determinado, y no deberá poder declararlo culpable ni privarle o restringirle el disfrute de sus bienes personales si en virtud de sus propios incumplimientos no le puede exigir racionalmente un comportamiento conforme con la norma jurídica que infringió²²⁵.

c) Todo individuo que haya cometido una infracción antijurídica debe poder, pues, en última instancia dialogar con el Estado y cuestionarle el grado de cumplimiento de sus propios deberes para con él y, en consecuencia, la medida en que puede exigirle el cumplimiento de sus normas, declararle culpable y cargarle una responsabilidad personal que deba hacer efectiva mediante la privación o restricción a él del disfrute de sus bienes personales. Pero así, también por estas razones adicionales, la culpabilidad no puede ser más que personalísima del individuo mismo que ha cometido la infracción antijurídica él mismo, y de esto tiene que derivar que la sanción que se le pueda aplicar a ese y solo a ese individuo tenga que ser a la fuerza también personalísima y, por esto, que el contenido esencial de toda sanción y que otorga a esta el rango y la jerarquía de un concepto *categorial* solo pueda consistir en la privación o restricción de bienes personales del mismo sujeto declarado culpable y solo de él²²⁶. De este modo, ninguna sanción es imputable ni transmisible a ningún individuo ni persona distintos de aquel. En particular, toda sanción se aplica sin excepción a un *individuo* y en ningún caso a su persona jurídica, y especialmente ninguna medida consistente meramente en una intervención sobre objetos, situaciones o estados de cosas puede tener el carácter de sanción ni siquiera aunque su finalidad mediata sea producir determinados efectos en la voluntad de un individuo relacionado de algún modo con aquellos. Por todo esto, tiene que ser y es jurídicamente inconcebible todo esto: 1) que un individuo sancionado pueda repercutir su sanción en otro individuo o persona jurídica de ninguna especie, y ni siquiera a la suya propia; 2) que un individuo sancionado pueda repetir contra otro individuo o persona por la sanción que le ha sido impuesta; 3) que una sanción pueda imponerse mancomunada o solidariamente a dos o más individuos o a un colectivo de individuos; y 4) que si debido a su carácter personalísimo toda sanción tiene que extinguirse inexorablemente con la muerte del individuo sancionado y nunca pudo serle imputada ni siquiera a su propia persona jurídica, de aquí resulta que también es jurídicamente inconcebible que una sanción pueda ser transmitida a los herederos del sancionado²²⁷. Sin duda, las sanciones comparten caracteres de contenido con otras consecuencias jurídicas, a veces en un número

²²⁵ Véase BUSTOS/HORMAZÁBAL (2006: pp. 174 s. y 442 ss.); y en sentido similar ZAFFARONI (2002: pp. 875 ss.), pues la responsabilidad *punitiva* respecto a la aplicación de la pena corresponde exclusivamente a los órganos del Estado competentes para el ejercicio del poder punitivo.

²²⁶ Cfr. *infra* IV.I y *passim*.

²²⁷ Véase sobre todo esto CUERDA RIEZU (2009a: pp. 200 ss.), añadiendo aún la imposibilidad de “compensar” (pp. 202 s.) y de “asegurar” la sanción (pp. 206 ss.).

elevado, y por otro lado hay consecuencias jurídicas que en absoluto son sanciones y pueden orientarse a fines semejantes a los de la sanción. Pero lo que identifica a la sanción y la distingue de todas las demás consecuencias es su carácter personalísimo y su significado específico de reacción a la comisión de una infracción antijurídica por un individuo que se ha cargado a sí mismo de culpabilidad por eso mismo, que se concreta en un *castigo* a ese individuo y a nadie más que a él²²⁸. Ninguna medida que no sea esto, es ni puede ser denominada sanción. Por esto, y para terminar, se explicarán a continuación de un modo específico cuales son los caracteres que tienen que concurrir necesariamente en una consecuencia jurídica para ser conceptuada como una sanción en sentido estricto y poder denominarla así propiamente.

V. El contenido material de la sanción y sus fines específicamente punitivos más allá de sus propios y específicos fundamentos

1. En el Derecho positivo, pero también en la doctrina jurídica, lo que es más asombroso e inadmisibles, porque a esta le es exigible precisión conceptual y terminológica, se utiliza a menudo el término sanción de un modo absolutamente inapropiado y erróneo como equivalente a “consecuencia jurídica” en general²²⁹, lo que origina graves problemas y conflictos cuando a la hora de aplicar una determinada consecuencia jurídica se plantea alguna cuestión relativa al régimen y a los efectos jurídicos precisos y propios de una sanción, como por ejemplo cuestiones de *ne bis in idem*. Tal vez esto se deba, entre otras razones, al lastre que se arrastra de la poca claridad del concepto de sanción en Kelsen, quien a menudo la identifica con todo acto coactivo en general que se imputa a un ilícito²³⁰, y así parece identifi-

²²⁸ Véase específicamente sobre el concepto de “pena”, GRECO (2015: pp. 511 ss.), pero a mi juicio lo mismo vale para toda sanción de cualquier especie, aunque sea de carácter patrimonial; véase GRACIA MARTÍN (2016d: p. 191 nota 291).

²²⁹ Véanse las advertencias y precisiones de PEMÁN GAVÍN (2000: pp. 47, 60, 62 s., 69 y 76); GRACIA MARTÍN (2001b: pp. 44 ss., 53 s.); y HUERGO (2007: pp. 220 ss.), quien observa que en sentido amplio el concepto de sanción “incluye todas las medidas previstas por el Ordenamiento jurídico para dotar de efectividad a sus normas” (p. 220).

²³⁰ Véase KELSEN (1979: pp. 123 ss.): “la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como ‘acto ilícito’ o ‘delito’, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción” (p. 125); véase también KELSEN (1995: pp. 61 ss.). Por otra parte, según KELSEN (1979: p. 96), en lo cual desde luego no le falta razón, la sanción no es efecto de lo ilícito, sino más bien la consecuencia que meramente se le imputa a este: “La imputación no consiste en otra cosa sino en esa conexión entre el acto ilícito y su consecuencia. La imputación, que recibe expresión en el concepto de imputabilidad, no es, como supone la teoría tradicional, el enlace de una determinada conducta con el hombre que la lleva a cabo; para ello no se requiere establecer la relación mediante una norma jurídica, puesto que no cabe escindir la conducta del hombre que la realiza; también la conducta de un no imputable, es conducta suya, una acción o una omisión de ese sujeto, aunque no implique ninguna ilicitud imputable. La imputación que recibe expresión en el concepto de imputabilidad es el enlace de determinada conducta, a saber, un delito, con su consecuencia punitiva. De ahí que pueda decirse que *la consecuencia de lo ilícito es imputada (atribuida) a lo ilícito, pero no que esa consecuencia sea efecto de lo ilícito, como su causa*”.

car a la sanción con cualquier consecuencia jurídica de cualquier especie²³¹, aunque no hay que ignorar que en determinadas ocasiones sí afina y distingue entre consecuencias que sí serían sanciones y otras que no serían tales, y en otras distingue entre sanciones penales y civiles, y entre personales y patrimoniales, pero en estos casos sin que esté nada claro si a las civiles y patrimoniales las considera auténticas sanciones o actos coactivos diferentes a las sanciones en sentido estricto²³². La confusión del concepto estricto de sanción, y específicamente los de sanción administrativa y penal con consecuencias no sancionatorias, alcanza un grado máximo y hasta irritante en los fundamentalismos punitivistas y sancionatorios de la persona jurídica. A diferencia de lo que sucede en la doctrina mayoritaria alemana sobre el Derecho de contravenciones, que niega con toda razón y rigor jurídico el carácter de auténtica sanción a la multa aplicable a personas jurídicas y a agrupaciones por la comisión de delitos e infracciones por los individuos que actúan en su lugar, porque ni el fundamento ni los fines de esa multa son ni podrían ser los característicos de las auténticas sanciones²³³, muy numerosos sectores de las doctrinas penal y administrativa españolas, sin el menor rigor conceptual ni terminológico, están empeñados en atribuir a las consecuencias aplicables a personas jurídicas por aquel motivo la naturaleza de penas²³⁴, o en cualquier caso de sanciones que no serían

²³¹ Sobre la desmesurada amplitud del término sanción en KELSEN, han llamado la atención críticamente, por ejemplo CANO CAMPOS (2011: pp. 100 ss.); y como advierte Díez PICAZO (1999: p. 57), si se llama sanción a toda consecuencia del incumplimiento del deber ser, así “estamos en verdad diciendo muy poco”; véase también CIGÜELA (2015: p. 359).

²³² Cfr. *infra* núm. 6 de este epígrafe V. Para KELSEN (1979: pp. 123 ss.): “las sanciones, en el sentido específico de la palabra, aparecen, dentro de los órdenes jurídicos estatales, en dos formas diferentes: como sanción penal o pena (en el sentido estricto de la palabra) y como sanción civil o ejecución forzosa de bienes” (p. 123); véase también KELSEN (1995: pp. 58 s.). No obstante en algún lugar KELSEN (1979: pp. 54 s.) distingue hasta tres extensiones del concepto de sanción, y diferencia a la sanción en sentido *estricto* como acto coactivo condicionado por una conducta humana ilícita, en sentido *amplio* como acto coactivo condicionado por otros hechos —vgr. la detención preventiva—, y en sentido que él mismo denomina *amplísimo*, como “todos los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico si con ello no quiere expresarse más sino que el orden jurídico reacciona con tal acto contra una situación social indeseada, expresando mediante esta reacción la indeseabilidad de la situación”, añadiendo que “si se adopta esta concepto *amplísimo* de sanción”, entonces “por sanción no ha de entenderse solo la reacción frente a un delito, es decir, frente a una conducta humana determinada, sino también la reacción frente a otras circunstancias objetivas socialmente indeseadas” (p. 55). Es más, KELSEN (1994: p. 141), llama sanción incluso al premio o al elogio que se le procuran al que ha cumplido el deber, aunque este tipo de “sanciones” solo se encuentran en la moral y no en el Derecho.

²³³ Véanse las numerosas referencias doctrinales en tal sentido que expongo en GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 51 ss.); y EL MISMO (2016d: pp. 183 s. notas 231, 232 y 233).

²³⁴ Así con respecto a las consecuencias accesorias antes de la introducción en el art. 33.7 CP de unas mal llamadas “penas aplicables a personas jurídicas” por la LO 5/2010, véase ZUGALDÍA (1997: pp. 332 ss.); EL MISMO (2000: pp. 1053 y ss.); EL MISMO (2001a: pp. 896 ss.); se adhirió a su opinión BACIGALUPO SAGESSE (1998: pp. 284 ss.); LA MISMA (2005: pp. 112 s.); y *de lege ferenda*, ZÚÑIGA (2003: p. 213); y después de la introducción de aquellas, defiende su carácter de auténticas penas fundadas en una culpabilidad propia de la persona jurídica sobre todo ZUGALDÍA (2013: pp. 131 ss.); y de un modo acrítico asumiendo meramente de plano la errónea y falsa terminología legal, véase Díez RIPOLLÉS (2012b: pp. 48 ss. *passim*); EL MISMO (2016: pp. 596 ss., 729 ss. y 738 ss.); ZUGALDÍA (2013: pp. 131 ss.); ROCA AGAPITO (2014: pp. 374 ss. *passim*); FARALDO (2015: pp. 113 ss. *passim*).

penas pero misteriosamente sí serían penales²³⁵, y de sanciones administrativas, ya sea inventando al efecto como fundamento de ellas una absolutamente inexistente infracción cometida culpablemente por la misma persona jurídica²³⁶, o bien afirmando —como lo hacen todos, aunque algunos rechacen aquel fundamento inventado por los otros— que en todo caso tales consecuencias tendrían fines de prevención general y especial y serían idóneas para producir tales efectos²³⁷. Sin embargo

²³⁵ Véase con diversos matices, con respecto a las consecuencias accesorias antes de la introducción en el art. 33.7 CP de unas mal llamadas “penas aplicables a personas jurídicas” por la LO 5/2010, LUZÓN PEÑA (1996: p. 58): «las consecuencias accesorias son de naturaleza jurídico-penal»; EL MISMO (2004: pp. 546 s. y 549): “tercera vía’ de sanciones criminales” (pp. 546 s.) o “consecuencias jurídico penales en sentido amplio” (p. 549); MUÑOZ CONDE (1998: p. 71): «sanciones de carácter penal aplicables a personas jurídicas»; MARTÍNEZ-BUJÁN (1998: p. 232): «no son meramente administrativas, sino propias del Derecho penal»; ARROYO ZAPATERO (1998: p. 14): «consecuencias accesorias con idénticos efectos preventivos a las penas»; MAPELLI (1998: p. 53): “consecuencias muy próximas a las medidas de seguridad”; TERRADILLOS (1998: p. 80): “otro tipo de consecuencias jurídico-penales”; AGUADO CORREA (2000: p. 36): “tienen carácter de sanción penal”; FERNÁNDEZ TERUELO (2001: p. 280): “nueva categoría penal con características propias”; DE LA CUESTA ARZAMENDI (2001: pp. 980 s.): “nueva categoría *penal* de respuesta al delito”; FEIJOO (2002: pp. 109, 139 y 147): “se trata, pues, de consecuencias que pertenecen al Derecho penal”; OCTAVIO DE TOLEDO (2002: p. 1129): “poseen carácter penal”; TAMARIT (2002: p. 1163): “tercera forma de sanciones penales”; GUARDIOLA LAGO (2004: p. 117): “naturaleza de sanciones penales en sentido amplio”. La *STS de 20 de septiembre de 2002*, afirmó respecto del comiso que “no constituye una pena por no incluirse en el catálogo del art. 33 CP, lo que no impide que esté sometido a los principios de *culpabilidad*, *proporcionalidad* y *legalidad*”. Y respecto de las ahora mal llamadas “penas aplicables a personas jurídicas” por la reforma de la LO 5/2010, véase, solo a título de meros ejemplos entre otros muchos, MAPELLI (2011: p. 49): “aun cuando el legislador les otorgue la naturaleza jurídica de penas, las sanciones previstas para las personas jurídicas se encuentran a mitad de camino entre aquéllas y las medidas de seguridad”, mientras que se mantiene en su opinión de que las consecuencias accesorias del art. 129 CP no son penas ni medidas de seguridad (*loc. cit.*, p. 408); LUZÓN PEÑA (2016: pp. 6 ss.): “*sanciones criminales o penales* a las personas jurídicas, que no son penas ni medidas de seguridad (aunque en la reforma del CP en 2010 se las llame penas, como en algunas otras legislaciones), sino un *tertium genus*, un tercer género o clase de *sanciones* del Derecho *penal*” (p. 7), y concretamente “*una tercera clase de sanciones criminales similares a las medidas de seguridad*” (p. 10); FEIJÓO (2011b: p. 243); EL MISMO (2016c: pp. 280 ss.) llamando a todas excepto a la multa “sanciones interdictivas”, que equipara a las consecuencias accesorias por su indudable parentesco en cuanto a los fines político-criminales, que serían los mismos de prevención especial [FEIJÓO (2016e: p. 304)]. En otro lugar, FEIJÓO (2015: p. 48), manteniendo la denominación anterior de sanciones interdictivas propone que se las pueda denominar „cuasi-penas“, „pseudopenas“ o „penas en sentido impropio o amplio“ para „distinguir las de las penas de toda la vida en sentido material, propio y estricto“, y considera que la denominación es lo de menos y debe quedar para „los que gustan del debate de etiquetas“, porque lo que importa es el fundamento, y lo cierto es que „tenemos una responsabilidad de naturaleza penal *diferente* a la responsabilidad de las personas físicas“.

²³⁶ Véase por todos paradigmáticamente ZUGALDÍA (2013: pp. 75 ss.).

²³⁷ Así con respecto a las consecuencias accesorias antes de la introducción en el art. 33.7 CP de unas mal llamadas “penas aplicables a personas jurídicas” por la LO 5/2010, véase ZUGALDÍA (1997: pp. 332 y 333): están “orientadas a los fines de la *pena*”; EL MISMO (2000: p. 1053); EL MISMO (2001a: p. 896); BACIGALUPO SAGESSE (1998: p. 286); LA MISMA (2005: pp. 113 s.); MAPELLI (1998: p. 53): “todas ellas [son] de carácter preventivo”; ZÚÑIGA (2003: p. 213): “siguiendo criterios de prevención especial (última parte del precepto)”, y esto “coincide materialmente con el concepto de pena”; LUZÓN PEÑA (1996: pp. 60 y 292 s.); EL MISMO (2004: p. 550), donde afirma que no son respuestas con carácter de “castigo a una acción culpable, sino fundamentalmente, y aparte de reforzar la prevención general de las penas, con una finalidad de prevención especial en sentido amplio”; a la tesis de LUZÓN se adhirió expresamente LÓPEZ PEREGRÍN (2008: pp. 581 s.); AGUADO CORREA (2000: p. 36): “tienen una función preventiva e incluso represiva”; OCTAVIO DE TOLEDO (2002: p. 1132): “normalmente también desplegarán efectos preventivo generales ... [aunque] únicamente cabe imponer las indicadas consecuencias accesorias de la pena si se aprecia la concurrencia del presupuesto preventivo especial a que se refiere el número 3 del artículo 129 CP”. Y

respecto de las ahora mal llamadas “penas aplicables a personas jurídicas” por la reforma de la LO 5/2010, se afirma que estas tendrían finalidades y producirían efectos: 1) de *prevención general*, que se concretarían, por ejemplo, en la ejemplaridad para el resto de personas jurídicas (así FARALDO [2015: p. 159 nº 990]), y en una intimidación o motivación disuasoria (así DÍEZ RIPOLLÉS [2012b: p. 54]) de potenciales delincuentes y de los dirigentes de entidades, a los primeros con la amenaza de privarles de la posibilidad de utilizar la entidad como instrumento para delinquir, y a los segundos infundiéndoles temor al riesgo de pérdida de reputación, que sería mayor con una condena *penal* a la entidad que si lo fuera por una consecuencia accesoria (así LUZÓN PEÑA [2016: p. 11]); y 2) de *prevención especial*, que se concretarían, por ejemplo, en “incentivar a la persona jurídica a adoptar medidas preventivas, en fin, a resocializarse” (así FARALDO [2015: p. 158 nº 990]), en contrarrestar, en los que ya han delinquido, la idea de continuar delinquiendo porque les haya resultado rentable la primera vez (así LUZÓN PEÑA [2016: p. 11]), o en la incoación de la persona jurídica asegurando que no cometa más delitos en el futuro (así FEIJÓO [2011a: p. 118]; DÍEZ RIPOLLÉS [2012b: p. 54]; FARALDO [2015: p. 158 nº 990]). DÍEZ RIPOLLÉS (2012b: p. 54), a partir del criterio de aplicación de la “necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos”, establecido en la regla 1ª.a) del art. 66 bis CP, cree poder deducir que tal criterio es uno “ligado a la necesidad de *pena* y, por ello, a los efectos sociales perseguidos con la *pena*”; que “atiende predominantemente a exigencias *preventivo-especiales* incoadoras”; y que “la mención a los efectos de la actividad delictiva permite introducir también referencias a exigencias intimidatorias, sean *preventivo-especiales*, sean *preventivo-generales*” lo cual está especialmente indicado para cuando “la *pena* de multa impuesta no tiene suficiente capacidad *disuasoria*”; y con respecto a la “pena” de multa para la persona jurídica, cree que “tiene notables efectos *disuasorios preventivos generales y especiales*” y que “puede tener también importantes efectos *preventivo-integradores*”; véase DÍEZ RIPOLLÉS (2012b: p. 56). Sin embargo, ni una sola de estas afirmaciones de DÍEZ RIPOLLÉS prueba ni demuestra que los efectos a los que alude —disuasorios, preventivos— otorguen el carácter y la naturaleza precisamente de *penas* a las consecuencias aplicables a personas jurídicas. Los administrativistas nos muestran —y así también el TC— que en el Derecho administrativo existen multitud de instrumentos aplicados como consecuencias jurídicas cuyos fines y efectos son precisamente disuasorios y preventivos generales y especiales, y sin embargo ni siquiera tienen el carácter y la naturaleza de *sanción* administrativa; así sucede por ejemplo con los “recargos tributarios por demora” y sobre todo con los “comisos”; véase ahora solo HUERGO (2007: pp. 292 ss. y 355). Y conforme a lo dicho por la STC 164/1995, FJ. 4, “una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que *toda medida con una finalidad disuasoria* de determinados comportamientos sea una *sanción*”, pues es preciso tener en cuenta que “entre la indemnización y la sanción propiamente dicha pueda haber otro tipo de figuras con finalidades características, que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos”. Y es que para que una consecuencia jurídica pueda ser conceptualizada como pena —y en general como sanción—, hace falta que concurran en ella caracteres *adicionales* a los fines preventivos, pues fines preventivos generales y especiales los tiene y cumple la totalidad del ordenamiento jurídico en todas sus ramas, y por esto son comunes a todas las ramas del Derecho. Por esto, los fines y los efectos preventivos pueden tener un carácter *específicamente* penal o sancionador únicamente cuando los mismos se persigan con instrumentos y modos muy específicos de intervención que se distinguen de otros que también persiguen y producen los mismos efectos, y precisamente una prevención específicamente *penal* por medio de una intervención en la persona jurídica es simplemente imposible e inconcebible porque aquella solo puede aspirarse a lograrla por medio de una intervención *directa* e inmediata exclusivamente en el individuo que ha cometido el hecho y que representa para este un *castigo* que él mismo es capaz de sentir física y espiritualmente como un dolor aflictivo y de tomar conciencia de su sentido y significado porque es capaz de comprenderlos; véase al respecto extensamente y con numerosas referencias doctrinales en este sentido GRACIA MARTÍN, lugar citado al principio de esta nota, y además GRECO (2015: pp. 511 ss., 513 ss.), quien pone el acento en el hecho de que la pena es un mal con el que se reacciona a una conducta *personal* errónea, pero un mal que *cualitativamente* consiste en el despojo de sus derechos *innatos* al individuo que ha realizado tal conducta, y por esta razón tal despojo solo puede legitimarse si el individuo tiene que responder *él mismo* de esa privación en tanto que pierde en ese sentido su derecho, es decir, cuando se ha cargado sobre sí mismo la culpabilidad (p. 513); véase además GRECO (2009: pp. 297 ss. y especialmente p. 303). Por consiguiente solo pueden ser penas y sanciones aquellas medidas preventivas consistentes en una intervención directa e inmediata en el autor de la infracción, porque solo estas pueden producir efectos preventivos específicamente *penales*, es decir, característicos de la prevención *terciaria*; como dice HIRSCH (1989: p. 709), “los fines de la pena o fines del Derecho penal se refieren, por lo tanto, a consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de instrumentos de actuación *sobre el autor*”, y como dice respecto de la sanción administrativa HUERGO (2007: pp. 225, 228 s., 233 s., 379 y

nada, absolutamente nada de lo que es esencial y constitutivo de la sanción se encuentra ni podría encontrarse presente en ninguna consecuencia jurídica que se aplique a una persona jurídica, y esto por la misma razón que tampoco lo está ni puede estarlo en ninguna de las que se aplican a una *persona física* por el mismo motivo, es decir, como consecuencia de la mera imputación a ella de un hecho cometido por otro individuo —en realidad nada más que los *efectos* del hecho— del que tiene que responder solo patrimonial o socialmente, pero no penalmente ni en ningún orden sancionador, y porque el Derecho le imputa una responsabilidad de aquella clase —patrimonial o social— en virtud solo de la *relación jurídica* existente entre ella y el individuo que ha cometido el hecho. El concepto de sanción es *diferenciador, categorial y clasificador*, y no puede conceptuarse como sanción ni llamar así a capricho y arbitrariamente a cualquier consecuencia jurídica motivada por la comisión de un delito. Por su obviedad, el ejemplo de la responsabilidad *civil* derivada del delito debería hacer pensar dos veces a los sectores punitivistas de la persona jurídica antes de afirmar meramente con ligereza que las consecuencias aplicables a estas por la comisión de delitos por los individuos que actúan en su lugar sean o tengan que ser de naturaleza penal²³⁸.

2. Debería estar mucho más que claro, y resuelto total y definitivamente, que para fundamentar la naturaleza penal o sancionatoria de una consecuencia jurídica no son razones suficientes ni el cuerpo legal en que se regule²³⁹, ni su contenido gravoso²⁴⁰, ni tampoco su aplicación en un proceso penal por un juez penal en una sentencia penal²⁴¹. Una privación de libertad puede ser una pena, una medida de seguridad, una medida cautelar, e incluso un efecto de un acto de coacción o com-

380), “la sanción *castiga* o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone” (p. 225); “una sanción, por su contenido, sólo puede afectar a los intereses del infractor” (pp. 228 s.); “las sanciones se encuentran sometidas a principios que, como el de culpabilidad, tienen en cuenta exclusivamente la conducta del infractor”, y por ello “sólo deben utilizarse como sanciones medidas que únicamente afecten (de forma negativa) al infractor” (pp. 233 s.); extender “el concepto de sanción ... de forma que incluya toda medida administrativa cuyos efectos sobre su destinatario sean equiparables a los de una sanción, es insatisfactoria por ilógica, ya que al final los principios de origen penal se aplican a situaciones que nada tienen que ver con una finalidad punitiva” (pp. 238 s.); toda sanción tiene como finalidad imponer un perjuicio al infractor (p. 379), y por esto “las medidas no sancionadoras pueden tener carácter real, mientras que las sanciones deben estar ligadas a una responsabilidad personal” (p. 380).

²³⁸ Véase mi extensa y detallada crítica a estas doctrinas en relación con las consecuencias accesorias, que son idénticamente válidas para las que sostienen eso mismo con respecto a las que ahora el CP llama “penas aplicables a personas jurídicas”, en GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 156 ss. y *passim*).

²³⁹ Véase GRACIA MARTÍN (2016d: p. 157); la responsabilidad civil es un exponente claro de ello: está regulada en el Código penal, pero es inequívocamente *civil*.

²⁴⁰ Véase KELSEN (1979: pp. 53 s.); GRECO (2015: p. 512); GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 157 s.). Para el caso de la sanción administrativa —lo que también vale para la pena—, véase por todos HUERGO (2007: pp. 235 s.): “el criterio de distinción (...) coherente con la noción de sanción como un castigo o retribución de una conducta ilegal, no está relacionado con la gravedad del mal o consecuencia jurídica desfavorable que se le impone al particular” porque “es perfectamente posible que un mismo hecho (por ejemplo la construcción de un edificio ilegal) dé lugar a una sanción (multa) y a una medida de restauración de la legalidad (demolición) que no es una sanción pero cuyas consecuencias económicas pueden ser mucho más graves”.

²⁴¹ Véase CIGÜELA (2015: p. 364 y nota 29); GRACIA MARTÍN (2016d: p. 157), y recuérdese la responsabilidad civil.

pulsión administrativas²⁴², y una multa puede ser una sanción penal o administrativa, pero también una medida coercitiva sin fines sancionadores²⁴³. Lo que defina a una sanción en general y especialmente a una pena tiene que ser algún dato o circunstancia específicos que no estén presentes en las demás consecuencias con las que puedan compartir determinados aspectos. La naturaleza jurídica de una consecuencia, y en particular la de las penas y sanciones, no puede determinarse exclusivamente por su *contenido*, sino únicamente a partir de los caracteres y de la estructura del *supuesto de hecho* que la fundamenta, de su finalidad y de su función específicas, las cuales, desde luego, podrán condicionar en parte su contenido²⁴⁴, pues si se trata por ejemplo de castigar con una pena, esta no podrá consistir lógicamente en una medida que produzca ventajas o provechos al penado. Como ha advertido Maihold, un concepto de pena respecto de la persona jurídica no puede orientarse a ningún supuesto de hecho constituido por la culpabilidad, sino solo a la *responsabilidad*²⁴⁵. Pero una consecuencia jurídica no orientada a la culpabilidad, sino solo a la responsabilidad, ya no puede ser en absoluto una pena ni una sanción de ninguna especie. Como tan acertadamente lo advierte Zaffaroni en la antesala a la formulación de su concepto agnóstico y negativo de la pena²⁴⁶ —que suscribo en su mayor parte, al menos como punto de partida—, en principio debe partirse de que “no se conocen todas las funciones que cumple la pena, y menos aún las de la totalidad del poder punitivo, pero (como lo que *sí* se sabe (es) que las asignadas por el derecho penal mediante las teorías positivas son falsas o, por lo menos, que es falsa su generalización”, por esto “debe concluirse que lo adecuado sería *buscar el concepto de pena para delimitar el universo del derecho penal por un camino diferente de sus funciones*”; y si a tal efecto hay que descartar “la vía formal (porque llevaría a una inusitada tautología del poder: pena sería lo que las agencias políticas consideran tal), (entonces) no resta otro camino que valerse de *datos ónticos*”, si bien sin que esto suponga desde luego, ni remotamente, que así se trate de “intentar desentrañar un *concepto óntico* de pena en el sentido prejurídico, sino (solo) de construir un concepto jurídico —y, por ende, limitador— que demanda referencias ónticas”, *porque* únicamente estas son “capaces de dotarlo de eficacia reguladora y limitante, dado que, de lo contrario, quedaría pendiente del vacío, como el universo mecánico de Newton”, y asimismo *porque* si “lo normativo no se crea para limitar lo normativo, sino para regular o limitar una conducta humana

²⁴² Véase de nuevo KELSEN (1979: pp. 53 ss.).

²⁴³ El ejemplo más apropiado para explicar todo esto es el de la llamada “multa coercitiva”, la cual, aún consistiendo en el pago de una suma pecuniaria, como la sanción y la pena de multa, de ningún modo tiene el carácter ni la naturaleza de una sanción en sentido estricto; al respecto véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011a pp. 824 ss.); SUAY RINCÓN (1989: pp. 62 ss.); PEMÁN (2000: pp. 88 ss.); HUERGO (2007: pp. 289 ss.); en la doctrina alemana, para la multa coercitiva del Derecho de policía, véase, por ejemplo, RACHOR (2012: p. 562); y también GEIGER (2006: p. 57 nota 176).

²⁴⁴ De modo semejante en lo esencial, HUERGO (2007: p. 228).

²⁴⁵ Véase MAIHOLD (2005: p. 21).

²⁴⁶ Véase ZAFFARONI (2002: pp. 44 ss. y 917).

(sea de los protagonistas del conflicto, de los jueces, de los funcionarios, etc.)”²⁴⁷, entonces “*los datos ónticos (tienen que ser) una barrera en la construcción de los conceptos*”, sin que ello suponga que los *impongan*, sino solo que los *condicionan*”²⁴⁸.

3. En el Estado de Derecho, toda consecuencia jurídica se legitima solo *si*: 1) se ha realizado en su totalidad el “supuesto de hecho” específico y diferenciado que la *fundamenta* y determina su *límite*, y no otro al que corresponda otra distinta; 2) su aplicación se orienta precisamente a los *finés* específicos para los que está dispuesta, y —si acaso ello fuera posible— no a otros que correspondan a otra consecuencia distinta; y 3) el *instrumento práctico* por medio del cual se trate de hacerla efectiva, además de idóneo para su fin, es también admisible conforme a principios ético-políticos y constitucionales indisponibles, como por ejemplo a la exigencia de respeto a la dignidad humana y a la interdicción de tratos inhumanos o degradantes²⁴⁹. Por esto, toda teoría general de las consecuencias jurídicas tiene que orientarse a determinar los *fundamentos*, los *finés* y los *instrumentos prácticos* específicos de aplicación de cada clase o tipo de consecuencia²⁵⁰, y al respecto es muy importante tener en cuenta que las clasificaciones jurídicas tienen que llevarse a cabo de acuerdo con un rígido código de nomenclatura²⁵¹, porque un uso deficiente o arbitrario de los nombres puede tener consecuencias prácticas muy graves. En todo ordenamiento jurídico hay multitud de consecuencias jurídicas que no tienen ni el mínimo parecido con una sanción en sentido estricto, y otras que solo aparentemente se muestran como tales pero sin serlo realmente. Solo la consecuencia jurídica que se enlaza a una infracción cometida culpablemente por su autor y que se aplica solo a este puede ser y llamarse propiamente sanción. En rigor y en sentido estricto, solo debe conceptuarse y denominarse como sanción, y muy especialmente sanción *penal*, a la consecuencia jurídica que se le aplica como *castigo*, es

²⁴⁷ Véase ZAFFARONI (2002: p. 45).

²⁴⁸ Véase ZAFFARONI (2005b: p. 139).

²⁴⁹ Véase GRACIA MARTÍN (2006a: p. 72).

²⁵⁰ Véase GRACIA MARTÍN (2006a: pp. 71 s.). En el mismo sentido, en relación con los diferentes tipos de consecuencias jurídicas administrativas, véanse las muy rigurosas y muy fructíferas interpretaciones y construcciones conceptuales de HUERGO (2007: pp. 220-247 *passim*), y para la diferenciación de la sanción respecto de otras consecuencias jurídicas del Derecho administrativo, con encomiable finura jurídica, véase *loc. cit.* pp. 249-358 *passim*.

²⁵¹ Véase en relación precisamente con las consecuencias jurídicas, BOTTKE (1995: pp. 10 ss.), donde enfatiza la importancia de la terminología en relación con los “fundamentos” del análisis “conceptual” de los *diferentes* tipos de consecuencias jurídicas que pueden entrar en consideración a partir de la comisión de un hecho punible, y con la *diferente* finalidad de cada tipo de consecuencia; véase además BOTTKE (1997: pp. 43 ss.), donde explica que la apertura de un proceso conlleva consecuencias jurídicas de distinta naturaleza y finalidad que en concreto, *de acuerdo con su terminología*, podrán ser consecuencias *condictivas*, esto es, de incautación de las ventajas reportadas por el hecho punible, consecuencias de carácter *restitutorio*, o sea, de reparación de los perjuicios ocasionados por el hecho delictivo, y consecuencias “consistentes en la producción de costes”, en forma de pérdida de libertades o de fortuna, las cuales pueden ser, a su vez, de carácter *retributivo* de la culpabilidad o *preventivo* de la peligrosidad.

decir, irrogándole un *mal*²⁵² al sujeto que ha realizado él mismo *culpablemente* la infracción de una *norma de conducta*²⁵³, con el cual no se restituye ni repara un daño, ni se detiene o neutraliza ningún peligro de lesión²⁵⁴, y que además se le impone con los fines de tratar de producir eventualmente una influencia *pro futuro* en su voluntad y también en la voluntad de otros en un sentido disuasorio de la comisión de delitos y, en su caso, de infracciones^{255/256}. No pueden ser sanciones las consecuencias jurídicas que puedan aplicarse y se le apliquen a un sujeto distinto del autor de la infracción en virtud y por razón de alguna *relación* existente entre ambos²⁵⁷.

²⁵² Pues “la reparación y la expiación” —decía KOHLER (1917: p. 503)— “están unidas inseparablemente a los conceptos de aflicción y de dolor; (y) esto vale para todas las penas”, puesto que con éstas “debe provocarse un sentimiento de dolor que debe servir como expiación y reparación por los excesos faltos de ética de la persona; pero todo esto” —concluye— “se origina en fenómenos psíquicos que sólo son posibles en la personalidad individual”; véase también KÖHLER (1986: pp. 15 s., 54, 61): la pena es “un mal empírico”; SCHÜNEMANN (2014a: pp. 2 y 3 nota 14), habla del potencial “destrutivo” de la pena (*Overkill*); ZAFFARONI (2002: pp. 44 ss. y 917), donde tras poner de relieve el fracaso de todas las teorías positivas legitimantes de la pena mediante la asignación a esta de funciones manifiestas de prevención, propone una definición agnóstica de la pena como “(a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes” (p. 45); GIMBERNAT (1990: pp. 146 ss.): pena (o su amenaza) como creación de “miedos reales” (p. 147), como causación de “sufrimiento al delincuente” (p. 149), como “intervención radical en la vida del ciudadano” portadora de “fuerza destructiva” (p. 151) y como “padecimiento” (p. 153); NINO (1984: p. 173): “es parte esencial de la razón por la que la pena se aplica el imponer algún *sufrimiento* a su destinatario” (cursiva del mismo autor); GRACIA MARTÍN (2006a: p. 60); JAKOBS (2006: pp. 135 ss., 141 ss.), sostiene que “la contradicción del delito debe producirse precisamente infligiendo dolor”, pues este “sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma” (p. 141); además, JAKOBS (2011: pp. 113 ss.) y EL MISMO (2012: pp. 13 ss.); HUERGO (2007: p. 379), afirmando que toda sanción tiene como finalidad imponer un perjuicio al infractor.

²⁵³ Véase SCHNEIDER (2011: pp. 37 y 76), afirmando que las normas de sanción disponen consecuencias jurídicas que se llaman “sanciones”, las cuales están previstas “para determinadas infracciones de deberes de *conducta*” (p. 76); minimizando la importancia del “fundamento jurídico” para determinar la naturaleza de la consecuencia jurídica, pero a mi juicio de modo contradictorio, véase GEIGER (2006: pp. 67 s.); MENDONCA (2000: p. 89): “ante todo, es necesario distinguir, en este contexto, dos sentidos conexos de ‘sancionar’: por un lado, el término ‘sancionar’ se halla asociado a la acción de prever o establecer un castigo en una disposición de carácter general, pero, por otro lado, ‘sancionar’ se vincula a la acción de aplicar un castigo mediante una decisión de carácter individual”.

²⁵⁴ En este sentido el concepto negativo de pena de ZAFFARONI ya descrito *supra* en nota 252.

²⁵⁵ Véase GIMBERNAT (1990: pp. 157, y pp. 175 ss.), donde al exponer su conocida teoría de la prevención general con base en el psicoanálisis, explica cómo la finalidad de prevención general requiere que la pena se oriente a la producción de efectos inhibitorios de la voluntad de los ciudadanos, y advierte que esto sólo podrá lograrse frente a los ciudadanos *motivables* por la amenaza, o sea frente a los que tengan capacidad de motivación.

²⁵⁶ Una definición de pena similar, que debe ser válida para toda sanción, en CIGÜELA (2015: p. 362): “consecuencia jurídica (que contiene una reproche ético-jurídico) impuesta al autor de un hecho antijurídico, evitable por él mismo, para la consecución de fines preventivos y retributivos, justificada y limitada en la medida de su culpabilidad personal”.

²⁵⁷ Véase GRACIA MARTÍN (1996a: pp. 46 ss.); y en relación con las sanciones administrativas, véase HUERGO (2007: pp. 378 s.), quien al entender al principio de culpabilidad como una consecuencia necesaria del concepto de sanción (p. 378), y que las sanciones tienen como finalidad imponer un perjuicio al infractor (p. 379), afirma consecuentemente: 1) que “este perjuicio sólo se justifica, de acuerdo con la ley, en la previa comisión de una infracción”; 2) que “por aplicación del principio de Estado de Derecho, de respeto a la dignidad humana (...) sólo se puede castigar a una persona por infracciones de las que sea personalmente responsable”; y 3) que, por esto mismo, “no son admisibles fórmulas de responsabilidad familiar o colecti-

4. Una primera cuestión que se plantea, y que no carece de importancia, es la de si las consecuencias accesorias y las aplicables a personas jurídicas pueden cumplir realmente, es decir, empíricamente, los fines de las sanciones y especialmente los de la pena.

a) Inicialmente hay que decir que una posible realización de los efectos de cualquier consecuencia penal y sancionadora solo puede ser pensada en relación con un sujeto capaz de acción y de culpabilidad²⁵⁸, y esto es imposible e inconcebible que pueda tener lugar en relación con la persona como forma jurídica pura del pensamiento. Una posible realización de los fines de prevención —no el de retribución— por medio de una consecuencia jurídica aplicada a un individuo o ente distintos del que ha cometido la infracción culpablemente solo puede ser pensada si acaso como *mediata* en otros individuos²⁵⁹. Desde luego es un dato de la experiencia que toda intervención de cualquier naturaleza y especie causa efectos empíricos significativos que podrán producir —y normalmente producen— determinadas impresiones y efectos psíquicos en la conciencia de quienes los perciban o meramente tengan noticia de ellos y comprendan su significado; y estos efectos psíquicos podrán transformarse luego en motivos de sus conductas en la medida en que puedan afectarles de algún modo los efectos de la consecuencia aplicada a un sujeto distinto²⁶⁰. Una intervención directa en los bienes y en la actividad de un ente no podría ser menos, y sin duda hay que tener como posible que con ella se produzcan efectos intimidantes, disuasorios, motivacionales, etc. *mediatamente* en las personas físicas que lo controlan, y también en las que controlan a otras entidades. Como dice Kelsen, una sanción dirigida contra un tercero distinto del delincuente puede tener algún efecto preventivo cuando existe entre ambos una relación grupal que hace que el obligado experimente como un mal también la sanción impuesta a varios o a todos los individuos del grupo al que pertenece el delincuente precisamente porque

va” (p. 379). Por otra parte, en relación con las responsabilidades de carácter solidario y subsidiario por infracciones administrativas, entiende HUERGO con toda la razón: 1) que “las sanciones no tienen nada que ver con ese esquema” (p. 396); 2) que “la solidaridad en sentido estricto no tiene cabida en un Derecho sancionador basado en el principio de culpabilidad, en la medida en que obliga a un sujeto a pagar por su infracción y por la de otros” (p. 398); y 3) que “el principio de culpabilidad impide sancionar a un sujeto por una conducta imputable a otro distinto” (p. 399).

²⁵⁸ Sobre la necesidad de una conciencia de sí mismo del sujeto a quien se aplica la pena como condición de la posibilidad de realización de sus fines, la cual le falta evidentemente a toda persona jurídica, véase aquí solo JAKOBS (2002: pp. 568, 570 s.); KÖHLER (1997: p. 562); V. FREIER (1998: pp. 120 y extensamente pp. 135 ss.); CIGÜELA (2015: pp. 221 ss., 360 s., con numerosas referencias en ese sentido). Véase también RUDOLPHI (1984: p. 71 = 1991, p. 83).

²⁵⁹ Véase en este sentido por ejemplo CIGÜELA (2015: p. 224 ss.).

²⁶⁰ CUERDA RIEZU (2009a: pp. 193 s.) entiende que la pena impuesta a un sujeto *distinto* del que ha cometido el hecho carece absolutamente de eficacia preventiva cuando el penado estaba dispuesto a asumir y asume voluntariamente la pena por el hecho que ha cometido otro, mientras que si la pena se le aplica coactivamente en contra de su voluntad sí puede producir efectos preventivos generales, y muy en particular intimidatorios. Sin duda CUERDA tiene en esto toda la razón, pero en mi opinión eso es cierto solo en los supuestos de terror penal estatal para la represión política, que por lo demás son los que menciona CUERDA como ejemplos, y no para el ámbito de la delincuencia económica que se realiza por medio de empresas, en el cual sucede todo lo contrario como se explica en el texto.

son miembros de su misma colectividad²⁶¹, pero la eficacia preventiva de una sanción colectiva es significativa y estimable solo en comunidades primitivas en que los individuos carecen de “una conciencia del yo suficientemente destacada”²⁶², y prescindiendo ahora de los casos extremos de terror estatal dictatorial²⁶³, es mucho más que dudoso que la tenga en las sociedades libres y civilizadas del presente, y si además tenemos en cuenta que en el caso que nos ocupa la intervención no recae en ningún individuo, sino en una cosa u objeto como el patrimonio de la persona jurídica, el efecto preventivo que puedan producir unas medidas como estas será muy escaso e incluso nulo, y por el contrario esa ineficacia sí podrá tener efectos criminógenos.

b) En principio, solo de la pena impuesta a las personas físicas que han cometido el hecho cabe esperar una cierta eficacia preventiva²⁶⁴, mientras que de las consecuencias aplicadas a un ente no cabe esperar ninguna²⁶⁵, y si produjera alguna, que en todo caso sería mínima, esta no añadiría absolutamente nada a la que ya haya podido producir la pena impuesta a la persona física autora del hecho ni siquiera en el sentido de un refuerzo complementario y accesorio. Por el contrario, cuando por cualquier motivo no pueda imponerse ni se imponga realmente ninguna pena a ninguna persona física, la consecuencia que se imponga al ente, que no será ninguna típica de una responsabilidad personal, sino solo una propia de la responsabilidad patrimonial, podría ser interpretada en el sentido de que el ente funciona como una especie de escudo protector de las personas físicas frente al riesgo de su persecución penal por los delitos que cometan cuando actúan en su lugar, y en definitiva contemplada como expresión de una suerte de responsabilidad (personal) *limitada* de facto para las personas físicas que lo controlan y actúan delictivamente bajo su cobertura²⁶⁶. Por otra parte, tampoco puede pensarse que con una consecuencia aplicada a un ente pueda realizarse el fin de la retribución punitiva o sancionatoria. La retribución no puede ser entendida como confirmación de la vigencia de la norma infringida, por la simple razón de que esta es una mera afirmación tautológica que solo describe circularmente el significado consubstancial y evidente de toda y cualquier consecuencia jurídica de cualquier género y especie —también de las no sancionadoras— en cuanto portadora del *contenido* del deber ser. Una retribución punitiva solo puede ser pensada y consistir en la imposición de un mal a un sujeto que pueda sentirlo y adquirir conciencia tanto del mal mismo como de la

²⁶¹ Véase KELSEN (1979: p. 135); EL MISMO (1995: p. 65); véase también CUERDA RIEZU (2009a: pp. 194 s.).

²⁶² Véase KELSEN (1979: pp. 135 s.); EL MISMO (1995: pp. 66 s.).

²⁶³ Véase CUERDA RIEZU (2009a: p. 195).

²⁶⁴ Véase en este sentido SCHÜNEMANN (2014a: p. 13).

²⁶⁵ Pues como reconoce incluso VOGEL (2012: pp. 430), “las investigaciones empíricas permiten presumir que el (mero) ‘etiquetamiento’ de las sanciones contra empresas como penas criminales, apenas ofrece provechos preventivos”.

²⁶⁶ Sobre la ineficacia preventiva de las sanciones a la empresa y el cambio de tendencia en E.E.U.U. hacia la responsabilidad penal individual, *cf. supra* nota 64.

razón por la que se le impone, y es evidente que nada de esto puede tener lugar respecto de un ente que carece absolutamente de sustrato sensible y conciencia psíquica²⁶⁷. Por cierto, solo de una pena o sanción *retributivas* pueden esperarse efectos preventivos de cualquier especie²⁶⁸. Como afirmara Kelsen, “*solo cuando el daño de la sanción recae sobre quien lo ha producido*, las exigencias de la retribución se cumplen y el temor a la sanción puede apartar a los individuos de la comisión del acto antijurídico”²⁶⁹. Y como la responsabilidad de cualquier ente es en todo caso una por el hecho cometido por otro²⁷⁰, de esto resulta que ninguna consecuencia jurídica aplicada a un ente es apta para realizar el fin de una retribución punitiva o sancionatoria²⁷¹.

5. El término *prevención* es polisémico, y su concepto multívoco en cuanto a los objetos de intervención y a los instrumentos y modos prácticos de llevar a cabo la actividad preventiva. Muy genéricamente, podríamos definir como preventiva a toda actividad e intervención con medidas adecuadas orientadas a evitar la producción de un hecho previsible indeseado. Pero una definición tan genérica apenas dice algo sobre aquellos instrumentos, modos y objetos de la actividad e intervención preventivas. En la Criminología, la prevención criminal se define en primera instancia de un modo amplísimo como la totalidad de las medidas o esfuerzos públicos y privados dirigidos a evitar hechos punibles²⁷², pero luego se la concreta en diferentes planos y se distingue entre prevención primaria, secundaria y terciaria²⁷³. *Prevención primaria* es la perseguida por medio de todas las actividades relativas a la educación y socialización de la totalidad de la población independientemente de todo riesgo específico de criminalidad, como las programadas y realizadas en virtud de políticas educativas, culturales, deportivas, urbanísticas, de salud, de formación profesional, etc., incluyendo aquí la socialización por medio del Derecho

²⁶⁷ Cfr. la descripción de KOHLER expuesta *supra* en nota 252, y ahora también SCHMITT-LEONARDY (2013: p. 445).

²⁶⁸ Véase en este sentido también CIGÜELA (2015: p. 228): “solo se previene adecuadamente si la pena es retributiva”.

²⁶⁹ Véase KELSEN (1995: p. 64).

²⁷⁰ Véase KELSEN (1979: pp. 135 y 138): “uno está obligado con respecto a una determinada conducta, a saber, siempre y solamente, la conducta *propia*; no puede obligarse uno por la conducta de otro. En cambio, uno es responsable tanto por determinada conducta propia, como también por la conducta ajena”, y aquí estamos ante “una responsabilidad por hecho ajeno, (que) es una responsabilidad colectiva” y exclusivamente “por el resultado” (p. 138); EL MISMO (1995: pp. 80 y 81): “la responsabilidad, lo mismo que la obligación, refiérese al acto antijurídico; pero la obligación se refiere al acto antijurídico propio, en tanto que la responsabilidad puede referirse a un acto antijurídico cometido por una persona distinta; si se excluye la responsabilidad delictiva de la persona colectiva, ello de ninguna manera excluye la posibilidad de su responsabilidad; solo que no se trata de responsabilidad de la agrupación por un delito propio, es decir, atribuible a ella, sino de una responsabilidad por *delito ajeno*, esto es: responsabilidad por el delito en que ha incurrido un individuo determinado por el estatuto para cumplir esa obligación”; además KELSEN (1979: p. 194); y FERRARA (2006: p. 623 nota 88).

²⁷¹ Véase en el mismo sentido, ampliamente, CIGÜELA (2015: pp. 228 ss.).

²⁷² Véase por ejemplo MEIER (2007: p. 270).

²⁷³ Véase por ejemplo MEIER (2007: pp. 274 ss.); EISENBERG (2005: p. 833 nota 70).

y particularmente por medio de la conminación penal y sancionatoria²⁷⁴. La *prevención secundaria* es la que se pretende por medio de intervenciones en situaciones y lugares con riesgos reconocibles de criminalidad, y medidas típicas para ello son todas las imaginables de protección mediante el aseguramiento de lugares, objetos y personas, y muy destacadamente las del Derecho de policía para la defensa frente a peligros²⁷⁵. A este plano pertenecen las llamadas medidas de *prevención situacional del delito*, consistentes en acciones tendentes a bloquear o disminuir las *ocasiones y oportunidades* de comisión de delitos, como por ejemplo la iluminación de lugares, la disposición arquitectónica de edificios, la vigilancia policial y con medios tecnológicos, los controles de seguridad, y un muy extenso repertorio²⁷⁶. Finalmente, la *prevención terciaria* es la que trata de alcanzarse por medio de una *intervención directa sobre personas* que ya han cometido un hecho punible, y su principal objetivo es evitar la repetición del delito por el mismo autor o por otros; y precisamente a este plano pertenecen, empero solo y exclusivamente, las medidas penales (penas y medidas de seguridad)²⁷⁷, y en mi opinión, todas las sanciones de cualquier especie, porque materialmente son penas y tienen también los mismos fines de prevención terciaria (general y especial) que las penas criminales.

a) Toda pretensión preventiva se concreta en *última instancia* en la aspiración a que todos los que pudieran tener la tentación o estar predispuestos —motivados— a la comisión de un delito no lleguen a cometerlo, sea porque aun teniendo la oportunidad ellos mismos decidan no realizarlo, o sea porque aun estando decididos no tengan oportunidad ni ocasión de hacerlo²⁷⁸. A estos efectos pueden resultar idóneas en mayor o en menor grado muy variadas y diferentes medidas de intervención en objetos asimismo muy variados y diferentes que podemos diferenciar en dos grandes grupos: por un lado, cosas, incluidos los animales, estados o situaciones de hecho, y procesos de toda índole, por ejemplo naturales y sociales sistémicos asimilables a los naturales²⁷⁹, y por otro lado individuos, pero *prima facie* no en cuanto tales, sino en tanto que *personas* susceptibles de *imputación*. En razón de los diferentes instrumentos, modos y objetos de la actividad preventiva, y de los distintos planos de eficacia preventiva, podemos distinguir ahora a una prevención *primaria* por medio de la *socialización*, una *secundaria* por medio del *asegura-*

²⁷⁴ Véase MEIER (2007: p. 275); EISENBERG (2005: pp. 840 s. y nota 94 de p. 840).

²⁷⁵ Véase MEIER (2007: p. 275); EISENBERG (2005: p. 833 nota 70).

²⁷⁶ Sobre esta prevención situacional, véase ampliamente MEDINA (1998: pp. 282 ss., 291 ss.); MEIER (2007: p. 273); EISENBERG (2005: p. 833 nota 70). Sobre las estrategias de prevención en la empresa, véase AGUSTINA (2010: *passim*).

²⁷⁷ Véase MEIER (2007: p. 275); EISENBERG (2005: p. 833 nota 70).

²⁷⁸ Véase MEDINA (1998: p. 284), donde resume la teoría de las actividades cotidianas de COHEN y FELSON, según la cual, para que tenga lugar un delito tienen que converger en el tiempo y en el espacio un sujeto motivado a cometerlo, la presencia del objetivo alcanzable y la ausencia de un guardián capaz de prevenirlo.

²⁷⁹ Así SCHÜNEMANN (2014a: pp. 2 s., 4 y 11).

miento de cosas, situaciones y procesos potencialmente peligrosos y por medio también de la *policía* de defensa frente a peligros, y finalmente una *terciaria* por medio del *castigo a individuos*. Con esto hemos llegado a un momento decisivo: el mero hecho de que una consecuencia jurídica esté orientada a la prevención del delito y produzca o pueda producir efectivamente ese efecto, por sí solo no dice aún absolutamente nada acerca de su naturaleza jurídica, y no puede ser ningún argumento determinante de la naturaleza *penal* de la consecuencia, pues también las medidas de prevención primaria y secundaria se orientan a la prevención del delito, son o pueden ser eficaces al respecto, y sin embargo no son consecuencias penales ni sancionatorias en absoluto²⁸⁰. Se puede afirmar con toda seguridad y certeza que, con la excepción de la conminación penal en su dimensión socializante, ninguna medida o intervención en los planos de la prevención primaria y secundaria tienen sentido ni naturaleza *específicamente* penales ni sancionatorios. Sólo puede ser prevención *específicamente penal* (y sancionatoria) la que se persiga mediante un *castigo* a individuos, es decir, exclusivamente por medio de intervenciones estatales coactivas directas en un sujeto humano cuyo sentido y significado se agotan en la irrogación de un mal a este, y esto aún debemos matizarlo y precisarlo. Pues sin duda hay intervenciones estatales coactivas que pese a recaer directamente en seres humanos, irrogarles un mal, y perseguirse con ellas una finalidad preventiva, como sucede con todas las medidas de coacción directa o diferida, o de compulsión administrativa²⁸¹, sin embargo tampoco son penas ni sanciones por la simple razón de que, además de que no tienen nada que ver con la culpabilidad, las mismas operan en el plano de la prevención secundaria igual que otras que recaen en cosas, situaciones y procesos naturales o sociales sistémicos, y por esto lo que diferencie a la prevención *específicamente penal* de otras formas de prevención tendrá que encontrarse en algún dato externo adicional a la idea misma de la prevención. En todo caso, se puede afirmar con seguridad que no es ni puede ser penal ni sancionatoria ninguna medida de intervención en un objeto distinto a un individuo, y en particular las que se imputan a su *persona*.

b) Los planos de la compensación de daños y perjuicios, y de la prevención por el *aseguramiento* y por la *intervención policial* para la defensa frente a peligros, corresponden al ámbito normativo de la distribución jurídica conforme a la idea del Derecho, en el cual como ya sabemos no entra en consideración el ser humano empírico, sino la *persona*, y esta no como sujeto, sino solo como *objeto* de la distribución²⁸². En este plano, la persona y todos los demás objetos, situaciones y procesos naturales y sociales sistémicos sobre los que recae la intervención preventiva (de aseguramiento o policial), se muestran todos como *objetos análogos* desde

²⁸⁰ Véase por ejemplo KAISER (1988: p. 83); EISENBERG (2005: pp. 833 ss.), habla de prevención *extra-penal*; GARCÍA-PABLOS (2006: pp. 44 ss.).

²⁸¹ Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011a: p. 826); y extensamente ZAFFARONI (2002: pp. 48 ss.).

²⁸² Cfr. *supra* nota 96 y el texto correspondiente.

el punto de vista valorativo de la distribución; aquí, a las *personas* se les imputa la consecuencia, y la intervención recae ciertamente en el individuo que encarna su substrato, pero no en tanto que sujeto que ha cometido una infracción culpablemente, sino en tanto que individuo que constituye y representa un foco de peligro²⁸³, y por esta razón, estas medidas, a cuyo género pertenecen inequívocamente todas las especies de consecuencias accesorias del delito y las llamadas erróneamente penas aplicables a personas jurídicas, no son ni pueden tener el carácter ni la naturaleza de sanciones de ninguna clase. Pues no puede ignorarse que hay que distinguir entre una responsabilidad *personal* y otra *patrimonial*²⁸⁴, e incluso en un sentido muy amplio y genérico otra *social* de carácter objetivo con muy diversos fundamentos y contenidos —por ejemplo por el padecimiento de enfermedades contagiosas o la de la Administrativa por actos administrativos que suponen una desviación de poder²⁸⁵—, y a la cual se debe hacer frente con actos coactivos que no tienen ningún carácter de sanción²⁸⁶. Por otra parte, tampoco debe ignorarse que cuando la consecuencia jurídica es una de carácter pecuniario o una ejecución civil, estas se realizan en el patrimonio del sujeto a quien se aplican, y cuando es una preventiva de aseguramiento o de defensa policial frente a peligros consisten en una intervención en el foco de peligro, ya sea este una cosa o un individuo o grupo de individuos. Por todo esto, si bien un sujeto incapaz de acción puede —y en determinadas

²⁸³ Véase KELSEN (1994: p. 100), pues “es necesario recordar que el hombre puede aparecer tanto como sujeto como *objeto* del comportamiento humano; en el caso de la norma que prohíbe el robo, el hombre cuyo comportamiento se está prohibiendo es el sujeto de ese comportamiento; también en la norma que manda castigar a los ladrones, el hombre cuyo comportamiento se está normando es sujeto de ese comportamiento, pero en cambio, el hombre que deberá ser castigado (formulándolo de manera general: el hombre contra el que se dirige la sanción) es *objeto* del comportamiento mandado”. No obstante, téngase en cuenta que, como ya se ha advertido en diversos lugares, KELSEN no usa siempre adecuadamente la terminología ni es unívoco y constante en sus usos, pues es evidente que “el hombre” contra el que se dirige la sanción y al que se castiga, no es *objeto*, sino *sujeto* (pasivo) del comportamiento del que debe aplicarle y le aplica la sanción.

²⁸⁴ Véase KELSEN (1979: pp. 169 s., 193 s. y 195); y EL MISMO (1995: p. 123).

²⁸⁵ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (2011a: pp. 493 s.), donde dice de un modo que explica por sí mismo lo afirmado arriba en el texto que “el vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad; lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales”, puesto que “lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia Administración”, y por ello GARCÍA DE ENTERRÍA (*loc. cit.*: pp. 493 y 494), advierte con razón que del supuesto de hecho de la desviación de poder hay que abstraer totalmente la conducta del funcionario agente (p. 494), y que el mismo tiene lugar independientemente del fin o del interés personal que este pudiera tener, razón por la cual el acto deberá ser declarado nulo en todo caso (p. 642); en general respecto de la necesidad de abstraer la conducta del sujeto que haya causado una situación contraria al ordenamiento, del supuesto de hecho que debe fundamentar la aplicación de la necesaria consecuencia jurídica restauradora no sancionatoria, véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 88 s.).

²⁸⁶ Véase KELSEN (1979: pp. 53 ss.), donde menciona como ejemplos la privación de libertad como guardia protectora de individuos para protegerlos de ataques ilícitos con que se les ha amenazado, la internación coactiva de enfermos mentales peligrosos en hospicios, o la de enfermos contagiosos en hospitales, es decir, actos coactivos que sin duda tienen el mismo contenido material que las correspondientes sanciones, pero que “no constituyen sanciones en el sentido de consecuencias de una ilicitud”, sino solo meros actos coactivos que “están condicionados por *otros hechos*”. Salta a la vista que aquí KELSEN se está refiriendo claramente a las que hemos denominado como medidas preventivas de aseguramiento y de policía para la defensa frente a peligros.

circunstancias *debe*— ser responsable, su responsabilidad no puede ser más que una objetiva de carácter solo *patrimonial* o *social* por un resultado o por un estado objetivo de las circunstancias, y lógicamente nunca una *personal* por una conducta que no es capaz de realizar²⁸⁷. Cuando el autor de la infracción es también responsable (por su propio hecho), su responsabilidad es doblemente *personal* y *patrimonial*, y por esto es a la vez *sujeto* de una sanción en cuanto individuo y *objeto* de otra consecuencia no sancionatoria (por ej. civil o de ejecución forzosa) en cuanto persona jurídica. Pero cuando el responsable es un sujeto distinto del autor de la infracción aquel lo es en primera instancia en cuanto persona a la que se imputa esa responsabilidad y no en cuanto individuo, por lo que tal responsabilidad no es en ningún caso personal, sino exclusivamente *patrimonial*²⁸⁸, y por lo tanto la consecuencia que se le impone no es ni puede ser —porque no tendría sentido— una sanción, sino solo alguna de carácter solo patrimonial²⁸⁹. Por esto, las sanciones son siempre consecuencias ligadas a una responsabilidad *personal*, mientras que las consecuencias no sancionadoras, como observa Huergo, pueden tener carácter *real*, es decir, exclusivamente patrimonial²⁹⁰.

c) Especialmente cuando se *imputa* el deber *objetivo* de hacerse cargo (de responder) de las consecuencias de una infracción a una *persona* distinta de la del individuo infractor, *porque* aquella es contemplada como centro o punto final de la imputación objetiva de acuerdo con las normas de distribución, es decir, como “responsable”²⁹¹, aquella no es considerada por el Derecho como sujeto, sino solo como *objeto* de la distribución, y este *objeto* tanto puede ser una *persona* física o jurídica como un ente sin personalidad jurídica²⁹², como por ejemplo una comunidad de bienes²⁹³. Pues toda “norma jurídica implica un deber en relación con el

²⁸⁷ Véase KELSEN, igual que en nota anterior.

²⁸⁸ Véase KELSEN (1979: p. 134): “en el primero caso, el individuo responde con su persona y su patrimonio; en el segundo tenemos dos individuos responsables, aquel que dispone del patrimonio, y aquel que es sujeto del derecho, que es titular del patrimonio; uno responde solo con su persona, mientras que el otro lo hace con su patrimonio”; y en sentido similar, aunque no tan preciso como KELSEN véase FERRARA (2006: p. 622): “estos instrumentos y órganos de la persona jurídica son al fin hombres, y no se puede desconocer que el acto ilícito cometido por ellos es un acto personal suyo, aun cuando las consecuencias recaigan en dolo de la persona jurídica; tan verdad es que del mismo delito surge una doble responsabilidad, no solo de la *universitas* para con los terceros, sino también del órgano para con la *universitas*”.

²⁸⁹ Véase en sentido similar, CIGÜELA (2016: p 17 y nota 58): se trata de una prevención indirecta distinta de la que tiene lugar mediante la pena, pues “se interviene sobre la organización —disminuyendo su patrimonio (multa), imponiendo una curatela o cerrando establecimientos— con el objetivo de motivar a sus administradores para que re-estructuren la organización a favor del cumplimiento del Derecho (prevención especial), al tiempo que se incentiva al resto de los administradores para que hagan lo propio en sus empresas (prevención general)”.

²⁹⁰ Véase HUERGO (2007: p. 380).

²⁹¹ Véase GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 68 ss.); EL MISMO (2015: pp. 216 ss.); y EL MISMO (2016b: pp. 80 ss.).

²⁹² Cfr. *supra* II.3 y nota 86.

²⁹³ Así por ejemplo el art. 2 del R. D. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social, dice obviamente de un modo terminológica y conceptualmente estrambótico que “son sujetos responsables de la infracción las *personas* físicas o

autor potencial del acto violatorio, e implica una responsabilidad para el *objeto* potencial de la sanción”, y por ello hay que distinguir “entre deber jurídico y responsabilidad en aquellos casos en que la sanción no recae, o no recae únicamente, sobre el infractor, sino sobre otros individuos que guardan con él una determinada relación jurídica”²⁹⁴. Y si bien Kelsen entiende que a la persona jurídica —como a cualquier otro ente u objeto sin personalidad jurídica— se le puede *imputar el resultado* del delito cometido por el órgano, sin embargo considera que aquella no puede ser *penada*, y que solo se le pueden aplicar las que él denomina “penas” patrimoniales, pero errónea y contradictoriamente, porque según él son *análogas* a las sanciones *civiles*²⁹⁵, y para él mismo estas últimas no son propiamente penas ni sanciones porque, según lo explica, “cuando la sanción consiste en la privación coactiva de valores patrimoniales responde el individuo, que tiene la disposición de su patrimonio y contra el cual se dirige el acto coactivo, *con su persona*; (pero) el individuo que es sujeto de los derechos subjetivos en que el patrimonio consiste, (responde solo) *con su patrimonio* sobre el cual se cumple (solo) la *ejecución forzosa*”²⁹⁶. Y cuando se trata de una agrupación, “la disposición sobre el patrimonio que interesa corresponde a un órgano social”, y entonces “si, como reacción al incumplimiento de una obligación impuesta a la asociación por el orden jurídico estatal, se ejecuta coactivamente ese patrimonio, el acto coactivo se dirige contra el órgano que también responde con su *persona* por el incumplimiento de *su* obligación” mientras que la asociación, en tanto sea vista “como sujeto titular de ese patrimonio”, puede decirse que “*responde (exclusivamente) con su patrimonio*”²⁹⁷. Y así, cuando la obligación estatuida por el orden jurídico estatal, la ha asumido el estatuto social como contenido de una obligación del órgano, su incumplimiento por *este* acarrea una *pena* que se le impone *a él* en cuanto obligado y autor de la infracción, y a esta responsabilidad individual *penal* del órgano, se le agrega la responsabilidad de la asociación (en el sentido que acaba de indicarse), es decir, una de carácter solo *patrimonial*²⁹⁸ (o según el caso, *social*). Pues el delito que comete el que actúa para la persona jurídica o para un ente sin personalidad jurídica, y por el que *sólo* su autor responderá —él *sí*— *criminalmente*, es un acto relacionado con la administración del patrimonio de ella por aquel, y por ello el patrimonio de la persona jurídica, o la masa del ente sin personalidad jurídica, también debe *responder* de las consecuencias derivadas de los actos relativos a su administración. Ahora bien, una intervención en un patrimonio administrado por otro (o en la masa de un ente sin personalidad jurídica), como afirma con razón Jakobs apo-

jurídicas y las *comunidades de bienes* que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley”.

²⁹⁴ Véase KELSEN (1995: p. 80).

²⁹⁵ Véase KELSEN (1979: pp. 193 s. y 195); EL MISMO (1995: p. 123).

²⁹⁶ Véase KELSEN (1979: p. 194).

²⁹⁷ Véase KELSEN (1979: pp. 194 y 195; la cita es de p. 194, y las cursivas mías); EL MISMO (1995: p. 79).

²⁹⁸ Véase KELSEN (1979: p. 195).

dícticamente, “no tiene absolutamente nada que ver con una *pena*²⁹⁹ ... (y) para evitar confusiones, no se debería bautizar con el nombre de *pena*”³⁰⁰.

d) Debería estar absolutamente claro que las consecuencias jurídicas que se aplican al “responsable” no son ni pueden tener el carácter de sanciones de ninguna clase ni especie, y pretender que sean tales, y además denominarlas así como “penas”, “sanciones penales” o simplemente “sanciones” de cualquier especie, no puede ser visto más que como expresión de un solipsismo jurídico penal, o como ejercicios de las que con algunos autores especialmente críticos con las propuestas de atraer al Derecho penal a personas jurídicas y a agrupaciones y organizaciones, podríamos denominar como Dogmáticas de poetas³⁰¹ o de artistas³⁰², de “metáforas”³⁰³, o de “ocurrencias”³⁰⁴. Ninguna consecuencia penal o sancionatoria puede tener como fin primario e inmediato la intervención en el patrimonio de una *persona* como *objeto*; una sanción solo puede tener como objeto y fin la intervención directa en un *sujeto humano*. Por consiguiente, para determinar la naturaleza sancionadora de una medida tiene que ser decisivo algún dato o criterio en virtud de los cuales el destinatario de la misma se muestre como *sujeto* y no solo como *objeto* de la intervención, es decir, un dato específico *diferenciador* que ya no permita contemplar al sujeto de la sanción como un objeto *análogo* a los de las medidas de prevención secundaria, entre los cuales también se encuentra él mismo, pero contemplado no como individuo sino *prima facie* como persona jurídica en el plano de la responsabilidad *patrimonial* o *social* (civil, administrativa, policial), y no en el de la personalísima e intransferible, que es la única que puede ser el fundamento de toda sanción de cualquier especie.

6. Toda sanción tiene y debe tener necesariamente como presupuesto una *infracción antijurídica*, y esta solo puede consistir en la realización de una *acción u omisión ilícitas*³⁰⁵, es decir, una conducta violatoria de un *deber de conducta* establecido por una norma jurídica. Ahora bien, sin excepción alguna, todos están *obligados solo y exclusivamente* a una conducta *propia* conforme a Derecho; nadie lo está ni puede estarlo por la conducta de otro³⁰⁶; pero como *se responde* de un

²⁹⁹ Véase JAKOBS (2002: p. 573).

³⁰⁰ Véase JAKOBS (2002: p. 574).

³⁰¹ *Cfr.* la cita de VAREILLES-SOMMIÉRES hecha *supra* en nota 68.

³⁰² *Cfr.* la cita de FERRARA hecha *supra* en nota 68.

³⁰³ En general, sobre la jurisprudencia de metáforas (*Bilderjurisprudenz*) que tiende a una jurisprudencia de conceptos, véase ENGISCH (2010: pp. 78 s.)

³⁰⁴ Véase SCHÜNEMANN (2001b: p. 211), donde se refiere a la circularidad de una Dogmática que vive de la “ocurrencia”.

³⁰⁵ Véase KELSEN (1979: pp. 123 ss.): “la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como ‘acto ilícito’ o ‘delito’, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción”; véase también KELSEN (1995: pp. 61 ss.); en el mismo sentido HUERGO (2007: p. 235): “sólo se puede llamar sanción a una determinada medida cuando la conducta a cuya comisión va ligada se encuentra inequívocamente tipificada como infracción”.

³⁰⁶ Véase KELSEN (1979: p. 135): “uno está obligado con respecto a una determinada conducta, a saber,

comportamiento contrario a derecho, entonces hay que distinguir claramente entre “obligado” y “responsable”³⁰⁷. Porque uno puede ser *responsable* de una determinada conducta propia, pero también puede serlo por la conducta ajena. Por esto, hay que distinguir claramente entre el *sujeto de la infracción* y el *responsable*³⁰⁸. Este puede ser el mismo sujeto de la infracción, y normalmente lo es, pero también puede serlo otro sujeto distinto que, por definición, no habrá realizado la infracción en absoluto y ni siquiera habrá participado en su comisión de ningún modo. El supuesto de hecho de una infracción está constituido necesariamente y siempre por la *conducta* ilícita *propia* del obligado por la norma, y este solamente puede ser un ser humano³⁰⁹. El supuesto de hecho de la responsabilidad lo constituye, en cambio, la *imputación jurídica*, y sujeto de la imputación puede ser uno distinto al de la infracción que, además, podrá ser un ente diferente a un ser humano. La imputación no tiene como fundamento la conducta que se haya realizado, porque no es más que una *técnica del Derecho* mediante la cual se establece una conexión entre un estado de hecho del ser y un sujeto con base exclusivamente en el deber ser de la norma³¹⁰ e independientemente de las conexiones causales y teleológicas (psíquicas) existentes en la realidad³¹¹. El “sujeto de la imputación” (*responsable*) no es el ser humano, sino la *persona*³¹², y esta podrá ser la de un ser humano, pero también cualquier otro ente al que el Derecho haya personificado. A partir de aquí, Kelsen entiende por *sanción* únicamente a los actos coactivos que tienen como *condición* un hecho ilícito o infracción de una norma mediante una acción u omisión *propias* del sujeto obligado a una determinada conducta *propia*, y excluye del concepto a

siempre y solamente, la conducta *propia*; no puede obligarse uno por la conducta de otro”; EL MISMO (1995: p. 80).

³⁰⁷ Véase KELSEN (1979: pp. 133 s.); EL MISMO (1995: p. 80).

³⁰⁸ Véase extensamente la brillante construcción y exposición de KELSEN (1995: pp. 75 ss.); véase también NINO (1984: pp. 184 ss.); ALEJANDRO NIETO (2012: pp. 414 ss. y especialmente pp. 421 ss.); GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 65 ss.); EL MISMO (2015: pp. 214 ss.); el mismo significado tiene la distinción entre “deuda” y “responsabilidad” en el Derecho civil de obligaciones; véase Díez PICAZO (1970: pp. 329 s.)

³⁰⁹ Pues como afirma MAIWALD (1966: p. 54), en Derecho penal “sujeto de la imputación es el *hombre*, si y en la medida en que actúa responsablemente”; y en el mismo sentido HARDWIG (1957: pp. 117 s.); véase extensamente GRACIA MARTÍN (2005b: pp. 214 ss.), con una detallada crítica de la tesis de que sea la “persona” el sujeto de la imputación en el Derecho penal; véase además EL MISMO (2014b: pp. 68 ss.), y EL MISMO (2015: pp. 216 ss.).

³¹⁰ Véase KELSEN (1923: p. 75).

³¹¹ Véase KELSEN (1923: p. 72).

³¹² Véase KELSEN (1923: pp. 73, 74, 77, 159 s.): “la imputación resulta para una *persona*, para algo pensado en estado de reposo y no en movimiento, es decir, no para el ‘ser humano’ en el sentido de una unidad biológico-psicológica de ciertos procesos vitales referidos a un fin determinado (organismo), sino para una construcción normativa pensada fuera del mundo del acontecer real; solo el ‘ser humano’, es decir, los movimientos corporales y psíquicos de los cuales es portador, puede ser causa, pero no la persona que es sujeto de la responsabilidad, sujeto de la imputación” (p. 74), y así “en relación con la imputación no se pregunta por lo que el sujeto ha hecho u omitido, sino únicamente por lo que *debió* ser y por quién *debió* hacerlo” (pp. 73, 159 s.); así pues, un hecho es imputable no porque haya sido previsto y querido, sino porque era *debido*, porque “el principio de la imputación hay que buscarlo en la norma y no en el alma del sujeto de la imputación” (p. 77).

todo acto coactivo que no tenga aquella condición³¹³. Y si ningún ente sin capacidad de acción puede cometer infracciones, solo por esto debe negarse definitivamente la naturaleza de sanción a toda consecuencia jurídica aplicable a él, y esta debe ser la solución correcta. Sin embargo, esto se muestra poco claro en Kelsen, pues algunas afirmaciones suyas parecen apuntar a lo contrario, y si fuera así entonces habría que rechazarlas categóricamente debido a su total incompatibilidad con principios fundamentales relativos a la responsabilidad personal, lo cual, por lo demás, explicaría que las teorías kelsenianas de la imputación y de la responsabilidad, que han tenido una gran influencia y son imprescindibles en los órdenes jurídicos no sancionadores, no haya tenido nunca ninguna ni siquiera mínima en la teoría del delito (como tampoco en la alemana sobre las contravenciones)³¹⁴, aunque sí en la teoría de la infracción administrativa que mantiene la doctrina administrativa española, pero esto es sin duda un síntoma y una señal claros del perceptible gran atraso dogmático de esta en este campo.

a) En efecto, contempladas literalmente, algunas afirmaciones de Kelsen dan a entender que este admite generalmente una responsabilidad *penal y sancionadora* por hechos ajenos, y que la consecuencia jurídica aplicada al *responsable* sería una sanción auténtica. Según Kelsen, la sanción no se dirige *siempre* contra el delincuente ni *solo* contra él, pues se puede dirigir también contra otros con base en una determinada *relación* de estos con aquel que les hace “allegados” suyos, y como en este caso se trata de una responsabilidad por la conducta ajena³¹⁵, entonces define al delito como “la conducta de aquel hombre contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción como consecuencia”³¹⁶. Pero esto se explica sólo lógicamente a partir de la tesis equivocada de Kelsen, de que el sujeto de la responsabilidad *penal* es también el constructo normativo de la persona y no el individuo. Pues según Kelsen, es cierto que sólo el ser humano puede tener representaciones y querer psíquicamente, pero el sujeto de la culpa no sería el hombre, sino la *persona*, porque para él la culpa no puede consistir en nada relacionado con la representación ni con la voluntad³¹⁷, y por eso entiende y afirma que un sujeto actúa con culpa, no porque quisiera el resultado, sino solo porque *debió* impedirlo³¹⁸, y esto remite a la *imputación*³¹⁹. De este modo, el juicio que declara a una persona culpable sería idéntico al que imputa un hecho a una persona, por lo que decir de una persona que es culpable de un hecho externo es lo mismo que decir que ese hecho

³¹³ Véase KELSEN (1979: pp. 48 s., 53 ss., 123, 125 s.)

³¹⁴ Véase ZAFFARONI (2002: p. 375 nota 10), advirtiendo que los trabajos de Derecho penal enfocados a la teoría pura del Derecho son muy raros y no tuvieron desenvolvimiento alguno.

³¹⁵ Véase KELSEN (1979: pp. 128 s., 133 ss.); EL MISMO (1995: pp. 79 ss.).

³¹⁶ Véase KELSEN (1979: p. 129); EL MISMO (1995: pp. 67 s.).

³¹⁷ Véase KELSEN (1923: pp. 142 s.).

³¹⁸ Véase KELSEN (1923: p. 136).

³¹⁹ Véase KELSEN (1923: pp. 143 ss.).

se le imputa³²⁰. Para Kelsen, la respuesta a la pregunta por quién ha de ser *castigado* dice al mismo tiempo a quién ha de imputársele el hecho contrario a la norma, y este no tiene por qué ser necesariamente el sujeto que podía haber evitado tal hecho con su propia conducta, “pues en relación con la imputación no se pregunta por lo que el sujeto ha hecho u omitido, sino únicamente por lo qué *debió* ser y por quién *debió* hacerlo”³²¹. Sin embargo, si se contextualiza todo esto en el pensamiento global de Kelsen y se lo enlaza a la visión que tiene de otros aspectos de su concepto general de sanción, creo que pueden extraerse conclusiones que constituyen una base suficiente para deducir que, en realidad, la consecuencia jurídica aplicada en estos casos de responsabilidad por la conducta de otro —ya sea el responsable una persona jurídica o una física— no tiene ni puede tener el carácter de sanción si siquiera en el pensamiento de Kelsen, porque si bien este la llama “sanción”, la razón no es otra que la ya indicada identificación de su amplísimo concepto de sanción con el de consecuencia jurídica³²².

b) En efecto, en la concepción de Kelsen, una característica de *toda* sanción es, y con razón, el que esta pueda ser *provocada* o, por el contrario, *evitada* por el mismo *obligado* por la norma con su *propia* conducta³²³, lo que se explica obviamente porque solo el obligado a una conducta *propia* tiene la posibilidad de realizar él mismo la conducta conforme a Derecho, pues aunque otro individuo distinto realizara con una acción suya propia el mismo contenido de la que debía haber realizado el obligado, esto para nada eliminaría el hecho de que este mismo no la ha realizado él mismo ni que por esto, según las circunstancias, pueda entenderse que a pesar de todo el obligado ha infringido la norma que le obligaba a realizar esa conducta él mismo, por ejemplo porque el que ha actuado y ha realizado el contenido de la obligación no lo hizo por ningún título —por ej. representación— que autorizara la sustitución de la conducta del obligado por la suya. Y aunque es cierto que hay consecuencias no sancionadoras que son asimismo evitables por el obligado por la norma mediante una conducta propia, sin embargo no sucede así con *todas*, y esto tiene que ser ya decisivo para hacer una selección y excluir del concepto de sanción, al menos y con toda seguridad, a toda consecuencia que se le imponga a cualquier sujeto que no podía provocarla ni evitarla él mismo con su propio comportamiento. Y precisamente en todos los casos de responsabilidad por hecho ajeno, sin excepción alguna, el responsable no puede provocar ni evitar la sanción mediante su propio comportamiento³²⁴, porque él mismo no es el sujeto de la conducta que el orden jurídico establece como condición de la sanción, sino solo

³²⁰ Véase KELSEN (1923), p. 143.

³²¹ Véase KELSEN (1923), pp. 73, 159 s.

³²² Cfr. *supra* notas 232 y 284.

³²³ Véase KELSEN (1979: pp. 130 y 133); EL MISMO (1995: p. 80); en el mismo sentido, específicamente para la pena, véase SCHÜNEMANN (2014: p. 3 y referencias en nota 14).

³²⁴ Véase KELSEN (1979: pp. 133 s.); EL MISMO (1995: p. 80).

sujeto de la imputación y así solo *objeto* de la sanción³²⁵. Por esto, Kelsen entiende y afirma que este acto coactivo del que es *objeto* el responsable por el hecho de otro es *semejante* a los que no tienen carácter de sanciones, con la única diferencia de que, “en el caso de responsabilidad por delito ajeno, bajo las condiciones del acto coactivo aparece una conducta determinada por el orden jurídico de un determinado individuo, mientras que en el segundo caso, los actos coactivos que no tienen el carácter de sanción, no se encuentran condicionados por ninguna conducta semejante”³²⁶. Pero esta diferencia es totalmente irrelevante, pues como hemos visto, la conducta del autor del hecho queda totalmente abstraída en la imputación al responsable, dado que este no responde por la *conducta* del autor, sino solo por el *resultado* causado por ella. Sin embargo, Kelsen llama reiterada y persistentemente sanción al acto coactivo que se aplica al responsable. ¿Piensa Kelsen realmente que dicho acto es propiamente una sanción? o ¿no será más cierto que aquí emplea el término en aquel sentido *amplísimo* que identifica a la sanción con el género “consecuencia jurídica”³²⁷? Si lo expuesto hasta aquí ya parece apuntar a esto último, de otros razonamientos adicionales de Kelsen no puede resultar nada más que la confirmación definitiva y cierta de que, en efecto, también para él, el acto coactivo que se impone al responsable por el hecho de otro, en ningún caso es una sanción. Veámoslo.

c) Según Kelsen, la responsabilidad por hecho ajeno es siempre una responsabilidad colectiva, y esta es siempre una exclusivamente por el resultado, porque no hay conexión interna entre el responsable y el hecho cometido por el tercero. En estos casos, si el derecho exige que el delito sea intencional, la responsabilidad del autor sí será intencional, pero la del responsable no lo será nunca, porque al responsable lo único que se le imputa es una responsabilidad exclusivamente por el resultado³²⁸. Sólo si pensamos en términos de persona jurídica, el deber y el objeto de la sanción coinciden en el ente, pero si despersonificamos a este, y contemplamos las relaciones jurídicas existentes entre los individuos agrupados, entonces se hace patente la diferencia entre el *sujeto* de la infracción y el *objeto* de la sanción, pues el primero es un sujeto determinado —el órgano de la sociedad—, pero la sanción recae sobre todos los miembros de la sociedad³²⁹. Ahora bien, los individuos contra quienes se dirige la sanción no están en condiciones de evitarla por medio de su *propia* conducta, porque ellos no pueden estar obligados a que otros se conduzcan de una determinada manera³³⁰, y solo por esto aquella ya no puede ser una auténtica sanción, sino una consecuencia de alguna otra clase. En estos casos “la obligación”

³²⁵ Véase KELSEN (1979: p. 134).

³²⁶ Véase KELSEN (1979: pp. 134 s.).

³²⁷ *Cfr. supra* notas 232 y 284.

³²⁸ Véase KELSEN (1979: p. 138).

³²⁹ Véase KELSEN (1995: pp. 79 s.).

³³⁰ Véase KELSEN (1995: p. 80).

—afirma Kelsen— “incumbe a aquellos individuos que, como órganos competentes, tienen que cumplir el deber jurídico de la persona colectiva”, pues es solo “su conducta la que constituye el contenido de tal deber”³³¹, pero precisamente por esto hay que distinguir entre el deber infringido por el obligado y la aplicación de la sanción como responsabilidad. El deber *solo* obliga al potencial sujeto del acto violatorio, mientras que la propia responsabilidad puede incluir la conducta ajena, pues “la norma jurídica implica un deber en relación con el *autor* potencial del acto violatorio, e implica una responsabilidad para el *objeto* potencial de la sanción”, y por ello hay que distinguir “entre deber jurídico y responsabilidad en aquellos casos en que la sanción no recae, o no recae únicamente, sobre el infractor, sino sobre otros individuos que guardan con él una determinada relación jurídica”³³². Así pues, “sujeto del deber jurídico, o legalmente obligado, es el capaz de obedecer o desobedecer la norma de derecho, esto es, 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”³³³. Pero así, “cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma, los *responsables no son capaces de evitar* la sanción mediante su propio comportamiento”, porque “no es su conducta, sino su *relación* específica con los autores del acto lo que constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos”³³⁴. Y aunque Kelsen llame “sanción” a la consecuencia jurídica que se aplica al responsable, en el fondo no puede ser que lo esté pensando así por dos razones:

aa) En primer lugar porque como hemos visto, aquí Kelsen se cuida mucho de afinar y precisar la terminología que emplea, pues al sujeto de la *imputación* y responsable ya no le llama *sujeto* desde el punto de vista de la aplicación de la consecuencia, sino que lo llama precisamente *objeto* del acto coactivo³³⁵, y como por lo demás se deduce claramente de toda su construcción, esto apunta claramente a que aquí ya no estamos ante ninguna consecuencia típica de la infracción de una norma de conducta, sino más bien ante una propia de las normas de distribución, es decir, de la pura imputación jurídica de bienes, riesgos y perjuicios³³⁶, para la cual

³³¹ Véase KELSEN (1995: p. 80); y *cfr. supra* nota 58.

³³² Véase KELSEN (1995: p. 80).

³³³ Véase KELSEN (1995: pp. 80 s.).

³³⁴ Véase KELSEN (1995: p. 81).

³³⁵ Véase KELSEN (1994: p. 100): “el hombre puede aparecer tanto como sujeto como *objeto* del comportamiento humano; en el caso de la norma que prohíbe el robo, el hombre cuyo comportamiento se está prohibiendo es el sujeto de ese comportamiento; también en la norma que manda castigar a los ladrones, el hombre cuyo comportamiento se está normando es sujeto de ese comportamiento, pero en cambio, el hombre que deberá ser castigado (formulándolo de manera general: el hombre contra el que se dirige la sanción) es *objeto* del comportamiento mandado”.

³³⁶ *Cfr. supra* II *passim*.

no entra en consideración nunca ningún individuo, sino sólo y exclusivamente la *persona* como *objeto* de la distribución³³⁷ y como punto final de la imputación³³⁸.

bb) Pero en segundo lugar, y esto es lo decisivo, no puede desconocerse que Kelsen, como no podría ser de otro modo, distingue claramente entre una responsabilidad *personal* y otra *patrimonial*. Y según él, cuando el delito está castigado con una multa pecuniaria o con una ejecución civil³³⁹, al tratarse de penas patrimoniales que se realizan en el patrimonio del sujeto a quien se aplican, un sujeto incapaz de acción sí puede ser responsable, pero su responsabilidad es solo patrimonial, no personal³⁴⁰. Cuando el autor de la infracción es también el responsable (por su propio hecho), su responsabilidad es doblemente *personal* y *patrimonial*, es decir, es a la vez *sujeto* de una sanción y *objeto* de una consecuencia no sancionatoria (por ej. civil o de ejecución forzosa). Pero cuando el responsable es un sujeto distinto del autor de la infracción, su responsabilidad en ningún caso es personal, sino exclusivamente *patrimonial*³⁴¹, y por lo tanto la consecuencia que se le impone no es ni puede ser —porque no tendría sentido— una sanción, sino solo una de carácter patrimonial. Por esto, las sanciones son siempre consecuencias ligadas a una responsabilidad *personal*, y esta es una característica *esencial* de ellas, mientras que las consecuencias no sancionadoras, como observa Huergo, pueden tener carácter *real*, es decir, exclusivamente patrimonial³⁴². Kelsen entiende que a la persona jurídica se le puede *imputar el resultado* del delito cometido por el órgano y considera que aquella no puede ser *penada*; según él solo se le pueden aplicar las que denomina como “penas” patrimoniales, pero estas, aunque las llame penas, en realidad no pueden ser tales, pues él mismo las considera explícitamente semejantes a las sanciones *civiles*³⁴³, y después de todo lo ya explicado, y teniendo en cuenta las precauciones que debemos adoptar ante el uso de la terminología por Kelsen, tales sanciones civiles no son auténticas sanciones y mucho menos aún penas, pues como él mismo dice: “cuando la sanción consiste en la privación coactiva de valores patrimoniales responde el individuo, que tiene la disposición de su patrimonio y contra el cual se dirige el acto coactivo, *con su persona*; (pero) el

³³⁷ Cfr. *supra* nota 96 y el texto correspondiente

³³⁸ Cfr. *supra* II.2

³³⁹ Obsérvese la imprecisión terminológica de KELSEN al hablar aquí de *castigo* respecto de la *ejecución civil*.

³⁴⁰ Véase KELSEN (1979: pp. 169 s., 193 s. y 195); véase también EL MISMO (1995:p. 123).

³⁴¹ Véase KELSEN (1979: p. 134): “en el primero caso, el individuo responde con su persona y su patrimonio; en el segundo tenemos dos individuos responsables, aquel que dispone del patrimonio, y aquel que es sujeto del derecho, que es titular del patrimonio; uno responde solo con su persona, mientras que el otro lo hace con su patrimonio”; y en sentido similar, véase FERRARA (2006: p. 622): “estos instrumentos y órganos de la persona jurídica son al fin hombres, y no se puede desconocer que el acto ilícito cometido por ellos es un acto personal suyo, aun cuando las consecuencias recaigan en dolo de la persona jurídica; tan verdad es que del mismo delito surge una doble responsabilidad, no solo de la *universitas* para con los terceros, sino también del órgano para con la *universitas*”.

³⁴² Véase HUERGO (2007: p. 380).

³⁴³ Véase KELSEN (1979: pp. 193 s. y 195); EL MISMO (1995: p. 123).

individuo, que es sujeto de los derechos subjetivos en que el patrimonio consiste, (responde únicamente) *con su patrimonio* sobre el cual se cumple (*solo*) la *ejecución forzosa*³⁴⁴. En el caso de una agrupación, la disposición sobre el patrimonio de esta corresponde a un órgano social, y si este incumple *su* obligación de cumplir la obligación impuesta por el orden jurídico a la agrupación misma en tanto que persona jurídica, en tal caso habrá que distinguir entre el acto coactivo (sanción) que se aplique al órgano que responde con su *persona* por el incumplimiento de esa obligación personal *suya*, y el acto coactivo dirigido contra la asociación vista como sujeto titular de ese patrimonio, de modo la responsabilidad de esta no es en ningún caso una de carácter personal sino solo de carácter *patrimonial*³⁴⁵. Así pues, cuando el estatuto social ha asumido la obligación impuesta por el orden jurídico estatal como contenido de una obligación personal del órgano, su incumplimiento por *este* acarrea una *pena* que se le impone *a él* en cuanto obligado y autor de la infracción, y a esta responsabilidad individual *penal* del órgano, se le agrega otra responsabilidad de la asociación (en el sentido que acaba de indicarse), es decir, una de carácter solo *patrimonial*³⁴⁶. El delito, pues, lo comete única y exclusivamente el individuo que actúa para y en lugar de la persona jurídica, y *sólo* este responderá —él *sí*— *criminalmente* como autor del acto ilícito (infracción) relacionado con la administración del patrimonio de la persona jurídica por él, pero el patrimonio de la persona jurídica también debe *responder* de las consecuencias derivadas de los actos relativos a su administración; sin embargo, una intervención en un patrimonio administrado por otro no tiene absolutamente nada que ver con una pena ni con una sanción de ninguna especie³⁴⁷.

7. De lo argumentado hasta aquí, se tiene que derivar como un conocimiento ya cierto y seguro que únicamente puede ser *sanción*, y solo debe poder ser denominada así, aquella consecuencia jurídica cuyo fin *inmediato* —y sin perjuicio de otros ulteriores— sea el hacer efectiva la responsabilidad *personal* que ha contraído un sujeto por la comisión por él mismo culpablemente de una infracción por medio de una acción u omisión *propias* que no debió haber realizado y que podía no haber realizado en la situación dada³⁴⁸. Respecto de ese fin inmediato, la sanción es y se agota en el *castigo* exclusivamente del sujeto que ha cometido la infracción con su propia conducta³⁴⁹, en tanto que modo coactivo específicamente *retributivo*³⁵⁰ —

³⁴⁴ Véase KELSEN (1979: p. 194).

³⁴⁵ Véase KELSEN (1979: pp. 194 y 195); EL MISMO (1995: p. 79); *cfr. supra* apartado 5.c) de este mismo epígrafe.

³⁴⁶ Véase KELSEN (1979: p. 195).

³⁴⁷ Véase JAKOBS (2002: p. 573).

³⁴⁸ Sobre la distinción de KELSEN entre el elemento material de la infracción (campo de vigencia material), representado por la conducta a que la norma obliga, y el personal, referido al sujeto obligado a la conducta por la norma (campo de vigencia material), que es fundamental para esto, *cfr. supra* el texto correspondiente a nota 82.

³⁴⁹ Véase HUERGO (2007: pp. 225, 233 s.): “la sanción *castiga* o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone” (p. 225); las sanciones “tienen en cuenta exclusivamente la conducta del infractor”

también exclusivamente— de su responsabilidad *personal*³⁵¹. Ahora bien, habiendo llegado hasta aquí, hay que decir que estas características esenciales de la sanción, todavía no determinan completamente su concepto, porque este exige aún algo más, y para poder completarlo, hay que tener en cuenta ahora un dato sumamente importante y tan trascendente que no puede ni debe ser ignorado o pasado por alto, y que se explica como sigue.

a) Para que el Derecho pueda cumplir su función de garantizar la conservación y el funcionamiento del orden social deberá tratar de imponerse en la realidad social de un modo eficaz y duradero, y en esto es semejante a la Medicina con respecto a la salud. El Derecho se impone por medio de dispositivos que en última instancia se aplican coactivamente, y a todos ellos los denominamos en general y meramente consecuencias jurídicas. Toda consecuencia jurídica es portadora del *contenido* de un deber ser que tiene que ser realizado en alguna forma para reemplazar al ser que se realizó y no debió ser ni debe continuar siendo³⁵². Ahora bien, para realizar este

(pp. 231 s.).

³⁵⁰ Según KELSEN (1994: p. 141), las sanciones derivan del principio de la revancha, que es fundamental para la convivencia social: el que viola los intereses de la comunidad debe ser condenado imponiéndole un mal.

³⁵¹ Desde luego es evidente que la retribución también puede satisfacerse por medio de la imposición y ejecución coactivas de una prestación patrimonial, y así sucede con la multa y con otras sanciones patrimoniales, pero esto no debe confundirse con la responsabilidad patrimonial en sentido estricto, porque cuando aquella se impone como castigo retribuye exclusivamente una responsabilidad *personal* y no una patrimonial; véase en el mismo sentido, *en general*, DE LA FUENTE (2004), pp. 86 s. Por lo demás, como dijo con acierto ROLDÁN BARBERO (1983: p. 31): “el fin de la multa es el mantenimiento del orden jurídico a través de la disminución del patrimonio del condenado, siendo el recibimiento de este dinero por parte del Fisco un efecto reflejo, *que no tiene nada que ver con la naturaleza de la pena*” (cursiva mía); además tiene que estar fuera de duda que la multa es un instrumento mediante el que se puede realizar el fin retributivo de la pena porque es adecuado para causar un mal o una aflicción como castigo al infractor culpable, pues la misma supone una merma o pérdida de calidad de vida; véase GRACIA MARTÍN (2006a: pp. 176 s.); y por otro lado, como advertió de un modo tan ingenioso como certero y realista BAUMANN, el dinero es algo así como «libertad coagulada», y no cabe duda de que la privación de ingresos a lo largo de un período de tiempo relativamente largo representa en las modernas sociedades de consumo un sufrimiento comparable al de la pena privativa de libertad; véase BAUMANN (1968: pp. 28 ss., 38 ss., 77 ss., 91 s., 102 ss.); GRACIA MARTÍN (2006a: pp. 192 s.).

³⁵² Sobre esto son básicas y decisivas las explicaciones de ENGISCH (2010: pp. 52, 69 s., 79 s., 119 s.). En efecto, toda consecuencia jurídica tiene como *finalidad* última imponer el deber ser jurídico; por esto entre el “supuesto de hecho” y la “consecuencia jurídica” de toda proposición jurídica debe existir siempre una exacta y precisa correspondencia estructural y funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que *fundamentan* y *gradúan* la consecuencia, y *sólo* ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho; esto es así porque las proposiciones jurídicas expresan un deber ser de modo hipotético (si se da *S*, entonces debe seguir *C*), y por esto, el supuesto de hecho (*S*) de las mismas tiene que abarcar *todas* —pero *sólo*— las circunstancias determinantes *del deber ser* o, en su caso, del *ser que no debe ser*, mientras que la consecuencia jurídica (*C*) tiene que comprender el “contenido” del deber ser, por la sencilla razón de que es este precisamente el que tiene que actualizarse —realmente, de modo equivalente e incluso simbólico— con la aplicación efectiva de la consecuencia al supuesto de hecho correspondiente (análogo), pues lo decisivo es que el Derecho se actualice en lo justo y se imponga a lo injusto, y esto solo puede tener lugar mediante la aplicación de la consecuencia jurídica que corresponda a cada situación real. Por esta razón —dicho sea de paso— la llamada prevención general *positiva* —y también la llamada especial *positiva*—, es decir, la reafirmación del ordenamiento jurídico ante la generalidad y frente al destinatario de la intervención, es un efecto de toda consecuencia jurídica sin excepción, y por eso no aportan nada específico a la teoría de la pena, en la cual están de más. Como en el acontecer real de la vida tienen lugar sucesos

reemplazo, en principio parece que será totalmente suficiente y satisfactorio con llevar a cabo un restablecimiento del deber ser jurídico mediante la aplicación *a posteriori* de las medidas reactivas adecuadas para reponerlo, y ello con indiferencia hacia la causa determinada que causó el estado que no debió ser y no debe continuar siendo, la cual no interesa y tendrá que ser abstraída a ese efecto de mero restablecimiento del deber ser. Pero si más allá de este restablecimiento, lo que se quiere es —como parece lógico— reaccionar adicionalmente contra las *causas* que producen estados indeseados que no deben ser, para evitar que sigan produciéndolos o disminuir su producción en la mayor medida posible, esto solo podrá tener lugar mediante una intervención en ellas de alguna forma adecuada y eficaz para neutralizar o por lo menos disminuir sus potenciales de causar esos estados, y para esto el Derecho tendrá que disponer de medidas reactivas adecuadas que tendrán que utilizarse aplicándolas cuando sea necesario no solo contra las causas que ya han producido realmente algún estado indeseado, sino también contra las que aún no han producido ninguno pero previsiblemente podrían producir alguno o varios.

b) De lo dicho en el párrafo anterior se tienen que deducir por sí mismas algunas conclusiones decisivas. Las medidas cuyo fin sea un mero restablecimiento del deber ser no pueden tener nada más que *finalidades* restitutorias, reparadoras y compensatorias de estados que no deben ser y sin que a este respecto importe en principio cuáles hayan sido la causa o las causas que los han producido³⁵³; su *fin esencial* debe ser *solo* reponer el deber ser, y si adicionalmente producen o pueden producir algunos efectos sobre la *causa* del estado que no debió ser, estos tienen que ser vistos como ajenos a su *esencia* y, por esto, no deben poder ser tenidos en cuenta para configurar el contenido de tales consecuencias ni tampoco para su aplicación ni para la determinación de su medida³⁵⁴. Estas consecuencias jurídicas

singulares con una constitución, significado y trascendencia muy diversos para el orden social, entonces cada tipo de consecuencia jurídica tiene que orientarse de un modo inmediato a alguna finalidad más específica y trascendente a la de una mera imposición del deber ser, una finalidad específica que estará determinada por la forma y la clase de influencia que se pretenda producir en el acontecer social real por medio de tal consecuencia en un determinado sentido que, a su vez, estará determinado por el significado del supuesto de hecho específico que fundamenta precisamente dicha consecuencia y no otra distinta correspondiente a otro supuesto de hecho diferente. Véase también HENKEL (1968: pp. 115 ss.), quien considera que el deber ser de la consecuencia jurídica se actualiza ya como vigente con la realización del supuesto de hecho, aunque luego aquella no pueda ser realizada en concreto (p. 116); LARENZ (1979: pp. 234 s.); y ESCUCHURI (2004: pp. 6 ss.). No obstante, quiero matizar con respecto a la afirmación de HENKEL, que solo algunas consecuencias jurídicas —generalmente las no sancionatorias— nacen y se actualizan ya con la realización del supuesto de hecho, pero no todas, pues precisamente las penas y las sanciones no nacen ni se actualizan con la realización del supuesto de hecho, sino únicamente con la resolución judicial que las impone.

³⁵³ Véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 88 ss. y 91 ss.); EL MISMO (2016d: p. 192).

³⁵⁴ Por esta razón, si ya son radicalmente rechazables las opiniones que ven a las consecuencias accesorias como medidas orientadas a la producción de efectos preventivos propios del Derecho *penal*, aún lo son más las pretensiones de HORTAL IBARRA (2014), pp. 13 ss., y de la doctrina —civil y penal— que invoca en su apoyo, de dotar a la responsabilidad civil *ex delicto* de funciones preventivas (disuasorias) *penales*. Hay que insistir de nuevo en la polisemia del término prevención y en que, por lo ya dicho, no cualquier fin ni efecto preventivos pueden contemplarse como específicos del Derecho penal. Y por cierto, la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto*, no plantea ni de lejos un problema asimilable al de la

no pueden tener en absoluto el carácter ni la naturaleza de sanciones³⁵⁵. Cuando importe reaccionar frente a *causas* que aún no han producido realmente ningún estado que no deba ser, pero *podrían* producir alguno o varios, los fines esenciales de las medidas que se dispongan al efecto serán bloquear o neutralizar el potencial peligroso de tales causas antes de que inicien un curso causal en dirección a producir algún estado indeseado, o bien, según el caso, detener a los ya iniciados y que están en curso, a tiempo de que no los produzcan; y si aquellas medidas producen o pueden producir adicionalmente otros efectos diferentes, estos deben ser contemplados como ajenos a su esencia, y no deben poder ser tenidos en cuenta para configurar y determinar ni su contenido, ni su aplicación, ni su medida. Estas medidas, que son las típicas de la prevención secundaria, tampoco pueden tener ningún carácter ni naturaleza de sanciones³⁵⁶. En el plano ahora contemplado, solo pueden ser sanciones en sentido estricto aquellas medidas reactivas inmediatamente a una causa que *ya* haya producido un estado indeseado que no debe ser ni continuar siendo. Desde el punto de vista del Derecho, aquella causa solo puede ser la voluntad de un ser humano en tanto que *causa libera*³⁵⁷. Fines esenciales de las

cuadratura del círculo, como lo plantea expresamente el título del trabajo de HORTAL, pues semejante cuestión está ya totalmente resuelta desde hace muchísimo tiempo por la mejor Dogmática del Derecho civil y del Derecho procesal civil. Con la atribución a la responsabilidad civil *ex delicto* de finalidades preventivas equiparables a las del Derecho penal, se ignoran de plano las profundas diferencias existentes entre las consecuencias penales y las civiles —además de en casi todos los aspectos— especialmente en lo que concierne al momento de su nacimiento y actualización. Pues las consecuencias penales y sancionadoras no nacen a la vida jurídica ya en el mismo instante en que se ha realizado el hecho respecto del cual debe comprobarse luego en el proceso penal si es uno que puede fundar una responsabilidad penal, sino que solo pueden nacer y actualizarse con el pronunciamiento judicial de imposición de la pena, pues la sentencia penal es *constitutiva*, y de este modo la ponderación de las posibles necesidades y efectos preventivos la habrá realizado el juez en el momento de determinar la pena que debe imponerse, y también para dejar de aplicarla o sustituirla por otra precisamente por razones *preventivas*. Por el contrario, la responsabilidad civil nace y se actualiza ya en el mismo instante en que se ha realizado el hecho que la ha fundamentado, y por esto la sentencia relativa a la responsabilidad civil es *declarativa*, y tanto lo es la pronunciada en un proceso civil, como la parte del pronunciamiento de la sentencia penal relativo a ella; véase al respecto TIEDEMANN (1974), pp. 196 s.; EL MISMO (1985), pp. 14 s.; JAKOBS (1991), p. 92; CORTÉS DOMÍNGUEZ (1975), pp. 87 ss., 116 ss., en relación con pp. 122 s.; GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 40 s. Pero si la responsabilidad civil ya ha nacido con el hecho, y el juez solo puede y debe limitarse a *declararla* tras haberse probado el hecho que la fundamenta, es decir, debe declararla con el contenido y en la proporción en que ya nació y se actualizó con la realización del hecho, y si además debe declararla creando así el título ejecutorio con absoluta independencia de la voluntariedad o involuntariedad del sujeto respecto de la realización del hecho que la fundamentó en el mismo instante de realizarse, ¿qué consideraciones preventivas de ninguna clase podrían efectuarse con respecto a una consecuencia jurídica que solo porque se han probado los hechos que la fundamentan tiene que aplicarse *de todos modos y en cualquier caso*, y cuya medida y cuantía ya están totalmente *predeterminadas* y solamente pueden ser declaradas en tanto que preexistentes?; sobre esto último, véase HIRSCH (1989), pp. 707 s.; ALASTUEY (2000), pp. 111 s.; GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 46. En todo caso, sobre la inidoneidad de la reparación para satisfacer por sí sola los fines de la *pena*, es decir, los de prevención *penal* (y también el de la retribución) —pues ya hemos visto que aquellos no pueden confundirse con cualesquiera efectos preventivos—, véase ALASTUEY (2000), pp. 136 ss., y especialmente pp. 198 ss., 217 ss., 238 ss. y 245 ss.

³⁵⁵ Véase GRACIA MARTÍN (1996a: pp. 65 y 71); EL MISMO (2006b: pp. 94 s.).

³⁵⁶ Véase GRACIA MARTÍN (1996 a: pp. 71 s.); EL MISMO (2016d: pp. 192 s.).

³⁵⁷ Cfr. *supra* IV.1.1 y 2 y IV.4.

sanciones serán³⁵⁸, en primer lugar y ante todo, la *retribución* de dicha voluntad por medio de la imposición coactiva de un mal a su portador que, en primera instancia, le haga representarse en su conciencia el modelo del acontecer social y los estados concretos que deben ser en aquel porque son los socialmente deseados y queridos, y que por esto deben y tienen que imponerse a quien ha manifestado una voluntad con sentido opuesto, y causado así un estado indeseado que no debe ser; en segundo lugar, intervenir en la voluntad que causó el estado que no debió ni debe ser, para tratar en la medida de lo posible de motivarla a actuar conforme al deber ser jurídico (*prevención especial*); y en tercer lugar, reforzar con su aplicación la eficacia motivadora o disuasoria de todas las voluntades vinculadas a la norma y obligadas por esta, a actuar conforme al deber ser establecido por estas (*prevención general*). Solo pueden tener naturaleza de auténticas sanciones las consecuencias jurídicas que persigan estos fines, sí, pero solo las que los persiguen en el *modo específico* indicado, es decir, por medio del *castigo* al individuo que cometió una infracción culpablemente; las que persigan esos mismos fines, pero de maneras diferentes —por ejemplo incentivando el cumplimiento de una obligación mediante una multa coercitiva o el cierre coactivo de un establecimiento para evitar que se sigan cometiendo delitos en él o por medio de él— no pueden ser ni son sanciones en sentido estricto. Sin embargo, todo esto precisa aún de algunas aclaraciones que hago a continuación.

8. Si la producción de efectos motivadores disuasorios de delinquir en quienes aún no lo han hecho (prevención general), puede tener lugar por medio de medidas no sancionadoras y de otros muchos recursos de distinta naturaleza —el primero de todos la socialización de los individuos—, de aquí resulta que el fin de la prevención general no es ni puede ser uno privativo y exclusivo de las consecuencias penales ni de las sanciones de ninguna especie. Los fines y los efectos de prevención general se persiguen y se producen *prima facie* en el plano de la prevención *primaria*, es decir, *por medio de la socialización*, y como vimos, la conminación penal o sancionatoria es un modo de socialización que opera en aquel plano igualmente que otros muchos instrumentos no sancionadores³⁵⁹. La aplicación de la pena o de la sanción opera también en este plano, pues con ella no tiene lugar más que una “reproducción” de la abstracta y genérica conminación penal en un caso concreto que confirma la pretensión de motivar a actuar conforme a Derecho y, en su caso, puede reforzar su eficacia. Por todo esto, el fin y los efectos de prevención general *por sí solos* no son ni pueden ser suficientes para atribuir la naturaleza de pena ni de sanción a *todas* las consecuencias jurídicas que los persigan, sino solo a *algunas*, a saber: únicamente a aquéllas que persigan esos fines, sí, pero no de cualquier modo, sino solo mediante el *castigo* del individuo que ha cometido una

³⁵⁸ Véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 190 ss.); EL MISMO (2016d: pp. 193 s.).

³⁵⁹ Cfr. *supra* apartado 7.b) de este epígrafe.

infracción culpablemente. Por otra parte, ninguna intervención en el penado o sancionado porque cometió un delito o una infracción culpablemente puede tener ya ningún efecto sobre lo ya causado por él. Por esto, con aquella intervención solo puede pretenderse influir en *su* voluntad para motivarla a actuar conforme a Derecho, para disuadirla de delinquir en el futuro o, en su caso, para impedir que lo haga, y así de estos modos para neutralizar o reducir el peligro de que inicie nuevos procesos causales dirigidos a producir estados que no deben ser, y evitar así que estos lleguen a producirse. Pero como resulta que estos fines y efectos también son típicos *prima facie* de la prevención *primaria* y de la *secundaria*, y estos, como vimos, también se persiguen por otros medios distintos de una intervención directa en un individuo³⁶⁰, por ejemplo mediante medidas de policía preventiva como la detención e inmovilización del vehículo que su conductor está pilotando en estado de ebriedad, que previene la comisión de posibles delitos imprudentes de lesiones y homicidio por dicho individuo y así produce efectos de prevención especial, entonces tampoco los fines y efectos de prevención especial *por sí solos* pueden ser ni son suficientes para atribuir la naturaleza de pena ni de sanción a *todas* las consecuencias jurídicas que los persigan, sino solo a *algunas*, a saber: únicamente a aquéllas que persigan esos fines, sí, pero no de cualquier modo, sino solo mediante el *castigo* del individuo que ha cometido una infracción culpablemente. De todo esto resulta, en definitiva, que los fines de prevención general y especial, en la medida en que se persiguen y realizan con muy diferentes instrumentos, medios e intervenciones no penales ni sancionadoras en los planos de la prevención *primaria* y de la *secundaria*, *por sí solos* no pueden determinar la naturaleza penal de las medidas con que se pretende realizarlos. Desde el punto de vista exclusivo de los fines preventivos, las penas y las sanciones son *análogas* a todas las demás medidas de distinta naturaleza que también los persiguen y cumplen la función de realizarlos cada una con su propio alcance, y en este sentido, las diferencias entre todas las distintas medidas de prevención primaria y secundaria son solo cuantitativas, pero no cualitativas, porque desde aquel punto de vista todas son *análogas*³⁶¹. Solo desde algún *otro* punto de vista diferente al de los fines preventivos, se destacará en algunas medidas de entre todas que los persiguen alguna característica privativa esencial en virtud de la cual ya no podrán estas contemplarse como análogas a las demás, y así solo las consecuencias jurídicas en que concurra tal característica

³⁶⁰ Cfr. *supra* apartado 7.b) de este epígrafe.

³⁶¹ Pues desde un punto de vista determinado que se adopta como *esencial* para un fin determinado, dos o más objetos diferentes se muestran *análogos* y, así funcionalmente *equivalentes*, cuando el punto de vista determinado y adoptado como esencial detecta en todos ellos una semejanza teleológica, es decir, con respecto al fin que se persigue; y dado que aquí el punto de vista adoptado es el relativo a la producción de efectos de prevención del delito, con el fin de determinar por qué medios y de qué modos puede ser lograda su producción, y resulta que estos medios y modos pueden ser muy distintos y variados, y sin embargo todos tienen en común su aptitud e idoneidad para cumplir aquella función, de aquí resulta que desde aquel punto de vista todos son funcionalmente equivalentes, es decir, *análogos*, y por esto no pueden ser diferenciados desde ese punto de vista; sobre todo esto véase en general ARTHUR KAUFMANN (1982: pp. 26 s. y *passim*).

específica y *diferencial* serán y podrán denominarse propiamente *sanciones* en sentido estricto.

9. Cuando se dice de una medida que está orientada a la prevención generales o especial pero *sin más especificación*, así no se está diciendo absolutamente nada que permita determinar e identificar su verdadera naturaleza jurídica, y por esta razón, para saber si una medida preventiva es una sanción, habrá que concretar y especificar la clase de prevención que se persigue y sobre todo *el modo específico* de realizarla por medio de ese medida.

a) Siendo esto así, y dado que ni la prevención primaria ni la secundaria son modalidades de prevención específicas de las penas y de las sanciones, de aquí resulta que sólo la llamada prevención *terciaria* por el *castigo* será la determinante de la naturaleza penal y sancionatoria de *algunas* medidas preventivas: solo de aquellas mediante las que se *castiga* a un individuo *porque* ha cometido él mismo una infracción culpablemente. La *esencia* de la pena y de toda sanción es el castigo, y por esto el único fin *específico* y esencial de la pena y de toda sanción es la *retribución* del sujeto penado o sancionado por el hecho que ha realizado él mismo culpablemente³⁶². Los fines de prevención, general y especial, si bien tienen que ser y deben ser objetivos a realizar con la pena y con toda sanción, no son específicos de estas consecuencias jurídicas ni corresponden a su esencia, sino que son, como queda dicho, solo objetivos a alcanzar por medio de ellas³⁶³, que si empíricamente llegan a realizarse harán patente su deseable eficacia, pero que si no llegan a realizarse, no por esto quedarán privadas aquellas del significado y sentido retributivos que corresponden a su esencia, y cuya realización es su específica y privativa finalidad, ni tendrán que dejar de aplicarse necesariamente por ese motivo de su ineficacia preventiva. Por consiguiente, y definitivamente, solo pueden contemplarse como penas y sanciones aquellas medidas consistentes en una intervención directa e inmediata en el ser físico y espiritual de un sujeto que ha cometido él mismo con su propia conducta un delito o una infracción culpablemente, y que supone para él un mal, una aflicción o un perjuicio³⁶⁴. Ya solo por esto, debería

³⁶² Véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 190 ss.); y EL MISMO (2006a: pp. 62 y 65 ss.).

³⁶³ Véase GRACIA MARTÍN, como nota anterior.

³⁶⁴ Véase en el mismo sentido HUERGO (2007: pp. 220-247 y todo el capítulo IV, que se extiende entre pp. 249-358, en que va depurando el concepto estricto de sanción de “otras” consecuencias jurídicas gravosas que a menudo se confunden con sanciones sin serlo realmente). Según HUERGO, “la sanción *castiga* o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone” (p. 225); “una sanción, por su contenido, sólo puede afectar a los intereses del infractor” (pp. 228 s.); “su relación con la infracción (...) no tiene otro fundamento que la norma que anuda la sanción de que se trate a esa concreta infracción” (p. 230); “sólo la función de una medida, y no su contenido, permite otorgarle o no la calificación de sanción” (p. 233); “las sanciones se encuentran sometidas a principios que, como el de culpabilidad, tienen en cuenta exclusivamente la conducta del infractor”, y por ello “sólo deben utilizarse como sanciones medidas que únicamente afecten (de forma negativa) al infractor y que, en consecuencia, puedan dejar de aplicarse, sin daño alguno para el interés público, en caso de que el supuesto infractor no pueda ser sancionado” (pp. 233 s.); “sólo se puede llamar sanción a una determinada medida cuando la conducta a cuya comisión va ligada se encuentra inequívocamente tipificada como infracción” (p. 235); “el criterio de distinción (...) coherente

estar claro que igual que no tiene ni puede tener carácter ni naturaleza de pena o de sanción ninguna consecuencia jurídica que se aplique a una *persona física* a causa de su responsabilidad por el hecho de otro, tampoco tiene ni puede tener esa naturaleza ninguna de las consecuencias jurídicas que se apliquen a un ente distinto, y esto es así por muchas que sean las finalidades preventivas que se persigan y puedan realizarse con ellas, como efectivamente se persiguen, y hasta podrían realizarse efectivamente, aunque esto, como ya vimos, sea mucho más que dudoso.

b) Por todo lo explicado, carece del mínimo fundamento toda afirmación de que las consecuencias accesorias y las aplicables a personas jurídicas sean penas, sanciones o consecuencias *sui generis* de carácter *penal*, porque —según se dice— con ellas se perseguirían y producirían efectos preventivos. Pues como se ha demostrado, a lo único que autoriza eso es a denominar a esas consecuencias, en principio, como “medidas preventivas” *sin más*, pero en absoluto habilita para atribuirles ninguna naturaleza jurídica específica y especialmente en ningún caso la de consecuencias penales y sancionatorias. Que puedan producir efectos de prevención del delito es una cosa, pero que estos sean de prevención precisamente *penal*, es decir, en el plano de la llamada prevención *terciaria por el castigo*, es otra cosa muy distinta que no puede verse ni afirmarse con ligereza respecto de cualquier consecuencia que produzca cualquier efecto preventivo, solo para poder luego llamarla pena o sanción penal en un ejercicio de solipsismo jurídico penal que da lugar a un fraude de etiquetas con el que, como hemos visto reiteradamente que dice Schünemann, y con toda la razón, se incurre en una arbitrariedad contraria al Derecho, se quebrantan gravemente reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional, y así se contamina la semántica de la lengua con el efecto de provocar errores en el conocimiento que conducen a una comprensión de las cosas muy alejada de su verdadera naturaleza, y terminan produciendo muy graves consecuencias³⁶⁵, como por ejemplo extender inadecuadamente las garantías penales a unas consecuencias que no tienen nada que ver con la pena, y dificultando así que aquellas puedan realizar sus funciones y cumplir sus fines de modo efectivo³⁶⁶.

con la noción de sanción como un castigo o retribución de una conducta ilegal, no está relacionado con la gravedad del mal o consecuencia jurídica desfavorable que se le impone al particular” porque “es perfectamente posible que un mismo hecho (por ejemplo la construcción de un edificio ilegal) dé lugar a una sanción (multa) y a una medida de restauración de la legalidad (demolición) que no es una sanción pero cuyas consecuencias económicas pueden ser mucho más graves” (pp. 235 s.), y por esto, extender “el concepto de sanción con el criterio de la gravedad, de forma que incluya toda medida administrativa cuyos efectos sobre su destinatario sean equiparables a los de una sanción, es insatisfactoria por ilógica, ya que al final los principios de origen penal se aplican a situaciones que nada tienen que ver con una finalidad punitiva” (pp. 238 s.); “las medidas no sancionadoras pueden tener carácter real, mientras que las sanciones deben estar ligadas a una responsabilidad personal” (p. 380).

³⁶⁵ Véase SCHÜNEMANN (2014: pp. 4, 9 y 15).

³⁶⁶ Sobre esto en general, véase GRACIA MARTÍN (1996a: 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); EL MISMO (2006b: pp. 79 ss.): “si la materia configurada por los datos ónticos emergentes ...

Pues como dice Schünemann con alcance general, los conceptos jurídicos deben formarse *ajustados a la realidad*, de tal modo que “la *consecuencia jurídica* se deduzca directamente de la *observación* del substrato”³⁶⁷, y cuando a un supuesto de hecho se le asocia una consecuencia jurídica que corresponde a otro distinto, y además se la llama con el nombre de esta, “con dicha manipulación se mantendrá la denominación, la expresión utilizada, pero se habrá modificado el *concepto*”³⁶⁸. Pero así —reiterando lo dicho por Zaffaroni— se acabará proponiendo finalmente nada más que una “*ilusión de solución de gravísimos problemas sociales* que en la realidad no (se) resuelve(n) sino que, por el contrario, generalmente (se) potencia(n)” y, en definitiva, introduciendo un discurso cuyos efectos no son en absoluto inofensivos, toda vez que es un hecho real que una “*ilusión de solución neutraliza o paraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces*”³⁶⁹. En definitiva, como los fines y efectos de prevención que pueden perseguirse y realizarse con las consecuencias aplicables a personas jurídicas y a entes sin personalidad jurídica no son los de la prevención terciaria por el castigo, sino que son únicamente los propios y característicos de la prevención secundaria por aseguramiento de cosas y estados de cosas peligrosos o por neutralización o disminución de procesos peligrosos con medidas policiales, de aquí tiene que resultar que aquellas consecuencias no tienen ni pueden tener ningún carácter penal ni sancionatorio, y por esto quien las llama *penales* o *sanciones* incurre en todos los gravísimos errores que se han descrito. La prevención del delito mediante las consecuencias accesorias del delito (arts. 127 ss. CP) y mediante las llamadas *estrabótica* y *extravagantemente* “*penas aplicables a personas jurídicas*” (art. 33.7 CP), no es prevención *penal*, y por esto ni las unas ni las otras —que por lo demás son absolutamente idénticas tanto por sus fundamentos como por sus fines— pueden ser consecuencias ni específicamente penales ni tampoco sanciones típicas de ningún Derecho sancionador, especialmente del sancionador administrativo³⁷⁰.

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, véase ahora SCHMITT (1976: p. 885); STRATENWERTH (1992: pp. 300 ss.); SCHÜNEMANN (2014b: pp. 14 s.). En sentido parecido, para el Derecho sancionador administrativo, véase HUERGO (2007: pp. 238 s.), quien advierte que extender “el concepto de sanción con el criterio de la gravedad, de forma que incluya toda medida administrativa cuyos efectos sobre su destinatario sean equiparables a los de una sanción, es insatisfactorio por ilógico, ya que al final los principios de origen penal se aplican a situaciones que nada tienen que ver con una finalidad *punitiva*”.

³⁶⁷ Véase SCHÜNEMANN (1971: p. 38; cursivas del propio SCHÜNEMANN).

³⁶⁸ Véase SCHÜNEMANN (1971: p. 37; cursivas del propio SCHÜNEMANN).

³⁶⁹ Véase ZAFFARONI (2002: pp. 22 ss., donde se ocupa de las graves consecuencias políticas que pueden derivar de la invención de un mundo inexistente por medio de una construcción de conceptos jurídicos sin correspondencia con la realidad (la cita corresponde a la p. 24).

³⁷⁰ Sobre el concepto, la función y la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias —pero son los mismos e idénticos respecto de las mal llamadas “*penas aplicables a personas jurídicas*”—; véase con extensión y detalle GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 204 ss.).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguado Correa (2000), *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000.
- Alastuey (2000), *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Alastuey (2006), en Gracia/Boldova/Alastuey, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Alastuey (2016), en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Alcalá-Zamora y Castillo (1969), *Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo XX*, reedición de la edición de 1969, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.
- Arroyo Zapatero, *Derecho penal económico y Constitución*, RP, n.º 1, 1998, pp. 1 ss.
- Ast (2010), *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.
- Bacigalupo Sagesse (1998), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- Bajo/Feijóo/Gómez-Jara (2012), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson, 2012.
- Baumann (1968), *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Luchterhand, Berlin, 1968.
- Baumann/Weber/Mitsch (2003), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11ª ed., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
- Beccaria (1968), *De los delitos y de las penas (con el comentario de Voltaire)*, trad. de Juan Antonio de las Casas, e introducción, apéndice (“Beccaria en España”) y notas de Juan Antonio Delval, 1ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1968 (reimpr. de 2000).
- Binding (1922), *Die Normen und ihre Übertretung II. Schuld und Vorsatz. Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld*, reimpresión de la 2ª ed. de Leipzig 1922, Sicientia Verlag, Aalen, 1965.
- Blauth (1968), “Handeln für einen anderen” nach geltendem und kommandem Strafrecht, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1968.
- Boldova Pasamar (2013a), *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española*, EPC vol. 33 (2013), pp. 219 ss.
- Boldova/Rueda (2011), *La responsabilidad penal de las Personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, en Pieth/Ivory (eds.), *Corporate criminal liability*, Springer Verlag, Heidelberg/London/New York, 2011, pp. 271 ss.
- Bottke (1995), *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
- Bottke (1997), *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*, en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 41 ss.
- Brender (1989), *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Schäuble, Freiburg/Berlin, 1989.
- Brentano (1889), *El origen del conocimiento moral*, trad. de Manuel García Morente y estudio preliminar de Juan Miguel Palacios, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- Bustos/Hormazábal (2004), *Nuevo sistema de Derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.
- Bustos/Hormazábal (2006), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.
- Cano Campos (2009), *La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico*, DA n.º 284-285, 2009.

- Cano Campos (2011), ¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?, RAP nº 184 2011, pp. 79 ss.
- Carretero Pérez/Carretero Sánchez (1995), Derecho administrativo sancionador, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995.
- Cerezo Mir (1998), Curso de Derecho penal español. Parte General II, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- Cerezo Mir (2001), Curso de Derecho penal español. Parte General III, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- Cerezo Mir (2004), Curso de Derecho penal español. Parte General I, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- Cigüela Sola (2015), La culpabilidad colectiva en Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- Cigüela Sola (2016), El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica, InDret penal 1/2016.
- Cobo/Vives (1999), Derecho penal. Parte general, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cortes Domínguez (1975), La cosa juzgada penal, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- Cuerda Riezu (2009a), El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas, ADPCP 2009, pp. 157 ss.
- Cuerda Riezu (2009b), El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas, ADPCP 2009, pp. 211 ss.
- Cueto Pérez (2008), Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Tipicidad y responsabilidad, DA nº 280-281, 2008, pp. 95 ss.
- Dannecker (2001), Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts, GA 2001, pp. 101 ss.
- De la Cuesta Arzamendi (2001), Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam* I, Univ. Castilla la Mancha/Univ. Salamanca, 2001, pp. 967 ss.
- De la Fuente Honrrubia (2004), Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- De Palma (1996), El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- Delgado Echeverría (2013), El vigor de las leyes: el campo semántico *validez* en el *Diccionario de autoridades*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2013.
- Denninger (2012), en Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeistrafrechts, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012.
- Díez Picazo (1970), Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972).
- Díez Picazo (1999), Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, 3ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1999.
- Díez-Picazo/Gullón (2015), Sistema de Derecho civil, II, t. 2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, 11ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- Díez Ripollés (2012a), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española, InDret 1/2012.
- Díez Ripollés (2012b), Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española, en JpD nº 73 2012, pp. 48 ss.
- Dubber (2005), Strafrechtsdogmatik als Botanik, en Hefendehl (ed.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitische Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Carl Haymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2005, pp. 245 ss.

- Ehrhardt (1994), Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- Eisenberg (2005), Kriminologie, 6ª ed., C.H. Beck, München, 2005.
- Engisch (1953), Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1953.
- Engisch (2010), Einführung in das juristische Denken, 7ª ed., Verlag Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1977 (desde 1996, Thomas Würtenberger y Dirk Otto, han editado y actualizado la jurisprudencia y la bibliografía en las ediciones 9ª a la 11ª de la misma editorial, siendo la 11ª de 2010 la última editada, y la que aquí se citará junto a la 7ª del propio Engisch).
- Escuchuri Aisa (2004), Teoría del concurso de delitos y de leyes, Ed. Comares, Granada, 2004.
- Esser, Joseph (1949), Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, Springer Verlag Wien, 1949.
- Esser, Joseph (1961), Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, trad. de Eduardo Valentí Fiol, Ed. Bosch, Barcelona, 1961.
- Faraldo Cabana (2015), Las penas, en Memento Experto Francis Lefebvre, Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas, Madrid, 2015, pp. 113 ss.
- Feijóo Sánchez (2000), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, RPCP nº 10, 2000.
- Feijóo Sánchez (2002), Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas, Civitas, Madrid, 2002.
- Feijóo Sánchez (2003), ¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?, en Montealegre (ed.), El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje a Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 349 ss.
- Feijóo (2007), Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, Reus, Madrid, 2007.
- Feijóo Sánchez (2008), Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?, en: Arroyo/Nieto (dir.), Autorregulación y sanciones, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 197 ss.
- Feijóo Sánchez (2011a), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Díaz-Maroto (dir.), Estudios sobre las reformas del Código penal, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 65 ss.
- Feijóo Sánchez (2011b), La reforma del art. 129 CP, en Díaz-Maroto (dir.), Estudios sobre las reformas del Código penal, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 241 ss.
- Feijóo Sánchez (2012), Las consecuencias jurídicas del delito, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 235 ss.
- Feijóo (2014a), El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable, en Gimbernat/Gracia et. alt., Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario, t. II, Gaceta penal & procesal penal, Lima, 2014, pp. 41 ss.
- Feijóo (2014b), Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles, en Ontiveros (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 135 ss.
- Feijóo Sánchez (2015), El delito corporativo en el Código penal español, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- Feijóo Sánchez (2016a), Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 273 ss.
- Feijóo Sánchez (2016b), Los requisitos del art. 31 bis 1, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 273 ss.

- Feijóo Sánchez (2016c), Las consecuencias jurídicas del delito, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 273 ss. (= 1ª ed. 2012, pp. 235 ss.).
- Feijóo Sánchez (2016d), La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 297 ss.
- Feijóo Sánchez (2016e), El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 301 ss. (= 1ª ed., 2012, pp. 265 ss.).
- Feijóo Sánchez (2016f), Réplica a Javier Cigüela, InDret penal 2/2016.
- Fernández Rodríguez (2011a), en García de Enterría/T. Ramón Fernández, Curso de Derecho administrativo I, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- Fernández Rodríguez (2011b), en García de Enterría/T. Ramón Fernández, Curso de Derecho administrativo II, 12ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- Fernández Teruelo (2001), Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, en Quintero/Morales (coord.), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, 2001, pp. 273 ss.
- Ferrara (2006), Teoría de las personas jurídicas, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monerero Pérez y Cristóbal Molina Navarrete, Ed. Comares, Granada, 2006.
- Ferrater Mora (2005), Diccionario de Filosofía, 5 tomos, RBA, Barcelona, 2005.
- Fichte (1960), Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Félix Meiner Verlag, Hamburg, 1960.
- Foucault (1966), Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines, Ed. Gallimard, Paris, 1966.
- Foucault (1969), L'archeologie du savoir, Editions Gallimard, 1969.
- Foucault (1980), El orden del discurso, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980.
- Frank (1917), Unternehmersdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchstpreisgesetz, ZStW 1917, pp. 28 ss.
- Galán Muñoz (2012), La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 503 ss.
- García Amado (2011), Responsabilidad jurídica, en Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad, nº 1, septiembre 2011 – febrero 2012, pp. 125 ss.
- García Blasco (1989), Infracciones y sanciones en materia laboral; Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.
- García de Enterría (2011a), en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso** de Derecho administrativo I, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- García de Enterría (2011b), en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso** de Derecho administrativo II, 12ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- García-Pablos (2006), Introducción al Derecho penal, 4ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.
- García-Pita y Lastres (2016), La personalidad jurídica en el Derecho español, 2ª ed., Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2016.
- Geiger (2006), Die Rechtsnatur der Sanktion, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- Gimbernat (1990), Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- Gimbernat (1999), Ensayos penales, Tecnos, Madrid, 1999.

- Gimbernat (2001), ¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 355 ss.
- Gimbernat (2006), *Palabras preliminares a la reedición de su Autor y cómplice en Derecho penal*, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- Gómez-Jara (2005), *La culpabilidad empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Gómez-Jara (2016b), El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad), en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 121 ss.
- Gómez Martín (2016), Recensión a Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (289 págs.), en *InDret* 1/2016, Sección ExLibris.
- Gómez Tomillo (2015), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, 2ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Gómez Tomillo/Sanz Rubiales (2013), *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, 3ª ed., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2013.
- González Rus (2014), La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Palma/González Tapia, *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 19 ss.
- Gracia Martín (1985), *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I, Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.
- Gracia Martín (1986), *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986.
- Gracia Martín (1993), en Diez Ripollés/Gracia, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- Gracia Martín (1994a), La comisión por omisión en el Derecho penal español, en Gimbernat Ordeig (dir.), *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1994.
- Gracia Martín (1994b), Die Strafbarkeit von Handlungen und Unterlassungen im Unternehmen nach spanischem und deutschem Recht, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Carl Heymanns Verlag KG, 1994, pp. 13 ss.
- Gracia Martín (1996a), 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 (publicado antes con el mismo título en AP nº 39 1993, pp. 583 ss.). Aquí citaré la publicación de 1996.
- Gracia Martín (1996b), en Gracia/Boldova/Alastuey, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Gracia Martín (2000), Recensión a Luzón Peña, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, en RDPC nº 5 2000, pp. 363 ss.
- Gracia Martín (2001a), Prólogo al libro de Mª Ángeles Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- Gracia Martín (2001b), Prólogo al libro de José Luis Castillo Alva, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001.
- Gracia Martín (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Gracia Martín (2004a), El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, RECPC 06-07 (2004), <http://criminet.ugr.es/recpc>

- Gracia Martín (2004*b*), Recensión al libro de Martínez-Buján, Derecho penal económico. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, en RDPC, n.º 13, 2004, pp. 445 ss.
- Gracia Martín (2005*a*), Las llamadas “consecuencias accesorias” en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito, RPCP (17) 2005, pp. 195 ss.
- Gracia Martín (2005*b*), El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- Gracia Martín (2006*a*), en Gracia/Boldova/Alastuey, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Gracia Martín (2006*b*), Fundamentos de Dogmática penal, Atelier, Barcelona, 2006.
- Gracia Martín (2008*a*), voz La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Boix/Lloria, Diccionario de Derecho penal económico, Iustel, Madrid, 2008.
- Gracia Martín (2008*b*), Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho, en García Valdés et alt., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 975 ss.
- Gracia Martín (2010*a*), Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin, GA 6/2010, pp. 323 ss.
- Gracia Martín (2010*b*), La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático), RDPC nº 3 2010, pp. 27 ss.
- Gracia Martín (2011), Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código penal español, en Urquizo/Abanto/Salazar (coordinadores), Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal, Homenaje a Klaus Tiedemann, vol. I, Universidad San Martín de Porres, Fondo Editorial, Lima, 2011, pp. 159 ss.
- Gracia Martín (2013), Prólogo al libro de M^a Ángeles Rueda, ¿Participación por omisión?, Atelier, Barcelona, 2013.
- Gracia Martín (2014*a*), La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, en Gimbernat/Gracia/et. alt., Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario, t. II, Gaceta penal & procesal penal, Lima, 2014, pp. 107 ss.
- Gracia Martín (2014*b*), La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura, en Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP Nº 2014-2 (septiembre), pp. 16 ss.
- Gracia Martín (2014*c*), Kritische Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung im Verbrechensaufbau aus historischer Sicht, en Hefendehl et. alt. (eds.), Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, de Gruyter, Berlin/New York, 2014, pp. 363 ss.
- Gracia Martín (2015), La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, en Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP Nº 2015-2 (septiembre), pp. 149 ss.
- Gracia Martín (2016*a*), en Gracia/Boldova/Alastuey, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (1ª ed., 1998; 2ª ed. 2000; 3ª ed., 2004; 4ª ed. 2012).
- Gracia Martín (2016*b*), Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica, RECPC núm. 18 2016.
- Gracia Martín (2016*c*), Concepto categorial y teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos, InDret 3/2016.
- Gracia Martín (2016*d*), Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del delito, RP nº 38, julio 2016.

- Gracia Martín (2016e), Construcción arbitraria y quebranto de conceptos jurídicos fundamentales en el sociologismo y la política criminal libres de empirismo y de Dogmática jurídica, RGDP noviembre 2016 (en prensa).
- Gracia Martín/Alastuey (2006), en Gracia/Boldova/Alastuey, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Gracia Martín/Alastuey (2016), en Gracia/Boldova/Alastuey, Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Greco (2009), Lebendiges und totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- Greco, Modernização do Direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- Greco (2015), Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld, GA 2015, pp. 515 ss.
- Guardiola Lago (2004), Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Haft (1992), Derecho y lenguaje, en Arthur Kaufmann/Hassemer, El pensamiento jurídico contemporáneo, ed. de Gregorio Robles, Ed. Debate, Madrid, pp. 219 ss.
- Hardwig, Die Zurechnung, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.
- Harris (2009), Introducción a la Antropología general, 7ª ed., trad. de Francisco Muñoz de Bustillo, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- Hempel/Oppenheim (1936), Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik. Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie, Leiden, 1936.
- Henkel (1968), Introducción a la Filosofía del Derecho, trad. De Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Taurus, Madrid, 1968.
- Hirsch (1989), Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn /München, 1989.
- Hirsch (1993), Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993.
- Hirsch (1999a), Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, citado por sus Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 60 ss. (= El desarrollo de la Dogmática penal después de Welzel, en sus Obras Completas, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f., pp. 13 ss.).
- Hirsch (1999b), Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, en el mismo, Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 336 ss. [=Obras completas, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, pp. 83 ss.].
- Hirsch (2009), Die Lehre von der objektive Zurechnung, en el mismo, Strafrechtliche Probleme II, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 205 ss.
- Hirsch (2004), Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, en ZStW (116) 2004, pp. 1 ss.
- Hobbes (1993), El ciudadano, edición bilingüe de Joaquín Rodríguez Feo, Ed. Debate-CSIC, Madrid, 1993.
- Hobbes (1999), Leviatán, versión, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- Hollands (2005), Gefahrenzurechnung im Polizeirecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- Horn (1966), Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- Hörnle (2013), Kriminalstrafe ohne Schuld, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013.

- Hortal Ibarra (2014), La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo, InDret 4/2014.
- Huergo Lora (2007), Las sanciones administrativas, Iustel, Madrid, 2007.
- Jäger (1985), Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, A. Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 1985.
- Jakobs (1991), Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991.
- Jakobs (1992), Der strafrechtliche Handlungs begriff, Beck Juristischer Verlag, 1992.
- Jakobs (2002a), Strafbarkeit juristischer Personen?, en Prittwitz et al. (eds.), Fest. f. Klaus Lüderssen, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, pp. 559 ss.
- Jakobs (2002b), Zum Begriff des Delikts gegen die Person, en Bernnsman/Ulsenheimer, Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 63 ss.
- Jakobs (2003), La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal, en Moisés Moreno (coord.), Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Cepol-crim, D.R. Editorial Ius Poenale, México D. F., 2003, pp. 69 ss.
- Jakobs (2006), La pena estatal: significado y finalidad, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- Jakobs (2011), Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
- Jakobs (2012), System der strafrechtlichen Zurechnung, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. Main, 2012.
- Jescheck/Weigend (1996), Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Joerden (1988), Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.
- Kaiser (1988), Introducción a la Criminología, 7ª ed., dirección y traducción de J. Mª Rodríguez Devesa, Ed. Dykinson, Madrid, 1988.
- Kant (1787), Crítica de la razón pura, traducción de la 2ª ed. de 1787 (con textos de la 1ª de 1781), y con prólogo, notas e índices, de Pedro Ribas, 19ª ed. en español, Ed. Alfaguara, Madrid, 2002.
- Kant (1996), Sobre la paz perpetua, trad. de Joaquín Abellán y presentación de Antonio Truyol y Serra, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- Kaufmann, Armin (1954), Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1954.
- Kaufmann, Arthur (1982), Analogie und "Natur der Sache", 2ª ed., R. v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1982.
- Kaufmann, Arthur (1997), Rechtsphilosophie, 2ª ed., C. H. Beck, München, 1997.
- Kelsen (1923), Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, reimpre-sión de la 2ª ed. de Tübingen 1923, Scientia Aalen, 1960.
- Kelsen (1934), Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, editada por Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- Kelsen (1979), Teoría pura del Derecho, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernego, Universidad Autónoma de México, México DF. 1979.
- Kelsen (1994), Teoría general de las normas, Ed. Trillas, México, 1994.
- Kelsen (1995), Teoría general del Derecho y del Estado, 5ª reimpr. de la trad. de E. García Máy-nez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.
- Kohler, J. (1917), Die Straffähigkeit der juristischen Person, GA 1917, pp. 500 ss.
- Köhler, M. (1986), M., Der Begriff der Strafe, R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1986.
- Köhler, M. (1997), Strafrecht. Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlin, 1997.

- Kuhn (1981), *La estructura de las revoluciones científicas*, 6ª reimpresión de la 1ª edición en español, Ed. Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1981.
- Lacruz/Delgado (2005), *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, vol. 3º, Derecho subjetivo. Negocio jurídico, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- Lacruz/Delgado (2010), en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, vol. 2º, Personas, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- Lacruz/Rivero (2011), *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. 1º, Parte General. Teoría general del contrato, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2011.
- Lacruz/Rivero (2013), *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. 2º, Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013.
- Larenz (1979), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg/New York, 1979.
- Legaz (1975), *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.
- Lemke/Mosbacher (2006), *Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar*. 2ª ed. C. F. Müller, Heidelberg 2006.
- Locke (1990), *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990 (reimpr. de 1998).
- López Peregrín (2008), *La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 Cp., once años después*, en Muñoz Conde (coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Lozano (1992), *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)*, RAP nº 129 1992, pp. 211 ss.
- Luzón Peña (1996), *Curso de Derecho penal. Parte General I*, 1ª ed., Ed. Universitas, Madrid, 1996.
- Luzón Peña (2004), *Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales*, en Octavio de Toledo/Gurdiel/Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 545 ss.
- Luzón Peña (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; 1ª ed., publicada en Ed. Universitas, Madrid, 1996.
- Maihold (2005), *Strafe für fremde Schuld?*, Böhlau Verlag, Köln/Weimar/Wien, 2005.
- Maiwald (1966), *Der “dolus generalis”. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung*, ZStW 1966, pp. 30 ss.
- Mapelli (1998), *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal*, RP n.º 1 1998, pp. 43 ss.
- Mapelli (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011 (4ª ed. 2005).
- Martínez-Buján (1998), *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Medina Ariza (1998), *El control social del delito a través de la prevención situacional*, RDPC nº 2 1998, pp. 281 ss.
- Meier (2006), *Strafrechtliche Sanktionen*, 2ª ed., Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2006.
- Meier (2007), *Kriminologie*, 3ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 2007.
- Mendonca (2000), *Las claves del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000 (reimpr. 2008).
- Meléndez Morillo-Velarde (2008), *Los sujetos responsables en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social*, RMTI nº 78, 2008, pp. 93 ss.
- Melendo Pardos (2002), *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Comares, Granada, 2002.
- Mendonca (2003), *Los derechos en juego*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

- Merton (2002), *Teoría y estructura sociales*, 4ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- Mezger (1924), *Die subjektiven Unrechtselemente*, GS (89) 1924, pp. 207 ss.
- Mir Puig (1994), *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- Mir Puig (2004), *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, RECPC 06-01 (2004).
- Mir Puig (2011), *Bases constitucionales del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Mir Puig (2014), *Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad*, en *Foro FICP — Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2014-1 (abril), pp. 24 ss.
- Mir Puig (2015a), *Derecho penal. Parte General*, 11ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
- Mir Puig (2015b), *Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad*, en *Foro FICP — Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2015-2 (abril), pp. 140 ss.
- Mitsch (2005), *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 2005.
- Mitsch (2014), *Einleitung*, en *KKOWiG*, 4ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 2014
- Nagler (1903), *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.
- Navarro Cardoso (2001), *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.
- Nieto García (2012), en *Alejandro Nieto/Tomás R. Fernández, El Derecho y el revés*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.
- Nieto García (2012), *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- Nieto Martín (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
- Nino (1984), *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984.
- Octavio de Toledo (2002), *Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal*, en *Díez/Romeo/Gracia/Higuera (eds.), La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1113 ss.
- Oehler (1950), *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1950.
- Oppenheim (1926), *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften. Grundgesetze der vergleichenden Wissenschaftslehre*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926.
- Oppenheim, véase Hempel/Oppenheim.
- Pemán Gavín, I. (2000), *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000.
- Pérez Royo (1972), *Infracciones y sanciones tributarias*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1972.
- Pérez Royo (1986), *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.
- Philipps (2005), *Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen*, en *Schweighofer et alt. (eds.), Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik Tagungsband des 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2005*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/ Dresden, 2005, pp. 87 ss.
- Quintano Ripollés (1957), *La evolución del Derecho penal moderno (contra corriente)*, ADPCP 1957, pp. 283 ss.
- Quintero Olivares (1991), *La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal*, en *RAP* nº 126, 1991, pp. 253 ss.

- Rachor (2012), en Lisen/Denninger, Handbuch des Polizeistrafrechts, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012.
- Radbruch (1960), Die Natur der Sache als juristische Denkform, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, Sonderausgabe 1960.
- Radbruch (1967), Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, originalmente publicado en Revue internationale de la théorie du Droit, nº 12 1938, e incluido como apéndice en Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, editado con una introducción por Arthur Kaufmann, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, pp. 167 ss. (aquí se cita por esta última obra).
- Radbruch (2003), Rechtsphilosophie, 3ª ed., de Verlag von Quelle & Meyer in Leipzig, 1932, editada por Ralf Dreier y Stanley L. Paulson, en 2ª ed. en C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.
- Ransiek (2012), Überlegungen zur strafrechtlichen Verantwortung des Unternehmensträgers, en Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 285 ss.
- Rawls (1997), Teoría de la Justicia, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, reimpression de 1997.
- Rebollo Puig (1989), Potestad sancionadora, alimentación y salud pública, Instituto Nacional de Administración pública, Madrid, 1989.
- Recasens Siches (2008), Tratado General de Filosofía del Derecho, 19ª ed., Ed. Porrúa, México, 2008.
- Recoder Vallina (2008), Principio de personalidad de las sanciones administrativas: responsabilidad solidaria y subsidiaria. Responsabilidad de las personas jurídicas y de los menores de edad, en Asamblea RPAM 19, dic. de 2008, pp. 133 ss.
- Robles Planas (2006), ¿Delitos de personas jurídicas?, InDret 2/2006.
- Robles Planas (2009), El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, InDret 2/2009.
- Robles Planas (2011), Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011.
- Roca Agapito (2014), Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas, en M. Ontiveros (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Rodríguez Mourullo (1977), Derecho penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1977.
- Rodríguez Mourullo (1980), Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código penal, en S. Mir (ed.), «La reforma del Derecho penal», Bellaterra, Barcelona, 1980.
- Rogall (2014), § 30 OWiG, en KK-OWiG, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2014.
- Roldán Barbero (1983), El dinero, objeto fundamental de la sanción penal, Ed. Akal, Madrid, 1983.
- Romeo Casabona (1986), Peligrosidad y Derecho penal preventivo, Bosch, Barcelona, 1986.
- Roxin (2006), Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006.
- Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, de Gruyter, Berlin, 1984, pp. 69 ss. (= Fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación, en El sistema moderno del Derecho penal, traducción de J. Mª Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 81 ss.).
- Sabine (2000), Historia de la teoría política, 3ª ed. en español (1994), revisada por Thomas Landon Torzón, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 5ª reimpression (2000).
- Sacher (2006), Systemtheorie und Strafrecht, ZStW 2006, pp. 574 ss.
- Sánchez Calero (1997), Instituciones de Derecho Mercantil I, 20ª ed., McGraw Hill, Madrid, 1997.

- Sánchez Calero/Sánchez-Calero (2015), *Instituciones de Derecho Mercantil I*, 37ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Schmitt, R. (1958), *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1958.
- Schmitt-Leonardy (2013), *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2013.
- Schneider (2011), *Die Verhaltensnorm im internationalen Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
- Schroth (1993), *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Brühlscher Verlag, Giessen, 1993.
- Schünemann (1971), *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.
- Schünemann (1979), *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.
- Schünemann (1984), *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en Schünemann (ed.) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1984, pp. 1 ss. (= *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de J. Silva*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 31 ss.)
- Schünemann (1993), *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht*, en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 299 ss.
- Schünemann (1994), *Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht*, en Schünemann/Suarez Gonzalez (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, pp. 265 ss. (= en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Ed. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565 ss.).
- Schünemann (1995), *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA 1995, pp. 201 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 209 s.).
- Schünemann (1996), *Begründung und Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität*, en Schünemann (ed.), *Unternehmenskriminalität; Deutsche Wiedervereinigung Band III*, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, pp. 153 ss.
- Schünemann (2001a), *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, *Festschrift für Roxin*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2001, pp. 1 ss.
- Schünemann (2001b), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, GA 2001, pp. 205 ss.
- Schünemann (2001c), *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 643 ss.
- Schünemann (2002a), *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*, ADPCP 2002, pp. 9 ss.
- Schünemann (2002b), *Libertad de la voluntad y culpabilidad en Derecho penal*, en su compilación *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 24 ss.
- Schünemann (2003), *Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung*, GA 2003, pp. 299 ss.
- Schünemann (2004), *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004.

- Schünemann (2006a), La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea, en Bajo/S. Bacigalupo/Gómez-Jara (eds.), Constitución europea y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 141 ss.
- Schünemann (2006b), Comentario previo al § 25, en LK I, 12ª ed., 2006.
- Schünemann (2008a), Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, in: Strafrecht zwischen System und Telos –Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, pp. 39 ss.
- Schünemann (2008b), Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Festschrift für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag 2008, pp. 429 ss.
- Schünemann (2008c), El propio sistema de la teoría del delito, InDret 1/2008.
- Schünemann (2013), Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit, GA 2013, pp. 193 ss.
- Schünemann (2014a), Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe –ein kriminalpolitischer Zombie, ZIS 1/2014, pp. 1 ss.
- Schünemann (2014b), Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von *Günther Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, en ZStW 2014, pp. 1 ss.
- Seiler (1967), Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.
- Silva Sánchez (2001), La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal, en Derecho penal económico, Manuales de Formación Continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 308 ss.
- Soler Costa (2014), El poder de las palabras. Un análisis del lenguaje pedagógico, Mira Editores, Zaragoza, 2014.
- Sticht (2000), Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzel (1904-1977), Ferdinand Schöningh, Paderborn/München/Wien/Zürich, 2000.
- Stratenwerth (1992), Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en Festschrift für Rudolf Schmidt, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, pp. 295 ss.
- Suay Rincón (1989), Sanciones administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- Suay Rincón (2008), La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar, DA n° 280-281, 2008.
- Tamarit (2002), Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Díez/Romeo/Gracia/Higuera (eds.), La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1153 ss.
- Terradillos (1995), Derecho penal de la empresa, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- Terradillos (1998), Derecho penal del trabajo, RP, n.º 1, 1998, pp. 77 ss.
- Tiedemann (1974), Zeitliche Grenzen des Strafrechts, en «Einheit und Vielfalt des Strafrechts», Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1974.
- Tiedemann (1985), Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht dargestellt am Beispiel der Abzugsfähigkeit von Parteispenden, Verlag Otto Schmidt, Köln, 1985.
- Tiedemann (1988), Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1988, pp. 1169 ss.
- Tiedemann (1996), Strafbarkeit von juristischen Personen?, en Schoch/Stoll/Tiedemann, Freiburger Begegnung. Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshof, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, pp. 30 ss.
- Tiedemann (2014), Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 4ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2014.

- Vareilles-Sommières (1919), *Les personnes morales*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919.
- Vernadsky (1997), *La biosfera*, Fundación Argentaria-Visor (dis.), Madrid, 1997.
- Vernadsky (2005), *The biosphere and the noosphere*, reprint de 18 de febrero de 2005, en EIR: http://larouchepub.com/other/2005/site_packages/vernadsky/3207bios_and_noos.html
- Villegas García (2016), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2016.
- Vogel (2012), *Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht*, StV 7/2012, p. 427 ss.
- Von Freier (1998), *Kritik der Verbandstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- Welzel (1958), *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1958.
- Von Freier (2009), *Zürück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen*, GA 2009, pp. 98 ss.
- Welzel (1961), *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1961.
- Welzel (1964), *El nuevo sistema del Derecho penal*, trad. y notas de J. Cerezo Mir, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.
- Welzel (1969), *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- Welzel (1971), *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, traducción de Felipe González Vicén, 2ª ed., Ed. Aguilar, Madrid, 1971.
- Welzel (1975a), *Strafrecht und Philosophie*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 1 ss.
- Welzel (1975b), *Kausalität und Handlung*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 7 ss.
- Welzel (1975c), *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin, 1975, pp. 29 ss.
- Welzel (1975d), *Studien zum System des Strafrechts*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin, pp. 120 ss.
- Welzel (1975e), *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin, 1975 pp. 274 ss.
- Welzel (1975f), *Macht und Recht*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, De Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 288 ss.
- Welzel (1975g), *Gesetz und Gewissen*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, De Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 297 ss.
- Welzel (1975h), *Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin, pp. 345 ss.
- Welzel (2004), *El nacimiento del moderno concepto del Derecho*, en la compilación de Welzel, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, IBdF, Buenos Aires/Montevideo, 2004, pp. 245 ss.
- Wolf, Erik (1930), *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, en *Festgabe für Reinhart von Frank II*, Tübingen, 1930.
- Württemberg (1933), *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532*, reimpresión de la edición de Breslau (1933) de Scientia Verlag, Aalen, 1973.
- Württemberg (1959), *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1959.
- Zaffaroni (2002), *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.
- Zaffaroni (2005b), *¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?*, en su colectánea *En torno a la cuestión criminal*, IBdF, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 131 ss.

- Zaffaroni (2005c), Culpabilidad y vulnerabilidad social, en su colectánea En torno a la cuestión criminal, IBdF, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 229 ss.
- Zipf (1989), Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1989.
- Zornoza (1992), El sistema de infracciones y sanciones tributarias, Civitas, Madrid, 1992.
- Zugaldía (1980), Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”, CPC (11) 1980, pp. 67 ss.
- Zugaldía (1994), Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, CPC (53) 1994, pp. 613 ss.
- Zugaldía (1997), Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas), PJ (46) 1997, pp. 327 ss.
- Zugaldía (2000), en Comentarios al Código penal, dirigidos por Cobo del Rosal, Tomo III, Artículos 95 a 134, Edersa, Madrid, 2000.
- Zugaldía (2001a), La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, en Quintero/Morales (coordinadores), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, 2001, pp. 885 ss.
- Zugaldía(2001b), Vigencia del principio societas delinquere non potest en el moderno Derecho penal, en Hurtado/Del Rosal/Simons, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Zugaldía (2003), Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica, CPC (81), 2003.
- Zugaldía (2008), La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Zugaldía (2010), Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código penal español por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio), La Ley Penal (76) 2010.
- Zugaldía (2013), La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Zúñiga Rodríguez (2009), Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 3ª ed., Aranzadi, 2009; 2ª ed. 2003.