

38

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

ET S'PRAX IDE ET PRO

Revista

Julio 2016

38

Revista Penal

Julio 2016



Penal



Revista Penal

Número 38

Sumario

Doctrina:

- Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad, por *Mercedes Alonso Álamó* 5
- El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista, por *Miguel Ángel Boldova Pasamar*. 40
- Algunas consideraciones sobre las consecuencias jurídicas del derribo de aviones secuestrados, por *Paulo César Busato* 68
- La cámara oculta en el proceso penal, por *Javier Ángel Fernández-Gallardo* 85
- Estafa, falsedad, administración desleal y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales, por *M^a Carmen Gómez Rivero* 107
- El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal, por *María Concepción Gorjón Barranco* 127
- Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito, por *Luis Gracia Martín* 147
- El *stalking* en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación, por *Anna Maria Maugeri* 226
- Una nueva perspectiva en relación con el bien jurídico protegido en el delito de falsedad de los documentos societarios, por *David Pavón Herradón* 254
- Nuevos perfiles de la corrupción y política criminal: los delitos de corrupción entre particulares y de fraude en el deporte en los ordenamientos jurídico-penales de España y Portugal, por *Javier Sánchez Bernal* 276
- Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código Penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos, por *Vincenzo Tigano* 299
- Las agresiones a profesionales sanitarios desde la perspectiva del Derecho sancionatorio. Particular consideración del delito de atentado, por *Asier Urruela Mora* 322
- Sistemas penales comparados:** Financiación del terrorismo (Terrorism Financing) 346
- Noticias:** Cooperación científica jurídico-penal entre Alemania y América Latina de igual a igual: El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen. A su vez, un homenaje a Claus Roxin 399
- Notas bibliográficas:** por *Cristina del Real Castrillo* 403



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Navid Aliabasi (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
William Terra de Oliveira (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito

Luis Gracia Martín

Revista Penal, n.º 38 - Julio 2016

Ficha Técnica

Autor: Luis Gracia Martín.

Title: Concept, function and legal nature of «ancillary consequences» of crime.

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza.

Sumario: I. Introducción. II. La diversidad de posturas doctrinales sobre el concepto, fundamento y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias. III. Crítica de los argumentos formales a favor del reconocimiento de naturaleza penal a las consecuencias accesorias. IV. Invalidez del argumento de la necesidad de extender las garantías penales a las consecuencias accesorias del delito. V. Excurso metódico como antesala de la crítica de la infundada atribución de fines de prevención *penal* a las consecuencias accesorias. VI. Los eventuales fines y efectos de prevención primaria y secundaria, y en ningún caso terciaria (punitiva ni sancionatoria), de las consecuencias jurídicas accesorias del delito. VII. Crítica de la tesis que atribuye naturaleza de medidas de seguridad penales a las consecuencias accesorias del delito. VIII. Concepto de consecuencias accesorias del delito: su función de completitud del tratamiento y solución del caso en el proceso penal. IX. Fundamento y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias. X. Bibliografía citada.

Resumen: El legislador español introdujo en el Código penal de 1995 un catálogo de consecuencias jurídicas del delito denominadas «accesorias» en línea con lo que ya antes habían hecho otros legisladores europeos, como por ejemplo el alemán. Esta novedad planteó a la doctrina como una cuestión a resolver la relativa a los fundamentos y a la naturaleza jurídica de tales consecuencias, y al respecto se formularon una pluralidad de tesis que las conceptuaron como penas, como medidas de seguridad, como sanciones o medidas diferentes a estas dos pero con naturaleza y fines penales, y finalmente como consecuencias de variada naturaleza —civil, administrativa policial— sin carácter penal ni sancionador. Con la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010 las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP se trasladaron al nuevo art. 33.7 con el nombre de «penas aplicables a las personas jurídicas» añadiéndose a ellas la multa, y en el art. 129 quedaron las mismas con la originaria denominación de consecuencias accesorias y reservadas para su aplicación a entes sin personalidad jurídica. En este artículo, tras una crítica de las tesis que ven en las consecuencias accesorias unas de naturaleza penal, sancionatoria o *sui generis* pero con significado punitivo, se propone un concepto de las mismas alejado de todo sentido punitivo o sancionatorio, y a partir de dicho concepto se formula la tesis de que a pesar del nomen iuris legal, las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas continúan siendo materialmente consecuencias accesorias no penales ni sancionatorias.

Palabras clave: Pena, medidas de seguridad, responsabilidad civil, consecuencias accesorias, nomen iuris, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, accesoriedad, persona jurídica, peligrosidad objetiva de la cosa, medidas de policía, potestades ablatorias administrativas.

Abstract: The Spanish legislator introduced in the Criminal Code of 1995 a catalog of legal consequences of crime called «ancillary» in line with what had already been done by other European legislators, such as the German one. This novelty raised the need to resolve on the fundamentals and the legal nature of such consequences, giving raise to the

formulation of a plurality of thesis by the doctrine: some authors conceptualize the ancillary consequences as penalties, others as security measures, others as sanctions or other measures with criminal nature and purposes, and finally some authors consider them as consequences of diverse nature —civil, police-administrative— without punitive or criminal character. With the reform of the Criminal Code operated by Organic Law 5/2010 ancillary consequences provided in art. 129 Criminal Code moved to new art. 33.7 with the name «penalties applicable to legal persons», adding to them the fine, and in art. 129 remained the same ones with its original name of «ancillary consequences» whose application is reserved to entities without legal personality. In this article, we start by criticizing the thesis that consider that ancillary consequences have a criminal nature, a punitive one or a *sui generis* nature but with punitive meaning. Secondly, a concept of the mentioned ancillary consequences deprived of any punitive or sanctionatory meaning is proposed, and based on it we formulate the thesis that despite its legal *nomen iuris*, the so called penalties for legal persons are still materially non-criminal or non-punitive ancillary consequences.

Key words: Penalties, security measures, civil liability, ancillary consequences, *nomen iuris*, fact and legal consequence, accessoriness, legal person, objective dangerousness of the thing, police measures, administrative powers restrictive of rights.

Observaciones: 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.

Rec: 27-04-2016 **Fav:** 2-06-2016.

I. INTRODUCCIÓN

1. Como sucedía desde hacía tiempo en otros Códigos europeos, en el español de 1995 se introdujo en el Título VI de su Libro I un conjunto de reacciones jurídicas contra el delito agrupadas bajo la denominación expresa de «consecuencias accesorias». En el plano nominal, el legislador siguió aquí la pauta que ya habían seguido antes los ordenamientos europeos más avanzados. El StGB alemán conocía ya desde hacía tiempo, y distinguía, entre la *pena* accesoria (*Nebenstrafe*) de prohibición de conducir (§ 44), que por ser una pena tiene como presupuesto la culpabilidad del autor¹, y la *consecuencia* accesoria (*Nebenfolge*) de la pérdida de la capacidad para el desempeño de cargos públicos y del derecho de sufragio activo y pasivo (§§ 45-45b), sobre cuya naturaleza jurídica y fines hay muy distintas opiniones en la doctrina alemana². El StGB regula la

confiscación de los beneficios (§§ 73-73e) y el comiso (§§ 74-75) solo con sus propios nombres sin agruparlos en ninguna categoría nominal unitaria y genérica, pero en la doctrina es habitual designarlos como modalidades de consecuencias accesorias junto a las medidas de publicación de la sentencia y de registro de la condena³. En el StGB alemán no se regulan consecuencias jurídicas aplicables a personas jurídicas y a agrupaciones, pero el § 30 OWiG establece una multa contra tales entes a la que algunos autores ven como una consecuencia accesoria⁴. En el mencionado Título VI del Libro I CP 95, el legislador español agrupó inicialmente con la denominación genérica de consecuencias accesorias al comiso de los efectos e instrumentos del delito y de las ganancias (arts. 127 y 128) y a unas medidas aplicables a empresas y a asociaciones y organizaciones delictivas (art. 129)⁵, y en principio la decisión de diferenciarlas

1 Véase GEPPERT (2006), comentario al § 44 n° 1.

2 Entienden que se trata de una pena, por ejemplo THEUNE (2006), comentario al § 45 n° 1; pp. 351 s.; y STRENG (2002), p. 161; en cambio MEIER (2006), pp. 351 S., entiende que se trataría de una medida especial de saneamiento de la función pública cuyo fin sería la protección de la imagen de la función y del cargo públicos.

3 Véase por ejemplo MEIER (2006), pp. 351 S., 353 ss.

4 Así por ejemplo, MITSCH (2005), p. 165 y ROXIN (2006), p. 263 n° 60.

5 Además de estas consecuencias reguladas en la Parte General, en la Especial se establecían también de modo particular para determinados delitos algunas otras que, según una opinión muy extendida, también deberían ser adscritas a esta clase de consecuencias. Este era el caso, por ejemplo, de «la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social» por un tiempo determinado, prevista para el delito de blanqueo de capitales (art.

así nominalmente del resto de las consecuencias del delito merece un juicio favorable⁶.

2. Con la reforma del Código penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador español introdujo una disposición absolutamente estrambótica y extravagante mediante la que declaró la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis), otra en la que, de modo consecuente con ello, estableció un catálogo nominal de «penas» aplicables a aquellas (art. 33.7)⁷, y otra más en la que fijó criterios específicos de aplicación y de determinación de aquellas (art. 66 bis). A consecuencia de esto, en aquella reforma se modificó el art. 129 en el sentido de reservar en adelante las consecuencias accesorias contempladas en él para entidades «sin personalidad jurídica». Como consecuencias accesorias quedaron con esa denominación expresa las distintas modalidades de comiso, reguladas en los arts., 127 y 128, y esas medidas aplicables a entidades sin persona-

lidad jurídica en el art. 129, las cuales tienen los mismos contenidos que las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas, pues aquel artículo se remite al catálogo de estas incluido en el art. 33.7 CP, excluyendo de las consecuencias accesorias únicamente a la multa y a la disolución⁸.

3. La nueva situación legal resultante de la reforma de 2010 y mantenida en los mismos términos tras la reforma de 2015, pareció que tendría que reforzar en principio la tesis de que las «consecuencias accesorias» del Título VI carecen de toda naturaleza penal, dado que si con aquellas reformas el legislador ha distinguido entre «penas» para personas jurídicas y «consecuencias accesorias» para entidades sin personalidad jurídica, esto debería ser interpretado en el sentido de que su voluntad fue diferenciarlas en cuanto a su naturaleza y a sus fines, de modo que solo los de las primeras serían pretendidamente de carácter pe-

302.2.b) o para los delitos contra la Hacienda pública (arts. 305.1 y 308.3); véase, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN (1995), pp. 73 s.; dudoso OCTAVIO DE TOLEDO (2002a), pp. 1122 s. y 1125; ROCA AGAPITO (2003), p. 74 nota 97. Críticamente, y atribuyéndole —a mi juicio, sin fundamento— la naturaleza de una *medida de seguridad*, véase BAJO/SILVINA BACIGALUPO (2000), pp. 104 y 158; LOS MISMOS (2010), pp. 260 y 297. Según PÉREZ ROYO (1986), pp. 166 y 168, su fundamento es en el caso de pérdida de derechos, que quien no observa un comportamiento leal con la Hacienda Pública no debe beneficiarse de medidas de fomento financiadas con fondos públicos (p. 166), y en el de prohibición de contratar, la indignidad para contratar con la Administración pública, por el mismo motivo.

6 De todos modos, como advirtió DE LA FUENTE (2004), pp. 61 s., en el CP 73 había ya determinadas medidas en relación con ciertos delitos que, sin ser denominadas así, tenían contenidos idénticos a los de algunas de las ahora llamadas consecuencias accesorias, como era el caso, por ejemplo, de la medida de clausura de establecimientos o locales, prevista en los arts. 347 bis.4º y 344 bis. b) en relación con los delitos medioambientales y de tráfico de drogas respectivamente.

7 Según el art. 33.7 CP, las «penas» aplicables a las personas jurídicas son: a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa».

8 Art. 129 CP: «1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere el apartado anterior solo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7».

nal, mientras que los de las segundas tendrán que ser de alguna otra índole⁹.

4. En la doctrina alemana, se hacía notar ya la dificultad de clasificar a las accesorias en el sistema de las consecuencias jurídicas del delito, y así por ejemplo, entre otros muchos, JESCHECK/WEIGEND advertían que «junto a las penas, el StGB prevé otras consecuencias jurídicas diferentes que solo muy difícilmente pueden ser clasificadas en un sistema de sanciones de doble vía, y por esto se designan de un modo neutral con el concepto de “consecuencias accesorias”»¹⁰. Del mismo modo, en la doctrina española se planteó como un problema inicial el de determinar la naturaleza jurídica de tales consecuencias, el cual, como lo advirtió con razón ZUGALDÍA, no tendría que abordarse y tratarse «por puro deleite intelectual o dogmático a modo de discusión sobre el sexo de los ángeles, sino porque la opción que conlleva tiene importantes consecuencias prácticas»¹¹. En un principio, la doctrina mayoritaria entendió que formalmente las consecuencias accesorias no eran penas ni medidas de seguridad, ni tampoco medidas reparadoras de daños o de indemnización de perjuicios¹².

a) Cuando a un objeto se le atribuye un nombre propio y diferente al de otros, este nombre corresponde generalmente a la naturaleza del objeto, y cuando se asignan distintos nombres a un mismo objeto en función de los diferentes usos y aplicaciones concretas que se hagan de él, cada nombre propio corresponderá al uso y aplicación específicos que se hagan del mis-

mo objeto en cada caso. Así sucede, por ejemplo, con una privación de libertad, la cual puede ser *dogmáticamente* una *medida cautelar* de naturaleza procesal (detención o prisión provisional), y sólo así debe ser denominada, o bien una consecuencia del Derecho penal material, es decir, una pena o una medida de seguridad y sólo así deberá ser denominada con propiedad. Al menos técnicamente, parece que debería tacharse de erróneo atribuir la naturaleza de pena a la detención o a la prisión provisional, con el argumento de que igual que la pena de prisión, consisten también en una privación real de libertad. Un dislate como este no sólo estaría fundado en un menosprecio del uso preciso del lenguaje, sino que daría lugar a la liquidación de todo un aparato conceptual jurídico que opera con un instrumento tan fino como la idea de «tipo», para así poder *distinguir* en la realidad material precisamente a toda una pluralidad de fenómenos *diversos* y aplicar así a cada uno el tratamiento jurídico específico y diferenciado que no sólo es el justo, sino también el eficaz respecto a la finalidad específica que se pretende con dicho tratamiento¹³. Por todo esto, la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, como advirtió con razón la doctrina mayoritaria, debería ser en principio una propia y diferenciada de la de cada una de las otras tres consecuencias jurídicas del delito: pena, medida de seguridad y responsabilidad civil.

b) Ciertamente, la denominación que se utilice en un contexto determinado para designar a un objeto no es decisiva siempre para dilucidar su auténtica naturaleza.

9 Pues de lo contrario lo lógico tendría que haber sido que hubiera unificado a ambas en una misma categoría también nominalmente; véase en este sentido MIR PUIG (2014), pp. 29 y 31, quien al entender con razón que las llamadas «penas» aplicables a personas jurídicas son realmente consecuencias accesorias, advierte críticamente sobre si era verdaderamente necesario prever unas *mismas* medidas con *dos nombres* distintos, y por si no hubiera bastado con la designación unitaria de «consecuencias accesorias» (p. 31 nota 13, cursiva del autor); y de nuevo EL MISMO (2015), pp. 145 y 147 nota 12.

10 Véase JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 785.

11 Véase ZUGALDÍA (2000), p. 1051. El PLOCP 1992, en su Exposición de Motivos, reconocía que estas consecuencias accesorias «no tendrían fácil acomodo ni entre las penas ni entre las medidas de seguridad»; véase *Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 24.

12 Véase por ejemplo LÓPEZ GARRIDO/GARCÍAARÁN (1996), p. 81; LUZÓN PEÑA (1996), pp. 57 s.; GARCÍA VICENTE Y OTROS (1998), pp. 350 s.; JORGE BARREIRO (1997), p. 118; MAPELLI (1998), p. 49; SERRANO BUTRAGUENO (2002), pp. 865 s.; AGUADO CORREA (2000), pp. 32 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO (2001), pp. 278 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI (2001), p. 980; LÓPEZ PEREGRÍN (2008), p. 580. Para el Derecho alemán, que pese a las ulteriores denominaciones más específicas que hemos visto *supra* en 1, agrupa a algunas junto con las medidas de seguridad bajo el nombre genérico de «medidas» (§ 11.8 StGB), véase, también en el mismo sentido, MÜLLER-DIETZ (1979), pp. 67 s.; ZIPF (1989) p. 525 n.º 3; HILGENDORF (2006), comentario al § 11 n.º 97 y 98.

13 Porque como advierte con razón DELGADO ECHEVERRÍA (2013), pp. 11 s., en el Derecho «sin palabra adecuada no hay concepto preciso». 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 científico 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»; con amplitud sobre el lenguaje jurídico; véase asimismo HORN (1966), pp. 21 ss. y 97 ss.

Sin embargo, en principio hay que partir de que en la mayor parte de los casos sí lo será en un sentido *negativo*, es decir, se podrá descartar que el objeto designado con un nombre propio y diferenciado pueda tener la naturaleza propia de otros a los que se designa con otros nombres distintos y que no tienen sinonimia con aquel. Y todo parece indicar que este es el caso de las consecuencias accesorias, ya que no puede pensarse en que la elección de una denominación como ésta fuera producto de un error lingüístico, sino más bien una determinación consciente de un legislador cuya voluntad fue la de completar el dispositivo de consecuencias jurídicas del delito con una nueva clase de naturaleza distinta a la de las ya existentes. Al respecto es muy significativo que el comiso de los instrumentos y efectos del delito, que se había regulado tradicionalmente como una «pena» accesoria hasta el CP 73, en el CP 95 fuera convertido en una consecuencia accesoria diferenciada de las penas accesorias y clasificado entre las de aquel género¹⁴.

5. Se plantea la cuestión relativa a la razón por la que en los ordenamientos jurídico penales modernos se han introducido reacciones jurídicas que carecen de la naturaleza propia de las consecuencias específicas del Derecho penal: no son penas ni medidas de seguridad, y sin embargo en principio se muestran también como consecuencias *del delito*. Una primera respuesta muy plausible, la proporciona la aguda observación de HIRSCH al advertir en general que «la comprensión jurídico penal de un caso representa únicamente un corte de su desarrollo jurídico; y para el dominio jurídico completo aún pueden jugar un papel otros varios sectores del ordenamiento jurídico: por ejemplo, además del Derecho de daños, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo; (pues) cada uno de estos sectores jurídicos» —concluye— «se ocupa, con una función diferente, en la atribución de las consecuencias que surgen de la infracción jurídica»¹⁵. Y en efecto, HIRSCH tiene toda la razón, pues ciertamente una reacción completa y eficaz frente al delito no resulta sólo de la aplicación de las consecuencias específicas del Derecho penal. El *factum* constitutivo de la infracción penal no es más que un corte o fragmento de un suceso

total más amplio en el que se han producido hechos y están presentes circunstancias que para nada están integrados en el supuesto de hecho penal, pero que sin duda pueden constituir el de alguna otra consecuencia jurídica diferente que no puede dejar de ser aplicada si quiere resolverse completamente el conflicto como debe ser en Derecho¹⁶. Así sucede, por ejemplo, con el daño moral que cause a los parientes la muerte de la víctima de un homicidio, que no es un hecho integrante del tipo penal del homicidio, pero sí uno real que aparece en el suceso global más amplio en que los hechos que configuran el tipo del homicidio son sólo un fragmento de él, y el daño moral es otro fragmento que constituye por sí mismo el supuesto de hecho singular y diferenciado de una consecuencia jurídica específica como la indemnización *civil*, que es una distinta e independiente de la pena que corresponde al homicidio. Ahora bien, parece evidente que la aplicación de las consecuencias no penales que eventualmente puedan concurrir con las específicamente penales no puede estar condicionadas de ningún modo por los principios y reglas que rigen para las últimas, y así, la culpabilidad del autor, que es condición indispensable para la imposición de la pena, tiene que ser y es ajena por completo al supuesto de hecho específico y jurídicamente autónomo de la indemnización civil por el daño moral. Para la aplicación de esta debe bastar con comprobar que en el suceso global del que forma parte el homicidio, se ha producido también un daño injusto y resarcible con independencia de si el que lo ha causado ha obrado culpablemente o no lo ha hecho así, e incluso puede bastar con que el daño sea uno que quien lo ha sufrido no tenga ningún deber ni carga de soportarlo de acuerdo con los juicios y reglas jurídicos de la distribución de daños y perjuicios¹⁷, como sucede en general cuando la conducta (penalmente típica) del que ha causado ese daño no sea antijurídica porque está amparada por un estado de necesidad justificante (art. 118.1.3ª CP)¹⁸. Si una pena sólo puede imponerse cuando haya culpabilidad, y ésta es empero irrelevante para la responsabilidad civil, una hipotética exigencia de que tuviera que imponerse previamente una pena como condición de la posterior aplicación de una indemnización civil por

14 Sobre esta transformación y sus consecuencias, véase por ejemplo GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 559 ss.

15 Véase HIRSCH (1989), p. 709; véase también GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 31 ss., 539 s.; EL MISMO (2016a), pp. 226 ss.; ESCUCHURI (2004), pp. 10 s.

16 Véase GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 33 s.

17 Sobre las llamadas normas distributivas, véase JOSEPH ESSER (1949) pp. 136 ss., especialmente 138 s.; también ARMIN KAUFMANN (1954), pp. 70 s., 127 y 264 ss.; y GRACIA MARTÍN (2006b), pp. 84 ss.

18 Véase por todos ALASTUEY (2006), pp. 624 ss., con referencias doctrinales.

el daño causado, sería contraria al fundamento de la responsabilidad civil, que es exclusivamente el daño causado, y haría a aquella totalmente inoperante con respecto a sus fines reconstituyentes, compensatorios y resarcitorios del daño y de los perjuicios. Si algo está claro y no se discute en las Dogmáticas que se han preocupado de desarrollar una teoría de las consecuencias accesorias, ello es que el fundamento de éstas es un supuesto de hecho al que le son ajenas por completo tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal de un sujeto determinado¹⁹. De ahí que también esté claro que son consecuencias independientes de la pena y de las medidas de seguridad. El que en un caso concreto no concurran —o no hayan podido probarse— todos los presupuestos de la aplicación de una pena o de una medida de seguridad, en absoluto impide que puedan y deban aplicarse las consecuencias jurídicas correspondientes a todos los demás supuestos de hecho no penales cuyos presupuestos propios y específicos se hayan realizado y hayan quedado así suficientemente probados. Y si en el caso han concurrido aquellos presupuestos de una pena o medida, estos serán totalmente ajenos al supuesto de hecho que fundamente las consecuencias accesorias y no deberán incluirse en él, como tampoco en el de una eventual responsabilidad civil.

II. LA DIVERSIDAD DE POSTURAS DOCTRINALES SOBRE EL CONCEPTO, EL FUNDAMENTO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

1. Sin considerar para nada datos ni razonamientos tan elementales como los que acaban de ser expuestos, la doctrina española mayoritaria restó importancia a la

precisa terminología empleada por el legislador y por la ley. Prescindiendo por completo del dato terminológico, y denostándolo incluso como perturbador, aquella planteó el problema de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias como uno para el que las únicas soluciones que se ofrecerían *a priori* tendrían que ser las de atribuirles desde un punto de vista material, o bien la naturaleza de penas o medidas de seguridad que justamente la ley les negaba formal, terminológica y sistemáticamente, o bien una naturaleza propia o *sui generis*, pero que en cualquier caso debería ser de carácter *penal*²⁰.

2. Un sector minoritario de la doctrina penal afirmó que las consecuencias accesorias, y especialmente las medidas aplicables a empresas y organizaciones del art. 129 CP, tendrían que tener la naturaleza jurídica de auténticas *penas*²¹. Los defensores de esta interpretación partían de la afirmación previa de que las personas jurídicas tendrían capacidad de acción y de culpabilidad, pues partían asimismo de la tesis de que toda pena solo puede tener como fundamento a la culpabilidad²². En cuanto a la fundamentación del carácter de *penas* de las consecuencias accesorias, esta doctrina se caracterizó no sólo por el paupérrimo bagaje de argumentos que fue capaz de esgrimir a su favor, sino también porque los escasos que formuló en tal sentido fueron tan débiles que no podían ser tomados en serio desde una actitud que trascienda la superficie de los problemas y penetre en su fondo material. Y así, esta doctrina derivó el carácter de pena de las consecuencias accesorias por exclusión²³: como, según ella, no podrían ser ni medidas de seguridad penales, ni medidas no penales, ni tampoco reacciones indemnizatorias civiles, entonces tendrían que ser forzosamente *penas*²⁴. También se ar-

19 Véase por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 785; ZIPF (1989), p. 525 n.º 3; MÜLLER-DIETZ (1979), pp. 67 s.

20 Véase por ejemplo, RODRÍGUEZ RAMOS (1996), p. 2: «en este tema hay que huir de la hipocresía dogmática, de los juegos de palabras, de la logomaquia, y no perder de vista que estamos ante consecuencias alictivas que limitan los derechos de las personas jurídicas, por lo que lo fundamental es someterlas a los principios que inspiran el Derecho sancionador en el Estado de Derecho»; ZUGALDÍA (1997), p. 329; = EL MISMO (2000) p. 1051, quien siguiendo a RODRÍGUEZ RAMOS, añade además que el legislador, al referirse a ellas, «utiliza intencionadamente ... un lenguaje enigmático y críptico ... y no llama a estas sanciones ni penas ni medidas de seguridad»; ZÚÑIGA (2003), pp. 209 s.: «el legislador de 1995 lo que ha hecho es eludir una cuestión de fondo ... acudiendo a una fórmula terminológica, donde no aparecen claros los fundamentos de tal consecuencia»; ello no obstante, el legislador «sanciona, pero no le denomina sanción» y ahí radica «la contradicción de la norma», en que la hace «funcional para cierta eficacia simbólica, en base al "fraude de etiquetas"».

21 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.

22 Por todos, ZUGALDÍA (1997), pp. 337 ss., y ya con anterioridad al CP 1995, EL MISMO (1994), pp. 620 s.

23 Véase DE LA FUENTE (2004), p. 79: «para defender la naturaleza de penas de estas medidas, utiliza una vía negativa».

24 Así sobre todo ZUGALDÍA (1997), pp. 331 ss.: si «no son instrumentos reparatorios civiles porque no tienden en absoluto a reequilibrar patrimonios» (p. 331); si no pueden ser «sanciones administrativas, porque ... no dejarían de ser unas *extrañas* sanciones administrativas aquellas que están previstas por el Código *Penal*, impuestas por el Juez *Penal*, como consecuencia de una infracción *penal*, en el curso de un procedimiento *penal* y orientadas a los fines de la *pena*» (p. 332); si tampoco pueden ser «consecuencias jurídicas preventivas reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción porque de ser así no tendrían por qué estar sometidas, y esto

gumentó que «si realizamos un proceso de abstracción para establecer su conceptualización, observamos que se trata de privación de bienes jurídicos, impuestas por un órgano penal ante la comisión de un delito, siguiendo criterios de prevención especial (última parte del precepto)» y que esto «coincide materialmente con el concepto de pena»²⁵. Además, la referencia que hacía el art. 129.3 a la finalidad de prevenir la continuidad delictiva, que según esta doctrina habría que entenderla en el sentido de la prevención especial, no convertiría a las consecuencias accesorias en medidas de seguridad, pues la pena también se orienta a ese fin²⁶.

3. Un sector minoritario de la doctrina entendió que se trataba de medidas de seguridad²⁷. Así, CONDE-PUMPIDO FERREIRO consideró que «la naturaleza de tales “consecuencias” es la propia de una medida de seguridad, en cuanto su fin confesado es preventivo y su fundamento

la peligrosidad de una actividad revelada por la comisión de un hecho delictivo, tal como exige el artículo 6.1 del Código penal»²⁸, y SILVA SÁNCHEZ las entendió como «medidas de seguridad jurídico-penales que recaen sobre las personas jurídicas en tanto que centros de imputación de la lesión de una norma jurídico-penal de valoración, siendo así que, además, es previsible que continúen produciendo tal lesión en el futuro»²⁹.

4. Prescindiendo de matices terminológicos y de fondo, en la doctrina española se impuso como mayoritaria la interpretación de las accesorias como nueva cuarta clase de consecuencias jurídicas del delito, cuya naturaleza jurídica en general sería la de *sanciones o medidas sui generis* diferentes de la pena y de las medidas de seguridad, pero en todo caso de carácter *penal*³⁰. Esta interpretación está motivada fundamentalmente por la preocupación de dotarlas de garantías idénticas

es inadmisibles, a las garantías constitucionales exigidas para el Derecho sancionador»; si tampoco pueden ser «sanciones que privan a la persona física condenada del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jurídica», porque entonces se trataría a ésta como a un «objeto» y porque en tal caso la consecuencia debería afectar sólo a la persona física (p. 332); y si, finalmente, tampoco puede ser medidas de seguridad porque éstas «no exigen la culpabilidad de quien las sufre y las consecuencias accesorias sí» y porque ello «obligaría a redefinir ... el concepto de peligrosidad pasando del biosicológico de la persona física a otro “objetivo” —no recogido en el CP— para la persona jurídica» (p. 333); de ahí que, según ZUGALDÍA, no sea posible llegar a conclusión distinta a que «si llamamos penas a las sanciones penales que tienen como presupuesto y límite el principio de culpabilidad (sancionan a los autores culpables) y llamamos medidas de seguridad a las sanciones penales limitadas por el principio de proporcionalidad (ya que operan en ausencia o aminoración de culpabilidad), *las consecuencias accesorias del artículo 129 constituyen auténticas penas*», pues si el TC exige una culpabilidad propia de la persona jurídica para poder imponerle una sanción, y «si la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP a la persona jurídica exige como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica» entonces, y por fuerza, «*es que esas consecuencias accesorias son penas*» (pp. 332 s.); en idéntico sentido ZUGALDÍA (2000), pp. 1051 ss. y EL MISMO (2001a), pp. 895 ss.; y adhiriéndose en todo a su opinión, BACIGALUPO SAGESSE (1998), pp. 284 ss.; LA MISMA (2005), pp. 112 ss.

25 Véase en este sentido, ZÚÑIGA (2003), p. 213, y en sentido similar, ZUGALDÍA y S. BACIGALUPO, como en nota anterior.

26 Véase en este sentido, ZUGALDÍA (1997), p. 333; EL MISMO (2000), p. 1053; EL MISMO (2001a), p. 896; BACIGALUPO SAGESSE (1998), p. 286; LA MISMA (2005), pp. 113 s.

27 Así sucede de modo paradigmático en la doctrina alemana que elabora un específico Derecho penal de medidas para personas jurídicas; cfr. al respecto la clara y magnífica exposición crítica de FEIJÓO (2002), pp. 113 ss.

28 Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1997), pp. 1.563 s., donde añade, además, que «el propio legislador, pese a su propósito de desligar en este artículo las “consecuencias accesorias” que regula de las medidas de seguridad objeto del Título IV, del Libro I, traiciona con frecuencia su subconsciente de estimarlas como medidas de seguridad, cuando en el Libro II, y al imponerlas como sanción de determinados delitos, pasa a denominarlas *medidas* y no *consecuencias*».

29 Véase SILVA SÁNCHEZ (2001), p. 347, si bien debe advertirse que SILVA entiende que también la peligrosidad de la persona física se basa en la mera lesión de normas de valoración y en el pronóstico de futuras lesiones de esa misma clase de normas (cfr. *infra* VII.1); completamente de acuerdo con SILVA, si bien de *lege ferenda*, MIR PUIG (2004), p. 6 nota 19.

30 Véase con diversos matices, 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»; FEIJÓO (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».

o similares a las que rigen para penas y medidas de seguridad, dado que aquéllas también consisten, como éstas, en la imposición de una privación o restricción de derechos y bienes que tiene su fundamento en la previa comisión de un delito³¹. Ahora bien, esta tesis plantea de inmediato la cuestión relativa a cómo es posible atribuir carácter específicamente *penal* a unas medidas distintas de las penas y de las medidas de seguridad. La doctrina mayoritaria resolvió semejante cuestión en el sentido de negarles la naturaleza de penas y de medidas de seguridad porque el supuesto de hecho de las consecuencias accesorias sería uno del que están ausentes tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal, y afirmando no obstante su naturaleza penal porque las mismas —esto, sin embargo, sólo según un sector de esta doctrina mayoritaria—, también se orientarían a algunos fines de prevención general y especial³². El supuesto de hecho estaría constituido por la «peligrosidad», pero entendida no como estado subjetivo que revela la probabilidad de comisión en el futuro de hechos delictivos por un sujeto peligroso, sino como *peligrosidad objetiva*. Ésta se define como la probabilidad de comisión futura de hechos delictivos por determinadas personas, no en razón de su inclinación o predisposición a la comisión de delitos, sino en virtud

de su relación o contacto con ciertas cosas, objetos y situaciones objetivas, o de su implicación y participación en determinadas actividades³³. En lo que concierne al fundamento de la atribución de naturaleza penal a las consecuencias accesorias, se adujo por algunos que no sólo pueden tener un carácter represivo, sino sobre todo que sirven a los fines de prevención, muy acentuadamente a los de prevención especial —y eventualmente a los de prevención general—, pues el propio art. 129 CP les asignaba expresamente tal finalidad al decir que «estarán orientadas a *prevenir* la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma»³⁴.

5. Finalmente, un sector absolutamente minoritario de la doctrina española, entendió en contra de todas las tesis expuestas, a las cuales bien podríamos agrupar y llamarlas con el nombre genérico de «fundamentalismo» punitivista de la persona jurídica, y contemplarlas como producto de una especie de «solipsismo jurídico-penal»³⁵, entendió, como lo entiende también actualmente, que las consecuencias accesorias del delito tienen una naturaleza y unos fines diversos que, en ningún caso, se corresponden con absolutamente nada que sea similar a ninguna consecuencia jurídica penal ni sancionatoria³⁶. Algunas serían de naturaleza civil y otras de naturaleza administrativa policial. Los argumentos

31 Así la mayor parte de los autores citados en nota anterior; *cf.* por todos, FEIJÓO (2002), pp. 109 y 146 s.

32 Véase, por ejemplo, LUZÓN PEÑA (1996), p. 60; DE LA FUENTE (2004), pp. 99 ss.

33 Este concepto de peligrosidad objetiva o de la cosa se debe fundamentalmente a la doctrina alemana, y en especial a SCHMITT (1958), pp. 199 ss., 230 ss.; SEILER (1967), pp. 258 ss.; asimismo en la doctrina italiana, véase BRICOLA (1970), p. 1013; y en nuestra doctrina, ya antes del CP 1995, fue asumida entre otros, y por ejemplo, por BAJO FERNÁNDEZ (1978), pp. 118 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO (1977), pp. 230 s.; EL MISMO (1980), p. 178; GRACIA MARTÍN (1986), pp. 104 s.; ROMEO CASABONA (1986), pp. 72 s. Dentro del sector doctrinal que les atribuyó naturaleza *penal*, consideraron que su fundamento era la peligrosidad objetiva o de la cosa, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN (1998), pp. 231 s.: «peligrosidad sintomática, objetiva o instrumental de la persona jurídica»; TERRADILLOS (1998), p. 80: peligrosidad «derivada objetivamente de la utilización de la estructura de la persona jurídica»; y en relación con el PCP 94, TERRADILLOS (1995), p. 62: «tendrían como presupuesto la llamada peligrosidad objetiva de la entidad, que no es sino la probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios provoquen la actuación criminal de los sujetos individuales»; FERNÁNDEZ TERUEL (2001), p. 280: «peligrosidad objetiva de la cosa [sociedad, local, etc.]»; FEIJÓO (2002), pp. 139 s., 147 ss., 154 ss.: «esta reacción jurídico-penal *sui generis* tiene su fundamento en la “peligrosidad objetiva o instrumental” o “peligrosidad de la cosa” [p. 139]»; OCTAVIO DE TOLEDO (2002), p. 1132: «peligrosidad criminal objetiva»; MIR PUIG (2004), p. 4: «peligrosidad de un instrumento», pero este último sin atribuir a las consecuencias accesorias ninguna naturaleza penal.

34 Véase por ejemplo, MAPELLI (1998), p. 53: «todas ellas [son] de carácter preventivo»; AGUADO CORREA (2000), p. 36: «ya que son impuestas por un órgano penal, están previstas en una ley penal, tienen una función preventiva e incluso represiva, e implican la restricción de derechos tan fundamentales»; 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»; ZÚÑIGA (2003), p. 213: «se trata de privación de bienes jurídicos, impuestas por un órgano penal ante la comisión de un delito, siguiendo criterios de prevención especial (última parte del precepto)»; sin embargo ZÚÑIGA consideró que las consecuencias accesorias deberían ser penas *lege ferenda*; 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.

35 Sobre esto, *cf.* *infra* apartados bb) y cc) de VI.3.c).

36 Esta fue la postura defendida por mí desde el principio apodócticamente; véase GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 552 ss.; y ya antes en mi primera toma de postura sobre la cuestión, véase GRACIA MARTÍN (1996b), pp. 438 ss., en correspondencia con mi previa postura

principales de esta tesis eran que tales consecuencias en ningún caso tenían como fundamento ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal, y que si bien podrían perseguir y producir de algún modo ciertos efectos preventivos, estos no serían en ningún caso del mismo carácter que los específicos de las consecuencias penales y sancionatorias³⁷.

6. Tras la LO 5/2010, con la introducción de unas llamadas penas aplicables a personas jurídicas y con el mantenimiento a la vez en el mismo art. 129 CP de las consecuencias accesorias, pero ahora solo aplicables a entidades sin personalidad jurídica, en principio formalmente se ha diversificado aún más la diferenciación entre clases de consecuencias jurídicas del delito, y el hecho de que llamar ahora expresamente penas a las primeras haya relevado de la embarazosa tarea de tener que forzar la interpretación de las consecuencias accesorias para transformarlas en penas, debería haber conducido lógicamente a la doctrina que así lo pretendía a buscar un criterio de diferenciación de aquellas con respecto a las demás consecuencias, y especialmente con respecto a las llamadas ahora penas aplicables a personas jurídicas³⁸. Pues al disponerse ahora de unas «penas» nominales para personas jurídicas, parece estar más que claro que el

legislador quiso diferenciar y así la ley diferencia ahora a estas penas de las consecuencias accesorias. De lo contrario resultaría enojoso que se utilizasen dos nombres diferentes para unas consecuencias que, no obstante, tendrían la misma naturaleza e idénticos fines³⁹. Sin embargo, después de la reforma, nada ha cambiado al respecto, y todo sigue igual en sus mismos términos iniciales. Pues con respecto a las denominadas consecuencias accesorias para entidades sin personalidad jurídica, tanto la doctrina partidaria como la refractaria a la responsabilidad penal de la persona jurídica, por un lado continúan manteniendo las mismas tesis que antes de la introducción de las llamadas penas para personas jurídicas y con los mismos argumentos. Y por otro lado, la doctrina que se declara refractaria a la punibilidad de la persona jurídica, niega el carácter de penas a las previstas para las personas jurídicas y así expresamente denominadas por la ley, y las interpreta sin fundamento ni explicación plausible, y con muy graves contradicciones, como medidas de seguridad, o bien como sanciones penales que no diferencia en nada de las consecuencias accesorias en cuanto a sus contenidos y finalidades⁴⁰. Respecto de lo primero, que es lo que aquí interesa, baste decir que, en efecto, en la doctrina posterior a la introducción de las

teórica general expuesta en GRACIA MARTÍN (1996a), pp. 69 ss.; y a mi juicio, de la misma opinión en el fondo GARCÍA ARÁN (1999), pp. 327 ss., pues aunque sugiriera que pudieran comprenderse como «medidas de seguridad *sui generis*», en las explicaciones que da a continuación me parece muy claro que las diferencia nitidamente de las medidas de seguridad del Derecho penal; y también ECHARRI (2003), pp. 110 ss., quien asume la tesis de GARCÍA ARÁN, y entendiendo así que «participan en cierto modo de la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad asegurativas, pero no de las clásicas y tradicionales medidas de seguridad», considera finalmente que también se alejan del «carácter de sanción administrativa» (p. 118); DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO (2001), p. 42, para quienes «no se trata de medidas eminentemente sancionadoras». Y en el mismo sentido, desde la doctrina administrativa, véase HUERGO (2007), pp. 202 s., quien consideró acertadamente que con la denominación de consecuencias accesorias, el CP «se ha limitado a utilizar los conceptos con más rigor», y entendió con toda razón y precisión terminológica y conceptual que en unos casos «se trata de medidas de policía aplicadas por órganos judiciales (pero que podría imponer también la Administración si no estuviera en marcha un proceso penal)», y en otros casos se trata de «mecanismos reequilibradores dirigidos a eliminar las consecuencias de la infracción», por lo cual deben aplicarse a ellas los principios y reglas «propios del Derecho de policía».

37 Cfr. sobre esto último *infra* VI.5 y 6.b) y c).

38 Véase en sentido similar DE LA FUENTE (2010), p. 164: «con la nueva regulación, sin embargo, dicha conceptualización ha de cambiar necesariamente, al menos desde un punto de vista formal»; véase también GARCÍA ARÁN (2011), p. 977.

39 Véase de nuevo la cita de MIR PUIG expuesta *supra* en nota 9.

40 Véase, solo a título de meros ejemplos entre otros muchos que no es posible citar aquí por razones de espacio, 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 (2012a), pp. 243 ss., llama a todas excepto a la multa «sanciones interdictivas», y las equipara a las consecuencias accesorias por su indudable parentesco en cuanto a los fines político-criminales, que serían los mismos de prevención especial [FEIJÓO (2012b), p. 268]. Recientemente 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»; cfr. *infra* en VI.3.c), la crítica que hago a esta postura de FEIJÓO junto a la de otros autores que piensan lo mismo.

llamadas penas para personas jurídicas, se mantiene el mismo abanico o gama de interpretaciones que antes sobre la naturaleza y los fines de las consecuencias accesorias previstas ahora solo para entidades sin personalidad jurídica, y así se afirma que estas son auténticas penas⁴¹, medidas de seguridad⁴², o bien sanciones o medidas en todo caso de naturaleza penal⁴³. Por esto, no es preciso reproducir los argumentos correspondientes formulados ahora a favor de cada una de estas tesis, porque en general son idénticos a los de antes de la reforma expuestos ya en los apartados precedentes de este epígrafe.

7. En mi opinión, todas las tesis expuestas, favorables a la atribución de la naturaleza de penas o de medidas de seguridad a las consecuencias accesorias son tan insostenibles ahora como lo fueron antes, y como siempre lo serán por las mismas razones. La tesis conforme a la cual serían penas es insostenible de raíz⁴⁴, por lo mismo que lo es la que sostiene que son penas las que así llama ahora el Código como «penas» aplicables a las personas jurídicas, pero de esta tesis no voy a ocuparme aquí, sino que lo haré con la mayor extensión y con todo detalle en un próximo artículo independiente de este específicamente dedicado a ella⁴⁵. La tesis de que las consecuencias accesorias son sanciones o medidas *sui generis*, pero en todo caso de carácter penal, que sus defensores también quieren hacer valer para las llamadas ahora penas aplicables a personas jurídicas tras negarles a estas la naturaleza de auténticas penas⁴⁶,

parte de presupuestos que en algún caso son sin duda correctos, pero aun así, considero que no es aceptable debido a al enfoque gravemente distorsionado y equivocado con que trata la cuestión, el cual, unido a su negación de la naturaleza de penas a las consecuencias aplicables a las personas jurídicas, la hace una tesis aún mas engañosa, contradictoria, e incluso de peor condición que la que trata de fundamentar una imposible e inconcebible naturaleza de penas tanto para las consecuencias accesorias como para las que el Código denomina expresamente como penas aplicables a personas jurídicas. Pese a las profundas diferencias que existen entre las posturas examinadas, parece que todas ellas comparten, no obstante, ciertos postulados comunes que, a mi juicio, no son convincentes, como voy a exponer a continuación ordenada y sistemáticamente.

III. CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS FORMALES A FAVOR DEL RECONOCIMIENTO DE NATURALEZA PENAL A LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

1. Los argumentos formales y sistemáticos complementarios de los sustanciales, invocados a favor de la naturaleza penal de las consecuencias accesorias, consistentes en señalar que todo lo relativo a ellas tiene lugar en un contexto penal, es decir, que están reguladas en el Código penal, son consecuencias *del delito*, se imponen en un proceso penal por un órgano jurisdic-

41 Véase ZUGALDÍA (2013), pp. 169 ss., quien afirmando que la distinción de una responsabilidad penal para entes con personalidad jurídica, de otra para entes sin tal personalidad, está históricamente superada y no se aviene tampoco a la realidad actual de los negocios, denomina ahora a las consecuencias accesorias como «penas» accesorias, sin explicar por qué estas serían «accesorias» y no lo serían las destinadas a los entes con personalidad; DOPICO (2015), p. 166, considera que «ni su carácter facultativo ni su vocación preventivo-especial impedirían que hablásemos de penas»; también ahora las considera penas, DE LA FUENTE (2010), p. 164.

42 Aun cuando en lo que alcanzo a ver, no se haya pronunciado aún al respecto, probablemente esta será la tesis que adopte SILVA SÁNCHEZ en coherencia con la que mantuvo antes de la reforma de la Ley 5/2010, de entender que las consecuencias accesorias para personas jurídicas tenían la naturaleza de medidas de seguridad (cfr. *supra* II.2.b), y en coherencia también con su tesis actual de que las llamadas penas aplicables a personas jurídicas en realidad son también medidas de seguridad (cfr. *infra* VII.1). En todo caso, Díez RIPOLLÉS (2016), p. 799, cita a SILVA como partidario de dicha tesis en la situación actual tras la reforma de 2010, si bien parece que hay que entender que lo hace en referencia a las publicaciones de aquel sobre consecuencias accesorias en la situación anterior a la mencionada reforma.

43 Véase, por ejemplo, FEIJÓO (2011b), p. 243; EL MISMO (2012b), p. 268, quien las considera y llama «sanciones o penas interdictivas», igual que a las penas para las personas jurídicas, asignándoles a ambas también la misma finalidad; Díez RIPOLLÉS (2016), p. 801: «son consecuencias jurídicas del delito de naturaleza penal» que se sirven «de mecanismos preventivos propios del derecho penal»;

44 Sobre las razones por las que no pueden ser penas, véase ahora solo ECHARRI (2003), pp. 109 ss., con referencias; y también DE LA FUENTE (2004), pp. 86 s. (pero cfr. *supra* en nota 41, el cambio de postura de este autor).

45 Por una parte porque una crítica y el rechazo de dicha tesis requiere de una argumentación específica que solo tiene sentido respecto de las personas jurídicas propiamente dichas, y por otra parte porque si, como yo sostengo, se entiende que las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas no son nada distinto a las consecuencias accesorias de las que aquí nos ocupamos, y que lo son además en el sentido más puro y estricto (cfr. GRACIA MARTÍN [2016a], pp. 246 ss.), la mayor parte de los argumentos que voy a desarrollar aquí en contra de la atribución de cualquier naturaleza penal o sancionatoria a cualquier consecuencia accesoria, son comunes y, por tanto, igualmente válidos contra toda y cualquier atribución de la naturaleza de penas o de consecuencias penales a las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas más allá de aquellos otros argumentos específicos.

46 Cfr. *supra* nota 40.

cional *penal* y, por esto, en el fallo de una sentencia *penal*, y además consisten materialmente en una privación o restricción de bienes y derechos del sujeto a quien se imponen, carece de toda fuerza demostrativa y de convicción, pues siendo cierto todo eso, sin embargo tales argumentos son insostenibles con respecto al fin para el que se los invoca, pues *todas* esas circunstancias sin excepción, se dan o pueden estar presentes en otras consecuencias jurídicas que sin la menor duda no tienen en absoluto nada que ver con fundamentos ni finalidades punitivos ni sancionatorios, como sucede por ejemplo y de un modo paradigmático con la responsabilidad civil derivada del delito⁴⁷, que es sin duda una consecuencia *del delito*, pero su naturaleza jurídica es inequívocamente *civil*⁴⁸. Las mencionadas circunstancias no dicen absolutamente nada a favor, ni en contra de la supuesta naturaleza penal o sancionatoria de las consecuencias accesorias⁴⁹.

2. En cuanto al hecho de que estén reguladas en el Código penal y se apliquen por un órgano judicial en un proceso penal y en una sentencia penal, es tan cierto como que, según lo ha advertido HUERGO con la más lúcida razón, no son más que medidas de policía que «podría imponer también la Administración si no estuviera en marcha un proceso penal»⁵⁰, y casi nada más se podría añadir a esta certera observación, salvo la importante matización adicional de que no es que la Administración solo «podría», sino que «debería» obligatoriamente imponerlas en el caso de que no estuviera

en marcha el proceso penal⁵¹. A esto no podría oponerse que, según el art. 129 CP, la aplicación de estas consecuencias es, ahora como antes, solo facultativa, pues el hecho de que el juez penal no pueda imponerlas o simplemente no las imponga por alguna razón, en modo alguno excluye que pueda —y como digo deba— imponerlas luego la Administración, igual que tampoco el hecho de que no pueda resolverse sobre la responsabilidad civil derivada del delito en el proceso penal no impide que pueda ser substanciada luego en el correspondiente proceso civil.

3. Lo mismo cabe oponer al argumento de que la atribución de una naturaleza *penal* a las consecuencias accesorias venga exigida por el hecho de que las mismas consistan materialmente en la privación o restricción de bienes y derechos del afectado. La falta de valor de este argumento la muestra claramente el ejemplo de las medidas cautelares de la detención y de la prisión provisional, que consisten materialmente en privación de libertad, y sin embargo, su naturaleza es inequívocamente *procesal*, pero además también el dato evidente de que todas las sanciones *no penales* tienen asimismo contenidos de privación o restricción de bienes y de derechos del afectado, y por otra parte el ordenamiento jurídico dispone de multitud de consecuencias jurídicas que afectan materialmente a bienes y derechos —algunos idénticos a los afectados por las penas criminales—, y se las mire por donde se las mire, ni siquiera tienen naturaleza y carácter de *sanción*⁵². Este

47 Salvo cuando el actor, de acuerdo con lo previsto en el art. 112 LECri., haga reserva de ejercitar la acción civil con posterioridad al juicio criminal en el civil correspondiente.

48 Cfr. ampliamente, GRACIA MARTÍN (1996b), pp. 36 ss. y el caudal doctrinal civil y penal ahí manejado; se hace eco de este argumento LÓPEZ PEREGRÍN (2008), p. 581 nota 56.

49 Cfr. GRACIA MARTÍN (2004b), p. 480. No veo, pues, justificada la afirmación que hace FEIJÓO (2002), pp. 146 s., en el sentido de que *porque* «no le falta cierta razón a ZUGALDÍA ESPINAR cuando señala frente a la posición de CEREZO MIR que, con independencia de que la aplicación de una consecuencia por los órganos de la Justicia penal no sea un dato determinante de la naturaleza de dicha consecuencia como mantiene la doctrina dominante, no dejan de ser unas «extrañas» sanciones administrativas aquéllas que están previstas por el Código Penal, son impuestas por un órgano jurisdiccional penal como consecuencia de una infracción penal, en el curso de un proceso penal», *entonces* —concluye FEIJÓO— «se trata, pues, de consecuencias que pertenecen al Derecho penal».

50 Véase HUERGO (2007), p. 202.

51 Pues el mismo HUERGO (2007), p. 229, advierte 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, porque sería «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».

52 Sobre esto, véase 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, que a mi juicio, con su magistral y modélica investigación ha fijado un punto de no retorno en cuanto al concepto de sanción, «el criterio de distinción (...) coherente con la noción de sanción como un castigo o retribución de una conducta ilegal, no está relacionado con la gravedad del mal o consecuencia jurídica desfavorable que se le impone al particular» porque «es perfectamente posible que un mismo hecho (por ejemplo la construcción de un edificio ilegal) dé lugar a una sanción (multa) y a una medida de restauración de la legalidad (demolición) que no es una sanción pero cuyas consecuencias económicas pueden ser mucho más graves» (pp. 235 s.), y

es el caso, por ejemplo, de todo el arsenal de medidas, instrumentos y aplicaciones prácticas de la denominada «coacción administrativa»⁵³ (entre las que cuentan, por ejemplo, las llamadas «multas coercitivas» que no tienen «nada que ver con las multas-sanción»⁵⁴, todas las formas de «compulsión directa sobre las personas»⁵⁵, o el desahucio administrativo⁵⁶), y también es el caso de todo el dispositivo de «operaciones administrativas de gravamen» o de policía⁵⁷, entre las cuales hay desde luego sanciones, pero también otras manifestaciones que nada tienen que ver con lo sancionador y, por ello, se encuentran sustraídas a los principios del Derecho sancionador⁵⁸. De hecho todas las consecuencias accesorias son en contenido idénticas a los instrumentos típicos y superabundantes del Derecho de policía⁵⁹. A estas formas típicas de actividad administrativa de policía que suponen limitaciones —a veces considerablemente onerosas— de bienes y de derechos, y que no obstante carecen absolutamente de la naturaleza de sanción, pertenecen también todas las que caen en el ámbito de las llamadas «potestades ablatorias reales», mediante cuyo ejercicio ya «no (sólo) se limitan los derechos afectados, sino que más bien *se destruyen*, se

extinguen como tales derechos, total o parcialmente»⁶⁰, y resulta particularmente significativo que entre los instrumentos típicos de ejercicio de tales potestades no sancionatorias, estén incluidas medidas como la *incautación de industrias*⁶¹, y sobre todo que «entren también dentro del género de la ablación real los *comisos* y *decomisos* (administrativos) de instrumentos de actuación ilícita, o peligrosos para la salubridad, o de objetos o productos obtenidos ilegalmente»⁶². Con lo expuesto debiera bastar para desahuciar totalmente al argumento de que el hecho de que las consecuencias accesorias consistan en la afectación de derechos y bienes exija atribuirles una naturaleza penal o sancionatoria. Como advierte HUERGO, «solo la función de una medida, y no su *contenido*, permite otorgarle o no la calificación de sanción»⁶³, y la afección de derechos y de bienes por una medida no sancionatoria puede ser incluso más grave que la resultante de una sanción⁶⁴. Existe una multitud de intervenciones jurídicas onerosas que no se configuran ni siquiera como sanciones administrativas, y por esto no quedan sometidas a principios estrictos del Derecho sancionador⁶⁵.

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.).

53 Cfr. sobre ello FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011a), pp. 763 ss.

54 Así, literalmente, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011a), p. 779; además, véase PEMÁN GAVÍN (2000), pp. 88 ss.

55 Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011a), p. 781. Esta compulsión sobre las personas «se traduce pura y simplemente en el empleo de fuerza sobre las personas, eliminando la libertad de las mismas», hasta el punto de que TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, (loc. cit.) se ve en la necesidad de advertir que los límites de su ejecución los traza el respeto debido a la persona humana y a los derechos fundamentales.

56 Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011a), p. 782.

57 Véase sobre ellas, en general, y en particular sobre algunas, GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b), pp. 104 ss.

58 Como describe GARCÍA DE ENTERRÍA, «la actividad administrativa de policía se caracterizaría por ser una actividad de *limitación de derechos de los ciudadanos*, con objeto de prevenir los peligros que de su libre ejercicio podrían derivarse para la colectividad, y tal actividad se expresaría en *formas típicas*, las más peculiares de las cuales serían *órdenes*, *autorizaciones*, *sanciones* y *coacciones*»; véase GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b), pp. 104 s. (subrayados míos).

59 Véase una enumeración *ad exemplum* de medidas de policía no sancionatorias, en NIETO GARCÍA (2012), pp. 156 ss.

60 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b), p. 120 (el subrayado es mío).

61 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b), p. 122.

62 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b), p. 123.

63 Véase HUERGO (2007), p. 233, añadiendo que «siempre que una determinada figura se defina por su contenido (como la revocación, la clausura, etc.) cabrá discutir en un caso concreto si constituye o no una sanción» y por esto «ninguna medida de gravamen es, por definición, una sanción».

64 Véase por todos HUERGO, como *supra* en nota 52.

65 Hay que advertir aquí sobre las precauciones que deben tomarse ante el hecho de que en el lenguaje ordinario e incluso en contextos técnicos, sea porque que no se necesita precisión, o por falta de rigor terminológico, se utilice con frecuencia el término «sanción» como sinónimo de «consecuencia jurídica»; 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). Esta práctica generalizada de utilizar el término sanción como sinónimo de consecuencia jurídica puede deberse a la inercia del uso de aquel generalmente en un sentido amplísimo, y de modo circular y tautológico por KELSEN, el cual llama sanción a toda y a cualquier consecuencia jurídica de cualquier ilícito. Para KELSEN (1979), pp. 123 ss.: «las sanciones, en el sentido específico de la palabra, aparecen,

IV. INVALIDEZ DEL ARGUMENTO DE LA NECESIDAD DE EXTENDER LAS GARANTÍAS PENALES A LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

1. Las anteriores reflexiones, y los resultados a que nos han conducido, deben llevarnos ahora a examinar la justificación de la atribución de naturaleza penal a las consecuencias accesorias con el argumento, esgrimido por algunos autores, de que solo de ese modo podrá someterse a las garantías constitucionales del Derecho penal a unas consecuencias como estas que suponen una afección grave de los derechos y bienes de quienes tienen que soportarlas⁶⁶. Este argumento carece, sin embargo, de todo fundamento. Como puso de relieve FEIJÓO, si bien sin ser luego consecuente con su propia crítica, esa argumentación es defectuosa en su fundamentación, ya que no se tiene en cuenta que la doctrina y el Tribunal constitucional mantienen una tesis unitaria respecto de los principios del Derecho sancionador (penal y administrativo)⁶⁷, y por esto, desde la perspectiva garantista, nada cabría oponer a la atribución de una naturaleza sancionatoria meramente *administrativa* a las consecuencias accesorias. Pero además, contra la tesis favorable a atribuirles naturaleza penal, cabe decir que, desde el punto de vista del principio de *ultima ratio*, no deja de ser preocupante «abogar por una intervención penal en sentido estricto por razones garantistas para el sujeto activo del delito», pues ello «resulta chocante en un Estado de Derecho»⁶⁸. Por otro lado, y como también dice FEIJÓO con razón, «no es obligatorio llegar a la conclusión de que las penas en sentido estricto implican mayores garantías que otras

consecuencias jurídicas que pueden imponer órganos jurisdiccionales penales ... y, desde luego, no existen diferencias sustanciales con respecto a las garantías procesales cuando un órgano jurisdiccional penal se ocupa de una determinada consecuencia»⁶⁹.

2. No comprendo bien, sin embargo, que tras esta acertada e impecable argumentación, FEIJÓO utilice al final precisamente el argumento de las garantías para justificar él mismo que, aunque las consecuencias accesorias no sean penas ni medidas de seguridad, no obstante tendrían que tener un carácter *penal*⁷⁰. Es cierto que FEIJÓO advierte sobre la relativa importancia que cabe atribuir a la mera denominación, pero ello no afecta en nada a lo esencial de su tesis, que se resume en que, *por razones garantistas*, las consecuencias accesorias deben someterse a los principios y garantías del Derecho sancionador⁷¹. Pero a mi juicio, las objeciones de FEIJÓO a la consideración de las consecuencias accesorias como penas por razones garantistas, son totalmente válidas y en los mismos términos frente a su configuración como consecuencias *penales* o como *sanciones* de cualquier especie. Pues negarles la naturaleza penal y sancionatoria, no implica en ningún caso que su imposición quede desprovista de garantías si se repara en que multitud de consecuencias jurídicas, que evidentemente carecen de aquella naturaleza, sin embargo están arropadas también de garantías apropiadas y suficientes. No hay que olvidar que muchas de las garantías del Derecho penal y del sancionador en general, no son monopolio de estos, pues se trata de garantías básicas y comunes a *todos* los sectores del ordenamiento jurídico, y por lo tanto también aplicables en los no

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. 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. No obstante, hay que decir que KELSEN (1979), pp. 54 s. distingue entre un concepto de sanción en sentido *estricto* como acto coactivo condicionado por una conducta humana ilícita, otro en sentido *amplio* como acto coactivo condicionado por otros hechos —vgr. la detención preventiva—, y un tercero en un sentido *amplísimo* como reacción contra toda situación socialmente indeseada.

66 Véase por ejemplo, ZUGALDÍA (1994), pp. 81 ss.; EL MISMO (1997), p. 332; BACIGALUPO SAGESSE (1998), pp. 278 ss.; LA MISMA (2005), p. 113; también ARROYO ZAPATERO (1998), p. 14.

67 Véase FEIJÓO (2002), p. 107.

68 Véase FEIJÓO (2002), p. 107.

69 Véase FEIJÓO (2002), p. 108, donde ilustra la afirmación con los ejemplos de la detención y de la prisión provisional, las cuales, conforme al art. 34 CP, no se reputan penas.

70 Véase FEIJÓO (2002), p. 109: «por razones garantistas se puede insistir en que las consecuencias para empresas son consecuencias penales pero no es preciso mantener su carácter de penas». Sin embargo, en otro lugar, FEIJÓO (2000), pp. 264 s., remitiendo a una publicación suya anterior, las calificó correctamente como «medidas de índole preventivo-policia».

71 Véase FEIJÓO (2002), p. 109: «incluso se debe tener en cuenta la relativa importancia de esta denominación [sc. penales] ya que en todo el Derecho sancionador, no sólo en el Derecho penal, existen ciertas garantías materiales y procesales básicas que son propias de un Estado de Derecho».

sancionadores, y si bien en los diferentes campos jurídicos pueden experimentar concreciones específicas impuestas por las características de la materia de cada uno, esto en ningún caso las afecta ni menoscaba en su núcleo. Piénsese en principios y garantías como los de legalidad, de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos y, sobre todo, en los de necesidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto HUERGO, 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»⁷², y al añadir 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 *si 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»⁷³. Pero si esto es así, entonces, y tomando los argumentos de FEIJÓO, pero ahora para oponerlos a su propia tesis, entonces tampoco es concluyente que el sometimiento de una determinada intervención estatal a los principios y garantías del Derecho sancionador, implique que esté rodeada de garantías superiores a las de las que no están sometidas al Derecho sancionador por carecer de naturaleza sancionadora. La negación de naturaleza *sancionatoria*

a las consecuencias accesorias, no sólo no las dejaría desprovistas de garantías constitucionales, sino que las dotaría inmediatamente de todo el arsenal de garantías de que provee el Estado de Derecho como el adecuado y el suficiente para la especie de medidas en que se las encuadre y clasifique⁷⁴.

3. Más allá de lo explicado en el plano dogmático, el sometimiento de las consecuencias accesorias a principios y garantías del Derecho sancionador sería perturbador y disfuncional, pues en tal caso no podrían cumplir sus fines de un modo satisfactorio. Ciertamente, hay garantías de los órdenes sancionatorios que no rigen necesariamente en otros. El principio de culpabilidad, por ejemplo, rige y debe regir absolutamente en todo Derecho sancionador, pero no puede ni debe ser así en el de policía⁷⁵. Las garantías propias de un determinado sector jurídico son una exigencia de —y le vienen impuestas por— la estructura lógico-objetiva de la singular materia que regula y que ha sido configurada en ese sector con unos elementos estructurales determinados, y no con otros distintos, en función de sus fines específicos. Por esto, parece obvio que para una regulación jurídica determinada tendrán que resultar perturbadoras para su fin, tanto la privación de alguna de las garantías que le imponen lógicamente su materia y su finalidad, como también, al contrario, la *adición* a ella de garantías propias de una regulación diferente de otra materia distinta cuyos fines sean asimismo diferentes⁷⁶. Si se atribuyera a las consecuencias accesorias la naturaleza de una *pena*, entonces deberían quedar sometidas al principio de culpabilidad, y sólo podrían ser impuestas a sujetos que hayan sido declarados culpables. Pero así, ninguna podría ser aplicada cuando no

72 Véase HUERGO (2007), pp. 202 s. y 239.

73 Véase HUERGO (2007), p. 362.

74 Sobre las garantías constitucionales de que están provistas todas las manifestaciones de la intervención estatal no sancionadora y la absoluta conformidad de las mismas con el Estado de Derecho, véase GARCÍA DE ENTERRÍA (2011a), pp. 782 ss. (para los medios de ejecución forzosa) y pp. 795 ss. y 798 ss. (para el ejercicio de coacción administrativa directa), y GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b), pp. 104 ss., 110 ss. y 114 ss. (para la actividad administrativa limitativa de derechos). Por todo ello, son insostenibles las simples —y en absoluto argumentadas— afirmaciones de GUARDIOLA LAGO (2004), pp. 83 ss., en el sentido de que mis tesis supondrían una vulneración de garantías constitucionales. Por otro lado, es patente el círculo vicioso en que incurre esta autora. En su opinión (*loc. cit.*, p. 115) «la negación del carácter sancionador a las consecuencias accesorias conduciría a una aplicación de las mismas sin respetar siquiera los mínimos principios garantistas expresados en la Constitución para toda imposición de sanciones». Naturalmente que esto es así y no puede ser de otro modo. Pues ¿cómo se van a aplicar las garantías del Derecho sancionador a lo que no son *sanciones*?; véanse de nuevo las acertadas explicaciones de HUERGO expuestas *supra* en el texto y las correspondientes notas 72 y 73.

75 Véase HUERGO (2007), p. 362. Sobre la responsabilidad en el Derecho de policía —puramente objetiva— en general, y sobre los elementos y la estructura del supuesto de hecho de la misma, véase DENNINGER (2012), pp. 216 ss. y pp. 229 ss. respectivamente, 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 de su apariencia], pero no las relaciones personales individuales del perturbador, la edad, la capacidad de acción, de obrar, de delinquir, la mayoría de edad penal, etc. de aquél, (las cuales) desempeñan (aquí) tan poco cometido como su culpabilidad (dolo o imprudencia) o como su error sobre cualesquiera circunstancias de su conducta o de la situación» (p. 218).

76 Véase HUERGO (2007), pp. 225 ss.

haya ningún culpable por la producción de la situación objetiva en la que de todos modos es *necesario* intervenir con alguna de ellas, es decir, igual que cuando sí lo haya, y de este modo quedaría frustrada la realización de sus fines. Los riesgos de comisión de nuevos delitos con los instrumentos peligrosos o por medio de una persona jurídica desorganizada, son igualmente previsibles y es necesario prevenirlos con la aplicación, respectivamente, del comiso de los instrumentos y de la intervención sobre la persona jurídica, independientemente de si hay o no un sujeto que haya sido declarado culpable. En definitiva, si el argumento de las garantías se analiza en profundidad, el resultado es que el mismo se vuelve contra la pretensión de convertir a las consecuencias accesorias en unas de naturaleza penal o sancionadora en general.

V. EXCURSO METÓDICO COMO ANTESALA DE LA CRÍTICA DE LA INFUNDADA ATRIBUCIÓN DE FINES DE PREVENCIÓN PENAL A LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

1. A los efectos de favorecer una mejor comprensión de los argumentos con que criticaré y rechazaré las tesis que atribuyen a las consecuencias accesorias finalidades preventivas de carácter penal o sancionatorio, me parece conveniente exponer brevemente algunos puntos arquimédicos del método de construcción de conceptos jurídicos en general, y de los jurídico penales en particular. Porque la doctrina jurídico penal actual, sumida en un solipsismo del que en su momento hablaré⁷⁷, parece haber olvidado cosas como estas: que el ordenamiento jurídico es un todo en el que además del Derecho penal existen otras ramas jurídicas con sus específicas Dogmáticas; que sobre todo el Derecho civil y el administrativo no sancionador, probablemente sean más importantes y determinantes que el penal respecto a la función ordenadora de la convivencia conforme a la idea del Derecho, y por eso el penalista no puede ni debe ignorar sus Dogmáticas, y mucho menos la teoría general del Derecho que es la fuente de todo pensamiento jurídico racional; que toda construcción de conceptos jurídicos debe llevarse a cabo siguiendo y respetando ciertas reglas básicas y elementales del método

jurídico; y finalmente que en el caso de los conceptos y enunciados jurídico penales no se puede prescindir de ciertos conocimientos que proporciona la Criminología como ciencia auxiliar de la política criminal y de la Dogmática jurídico penal. Y es que también el sistema de las consecuencias jurídicas, y no solo de las penales, sino de la totalidad del ordenamiento jurídico, tiene que ser construido y clasificado conforme al método de las estructuras lógico-objetivas vinculantes para el legislador y para el aplicador del Derecho, así como también para la Ciencia y la Dogmática jurídicas, pues como tan acertadamente lo advierte ZAFFARONI en la antesala de su concepto agnóstico y negativo de la pena⁷⁸ —que suscribo en su mayor parte—, si se tiene en cuenta que «no se conocen todas las funciones que cumple la pena, y menos aún las de la totalidad del poder punitivo, pero se sabe que las asignadas por el derecho penal mediante las teorías positivas son falsas o, por lo menos, que es falsa su generalización, (así entonces) 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 puesto que para esto hay que descartar «la vía formal (porque llevaría a una inusitada tautología del poder: pena sería lo que las agencias políticas consideran tal), no resta otro camino que valerse de *datos ónticos*», sin que esto suponga ni remotamente que se trate de «intentar desentrañar un *concepto óntico* de pena en el sentido prejurídico, sino de construir un concepto jurídico —y, por ende, limitador— que demanda referencias ónticas, pues son las únicas capaces de dotarlo de eficacia reguladora y limitante, dado que, de lo contrario, quedaría pendiente del vacío, como el universo mecánico de Newton», y dado asimismo que «lo normativo no se crea para limitar lo normativo, sino para regular o limitar una conducta humana (sea de los protagonistas del conflicto, de los jueces, de los funcionarios, etc.)»⁷⁹, y que «*los datos ónticos son una barrera en la construcción de los conceptos, pero no los imponen, solo los condicionan*»⁸⁰.

2. El Derecho en general es la invención humana de una ordenación de la realidad del mundo preexistente y dado a él, con el fin de hacerlo funcionar luego efectivamente como orden *social*, es decir, en un modo ordena-

77 Cfr. *infra* apartados bb) y cc) de VI.3.c).

78 Véase 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).

79 Véase ZAFFARONI (2002), p. 45.

80 Véase ZAFFARONI (2005b), p. 139.

do que no da ni ofrece la naturaleza por sí misma, pero que se piensa como necesario para asegurar la supervivencia de la especie⁸¹, y al se le dan unos contenidos concretos y determinados que *deben ser y realizarse* así porque a su vez, también se piensan como condición primaria de la posibilidad de que la existencia y la vida de los seres humanos, cursen en el acontecer social y político de la comunidad de un modo conforme con aquel fin del Derecho de asegurar la supervivencia⁸². De esta suprema premisa ideal, resultan luego por sí mismas otras dos de carácter epistemológico vinculantes para la Ciencia y la práctica jurídicas, en primera instancia en el plano de la lógica formal. La primera es que todos los conceptos de *deber ser* conforme a la idea del Derecho, tienen que ser por fuerza, y sin excepción, valorativos y, por esto, *normativos*⁸³, pues como tan claramente lo dijera WELZEL, en general «en el Derecho lo fáctico está vinculado con lo normativo de un modo *esencial*»⁸⁴, y como también lo advirtiera muy claramente HIRSCH específicamente respecto del Derecho penal, el objeto de este, y por tanto sus conceptos, «tiene(n) de hecho que descubrirse con la mirada puesta

en los fines y en las valoraciones del Derecho penal»⁸⁵. Ahora bien: si el Derecho tiene que ordenar la realidad del mundo previamente dada para que pueda funcionar en un modo social ordenado que *debe ser*; y si esa ordenación la lleva a cabo por medio de sus conceptos, que a su vez también ordena en un sistema⁸⁶; de todo esto tiene que resultar por sí mismo —y esta es la segunda premisa epistemológica que deriva de la idea del Derecho—, que ningún concepto jurídico puede estar vacío de contenido empírico, es decir, de objeto *real*⁸⁷, por la simple razón de que todo concepto jurídico debe resultar de una previa conversión de una determinada realidad prejurídica en «materia jurídica» pura, y esto sólo puede tener lugar por medio —y como resultado— de la *valoración jurídica* de aquella en correspondencia con la idea del Derecho⁸⁸.

3. Conforme a lo dicho, toda categoría y todo concepto jurídicos, en tanto que normativos, se tienen que formar en virtud de una síntesis o fusión de un sustrato u objeto real empírico con su valoración jurídica⁸⁹, y por esto su estructura está compuesta, analíticamente, de un «objeto de la valoración» y de una «valoración del objeto»⁹⁰. Los objetos de las valoraciones jurídicas

81 Como recuerda SABINE, la ciencia nos permite hoy describir al ser humano con un alto grado de exactitud como miembro del reino animal en el orden de los primates que, al igual que el resto de los seres vivos, se enfrenta permanentemente al reto de su supervivencia; y sólo podemos pretender vencer y superar semejante reto con éxito por medio de nuestra adaptación a las condiciones de vida en la Tierra con nuestro propio esfuerzo. Y precisamente todos nuestros modos de organización política y jurídica, todas las instituciones que hemos fundado y configurado de las más diversas maneras, no se pueden explicar —afirma SABINE— más que como creaciones e invenciones nuestras como medios y modos de adaptarnos a las condiciones de vida en la Tierra para superar así aquel reto; véase SABINE (2000), p. 19; véase además, desde el punto de vista antropológico, HARRIS (2009), pp. 43 ss., 65 ss., y sobre el Derecho como producto exclusivamente humano (espiritual y cultural), véase HENKEL (1965), pp. 28 ss.; RECASENS (2008), pp. 71 ss., 108 ss., 153 ss.

82 Sobre el carácter necesario de «alguna» ordenación del obrar ético-social, como presupuesto de la posibilidad de todo orden social, independientemente de los contenidos concretos del orden, véase WELZEL (1971), pp. 251 s., 253 s., 266; y sobre la idea de *ordenación* de la vida humana en común, como consubstancial a la idea del Derecho, y por ello deducible *a priori* de ésta, véase RADBRUCH (2003), pp. 37 ss.

83 Por esto también son normativos los llamados elementos «descriptivos», pues como advierten BAUMANN/WEBER/MITSCH (2003), p. 113 n° 17, para el caso particular de los elementos del tipo, también los llamados elementos descriptivos han sido objeto de una valoración y, por esto, en cuanto «elementos del tipo» tienen que ser vistos como elementos normativos.

84 Véase WELZEL (1975d), p. 286; véase también, GRACIA MARTÍN (2001a), pp. 22 s., 24 ss., 32 s.; EL MISMO (2004a), pp. 3 ss.; GEORG KÜPPER (1990), pp. 31 s., 40 s.; STICHT (2000), pp. 90 ss. También SCHÜNEMANN (2000), pp. 654 ss., 660 ss., habla de una indispensable síntesis entre los datos ónticos y los contenidos normativos.

85 Véase HIRSCH, en p. 19 de la traducción al español de su trabajo listado en la bibliografía como 1999a en su versión alemana, en la cual no está la cita hecha en el texto.

86 Al respecto véase solo RADBRUCH (2003), pp. 106 ss., especialmente pp. 113 ss.; y ARTHUR KAUFMANN (1997), pp. 98 ss.

87 Así, véase ya BUSTOS (1967), pp. 58 ss.; ZAFFARONI (2002), p. 387: «no hay saber humano que no proceda *pescando* sus datos del mundo»; y SCHÜNEMANN (2008c), p. 13: «cada valoración tiene sentido lógico sólo si está en conexión con un objeto que debe ser valorado»; EL MISMO (2000), p. 656: «una valoración no existe por sí misma, sino siempre en relación con un supuesto de hecho que está siendo valorado»; y EL MISMO (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).

88 Véase RADBRUCH (2003), pp. 114 s.; y sobre la relación de determinabilidad de la idea por la materia y de ésta por la idea (dualismo metódico), véase *loc. cit.*, pp. 14 s., 38; y EL MISMO (1960), pp. 16 s.; además ROXIN (1968), pp. 261 ss. *passim*.

89 Cfr. de nuevo *supra* las notas 84 y 85 y el texto al que corresponden.

90 Como es sabido, la importante distinción metodológica entre «objeto de la valoración» y «valoración del objeto» la hizo operativa en relación con el juicio normativo de culpabilidad, y fructífera para la construcción dogmática del delito, GRAF ZU DOHNA (1950), pp. 22, 40 (1ª ed. de 1935).

son entes de la realidad *prejurídica*, y así el contenido de todo concepto jurídico está integrado siempre por el sector de las circunstancias de la realidad que hayan sido seleccionadas (recortadas)⁹¹ a partir del valor jurídico de referencia, mientras que las no seleccionadas quedarán fuera del concepto incluso aunque en la realidad *prejurídica* formen parte de la totalidad del mismo objeto real, pues como advirtiera HIRSCH, por razones materiales —valorativas o axiológicas— puede justificarse «una divergencia en la construcción jurídica de conceptos con respecto a lo que se encuentra en la realidad»⁹², y como advirtió RADBRUCH, «cuando contemplamos el caos de los datos reales *bajo el punto de vista del concepto jurídico*, se separan, como la tierra y el agua por la palabra del creador, lo *jurídico esencial* de lo *juridicamente inesencial*»⁹³. Los objetos de la realidad (*prejurídicos*) que interesan al Derecho son convertidos en objetos y en conceptos del Derecho por medio de las valoraciones jurídicas. De nuevo con palabras de RADBRUCH: «con los conceptos jurídicos relevantes, la construcción conceptual jurídica se apoya en conceptos precientíficos; la materia de la Ciencia jurídica no es el conjunto amorfo de datos, sino una realidad previamente formada por conceptos precientíficos o científicos extrajurídicos»; y por esto «la Ciencia del Derecho es en gran parte elaboración conceptual de segundo grado que debe sus

conceptos a una previa elaboración científica extrajurídica», pero debe estar «claro que la Ciencia del Derecho no adopta a ningún concepto científico extrajurídico *sin transformarlo* al mismo tiempo»⁹⁴.

4. La Ciencia jurídica —la Dogmática— es clasificatoria y teleológica. Elabora y construye sus conceptos con el *fin* de realizar por medio de ellos la idea del Derecho, y puesto que la *igualdad* —el trato igual de lo igual, y desigual de lo desigual— es consubstancial a la idea del Derecho⁹⁵, para poder realizarla efectivamente como *debe ser*, los conceptos jurídicos *diferencian* y *clasifican* a la materia jurídica en órdenes, clases, especies, etcétera⁹⁶. Sin embargo, dado que la materia jurídica es normativa, los conceptos jurídicos no pueden recortarla ni aprehenderla de un modo clasificatorio puro. Como dice RADBRUCH, los conceptos clasificatorios están compuestos de elementos cuya existencia sólo cabe afirmar o negar en relación con un fenómeno individual⁹⁷, y en palabras de 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”»⁹⁸. Los conceptos jurídicos son, además de clasificatorios, también ordenadores o tipológicos⁹⁹. La idea del Derecho es «abstracta gene-

91 Véase en este sentido ZAFFARONI (2002), p. 415: «se *pescan* pedazos del ser, se *recortan*» (cursivas del mismo autor citado); también SCHÜNEMANN (1971), pp. 36 ss.

92 Véase HIRSCH (1999b), p. 352 [= Obras completas, t. II, p. 105]. Se refiere HIRSCH en concreto a que no está justificado por razones materiales escindir la estructura *prejurídica* de la acción para formar un «concepto» de ella integrado solo con su parte objetiva o externa. Sin embargo, por razones materiales, el concepto de acción sí recorta del objeto real unitario la parte de éste relativa solo a la dirección *externa* de la voluntad, porque sólo ella es relevante desde el punto de vista del valor de referencia de lo «injusto», y por esto deja fuera a la parte relativa al proceso *interno* de formación de la voluntad, el cual sólo interesa desde el valor de referencia de la culpabilidad; en sentido similar, ZAFFARONI (2002), pp. 414 s.

93 Véase RADBRUCH (2003), pp. 34 ss., 38 s., correspondiendo la cita a p. 39 (cursiva mía).

94 Véase RADBRUCH (2003), pp. 114 s.

95 Véase RADBRUCH (2003), pp. 34 ss. Como advierte ARTHUR KAUFMANN (1982), pp. 10 s., una «norma» es un criterio o una pauta «para el tratamiento de lo igual y para evitar la arbitrariedad».

96 Sobre el método específicamente jurídico —dogmático y clasificatorio—, y así sobre las funciones de la Ciencia jurídica, de elaboración «categorial» y «teleológica» del Derecho a partir de —y *para* realizar— la «idea» del Derecho, véase RADBRUCH (2003), pp. 106 ss., especialmente pp. 113 ss.; y ARTHUR KAUFMANN (1997), pp. 98 ss. Sobre el carácter clasificatorio de la Ciencia jurídica, véase OPPENHEIM (1926), pp. 117 ss., especialmente, pp. 120 s. y 125 ss., y RADBRUCH (1967), pp. 170 ss. En su análisis comparado de la Dogmática del Derecho penal alemana con la doctrina penal americana, DUBBER (2005), pp. 253 s., sugiere la existencia de una cierta semejanza entre la Dogmática y la Botánica y la Zoología, dado que la primera sería una Ciencia clasificatoria que siguiendo un método *taxonómico* al igual que aquéllas, asigna a cada elemento de la Dogmática su lugar correcto en la *taxonomía* del Derecho penal, de lo cual resulta que si a un problema se lo «clasifica» correctamente, también se lo resolverá correctamente; véase también CIGÜELA (2015), p. 360: «una de las funciones de la dogmática penal es la de trazar distinciones allá donde sean pertinentes».

97 Véase RADBRUCH (1967), p. 167.

98 Véase ARTHUR KAUFMANN (1982), pp. 40 ss., 44 ss. y para la cita pp. 47 s. Sobre la lógica conceptual clasificatoria en general, véase HEMPEL/OPPENHEIM (1936), pp. 1 ss., 10 ss., 21 ss., 44 ss. y *passim*; ya antes OPPENHEIM (1926), pp. 71, 77, 81, 99, 204 s., 224; y sobre la lógica clasificatoria *jurídica* en particular, véase RADBRUCH (1967), pp. 167 ss. y *passim*.

99 Sobre la distinción y relación entre conceptos clasificatorios y ordenadores —tipológicos— en general, véanse HEMPEL/OPPENHEIM (1936) y OPPENHEIM (1926), igual en que la nota anterior; y sobre tal distinción en la Ciencia jurídica en general, y respecto de los

ral», y solo a partir de ella hay que valorar las diferentes situaciones vitales de *sentido* para determinarlas y configurarlas como materia, teniendo en cuenta que tales situaciones abarcan multitud de casos cada uno *diferente* en su individualidad. Por esta razón, para que la «idea» del Derecho pueda realizarse en todos y en cada uno de los casos individuales, es preciso *concretarla* antes mediante la descripción de «modelos» en que puedan luego subsumirse todos y cada uno de los diferentes casos individuales del acontecer real. En rigor, estos modelos no pueden ser «definidos». Sólo a partir de un punto de vista previamente determinado, pueden «describirse» de un modo abstracto los caracteres comunes a toda una pluralidad de casos individuales reales que se destacan como *esenciales* desde aquel punto de vista y hacen a todos «semejantes» (*análogos*), es decir, jurídicamente iguales con el efecto de su igual tratamiento. La mayor parte de los conceptos jurídicos son, pues, «ordenadores» y se describen como «tipos» (conceptos tipológicos). Como describe RADBRUCH, estos conceptos están formados por propiedades presentes en objetos diversos que son «graduables» y en cada objeto lo son en «mayor o en menor grado»¹⁰⁰, y según ARTHUR KAUFMANN, «el tipo (el “concepto de orden”, el “concepto de función”, el “concepto de sentido”), por el contrario, se acomoda al “más o menos” de la variada realidad», y por esto en un tipo no se puede subsumir como en un concepto, sino sólo «coordinar un hecho concreto en mayor o en menor grado», es decir, «ponerlo en correspondencia con él»¹⁰¹. La mayoría de los conceptos jurídicos categoriales son a la vez *clasificatorios* y *tipológicos*, sin que sea posible separar estos dos caracteres más que a efectos meramente explicativos o expositivos, porque en el proceso de construcción del concepto jurídico, y luego finalmente

en el ser operativo y funcional del concepto, ambos se muestran unidos e inseparables.

5. Si a la idea del Derecho le es consubstancial la de igualdad, y si como queda dicho, para poder realizarlas la Ciencia jurídica debe determinar la materia jurídica a partir de ellas mediante conceptos categoriales y teleológicos en el sentido explicado, entonces esta forma de creación del Derecho sólo puede llevarse a cabo con el método de la *analogía*¹⁰². La idea rectora de la igualdad tiene que llevar a que los tipos jurídicos se formen estableciendo correspondencias o semejanzas entre una pluralidad de objetos diversos que sólo pueden resultar de una comparación de ellos a partir de un punto de vista valorativo determinado previamente por aquella idea. No obstante, los puntos de vista previos pueden tener sentidos diversos en función del interés que motive a adoptar uno determinado, y el adoptado condicionará a su vez la clase de semejanza entre los objetos que se relacionan en él. Epistemológicamente hay distintas «figuras de la semejanza». *Convenientia* es la que se establece entre objetos diferentes sólo por su «proximidad», como por ejemplo entre un ciervo y las hojas de los árboles que se le enredan en la cornamenta. *Aemulatio* es la que se establece entre objetos distintos, y además distantes, que se «imitan» entre sí (*imitatio*), como por ejemplo entre las estrellas del cielo y las luces de una ciudad divisada por la noche desde una cierta lejanía. *Analogía* es la semejanza que se establece entre objetos diversos por la «identidad» de sus proporciones o de sus propiedades materiales en relación con algo determinado, como por ejemplo entre una tijera y un cortaúñas o entre una firma autógrafa y una digital¹⁰³. En las dos primeras figuras la semejanza

elementos del delito, véase RADBRUCH (1967), pp. 167 ss.; además ARTHUR KAUFMANN (1982), pp. 40 ss., 44 ss.; y EL MISMO (1997), pp. 91 s., 124 ss., 127 ss.

100 Véase RADBRUCH (1967), p. 167.

101 Véase ARTHUR KAUFMANN (1982), pp. 47 s.; y EL MISMO (1997), pp. 91 s., 124 ss., 127 ss.

102 Sobre el método jurídico (lógico-objetivo) de la analogía conforme a la naturaleza de la cosa, véase ARTHUR KAUFMANN (1982), pp. 18 ss., 29 ss., 44 ss. En particular sobre el carácter *analógico* del Derecho, en el sentido de que éste solo puede crearse y concretarse estableciendo correspondencias objetivas *per analogiam* entre el «deber ser» y el «ser», es decir, entre el concepto jurídico normativo y su contenido objetual, entre la valoración del objeto y el objeto de la valoración, véase *loc. cit.*, pp. 18 ss., donde advierte que «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 correspondiente del ser (*ein Seinshafftes*)», 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», y por esto «Derecho es la correspondencia del deber ser y del ser» y «correspondencia significa *analogía*» (p. 18); véase además ARTHUR KAUFMANN (1997), pp. 152 ss., pp. 156 ss.; véase también SCHÜNEMANN (1971), pp. 229 s., 231 ss., donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar exista una «comunidad» [sic.; identidad] previa» (p. 232); EL MISMO (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.; EL MISMO (2013), pp. 23 ss.; EL MISMO (2014b), pp. 39 ss., 49 ss.; y EL MISMO (2015), pp. 187 ss. y 197 ss.

103 Sobre las «figuras de la semejanza» (epistemológicas), véase FOUCAULT (1966), pp. 32 ss., donde aún añade a las mencionadas en el texto la de la *simpatía*.

entre los objetos relacionados no es real, sino sólo metafórica, porque no existe en ellos ni una sola propiedad *material* común, y por esto, aquellas no tienen consecuencias prácticas, sino solo estéticas. Por el contrario, la semejanza ligada *per analogiam* sí es real, pues todos y cada uno de los objetos comparados tienen al menos un elemento material que se muestra idéntico desde el punto de vista valorativo previo, y por esto la relación de analogía habilita para dispensar un tratamiento igual a todos los objetos análogos. Para la creación de Derecho mediante la concreción de su idea en tipos, solamente son válidas las semejanzas ligadas *per analogiam*, porque sólo éstas hacen corresponder a los objetos análogos (típicos) en el deber ser jurídico. Como ya lo demostrara ARTHUR KAUFMANN, únicamente *la analogía* es apropiada para la construcción jurídica y para producir auténtico conocimiento jurídico, pues «sin concordancia, esto es, en la completa heterogeneidad y total falta de reciprocidad de las cosas, no existiría ninguna posibilidad de comparación ni, con esto, de conocimiento»¹⁰⁴. La semejanza propia de la analogía *la* proporciona la naturaleza de la cosa (*analogía entis*) y hace corresponder a los objetos análogos con una misma *ratio iuris* («identidad de razón»), es de-

cir, en el mismo valor de referencia (*analogía iuris*)¹⁰⁵; esta correspondencia habilita para equiparar a los entes análogos, ahora ya en el plano del deber ser *jurídico*, y para tratarlos jurídicamente *igual* en la *proporción* de su semejanza¹⁰⁶, y a la vez desautoriza someter a ese régimen jurídico a objetos diferentes, aunque entre éstos y aquéllos pudieran establecerse otras semejanzas desde otros puntos de vista.

6. La creación del Derecho mediante su concreción en tipos formados a partir de analogías en el modo explicado hace de la jurídica una Ciencia diferenciadora y clasificatoria, y por esto la dotación —y luego el uso— de una nomenclatura jurídica precisa tiene la máxima trascendencia para la realización de la idea del Derecho como *ordenación* de la vida en común, y para que el acontecer real curse en el modo *justo* que es consubstancial a aquella idea, y no arbitrariamente¹⁰⁷. Como afirma DELGADO ECHEVERRÍA, en el metalenguaje de los juristas «sin palabra adecuada no hay concepto preciso»¹⁰⁸, 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»¹⁰⁹ que dará lugar a un tratamiento

104 Véase ARTHUR KAUFMANN (1982), pp. 21 ss., y para la cita p. 22; y de nuevo las citas de SCHÜNEMANN y de mí mismo hechas *supra* en nota 102.

105 Pues las mismas propiedades intrínsecas y la estructura misma de los objetos reales que se pretende valorar limitan ya de un modo lógico el campo de las valoraciones que son *posibles* respecto de él; véase sobre esto GRACIA MARTÍN (2006b), pp. 79 ss. Según WELZEL (1971), p. 256, «la caracterización de los contenidos del deber ser como ensayos de interpretación del sentido de la existencia no significa identificarlos con el “capricho” individual o entregarlos al “arbitrio” de los grupos humanos, (pues) a las estructuras de sentido les son trazadas fronteras inmanentes (...) no sólo por el carácter de la llamada del deber ser, sino también por las estructuras ónticas a interpretar», y entonces, porque «todos los valores son valores regionales, el objeto de la valoración deslinda también la posibilidad de determinadas valoraciones»; véase además WELZEL (1975a), pp. 9 s. En el mismo sentido SCHÜNEMANN (1971), p. 37, donde ilustra al respecto con un ejemplo muy claro: una silla se puede someter a la valoración (jurídica) que determina el régimen jurídico de las «cosas muebles» de modo idéntico a como se somete a ella una mesa; sin embargo, observa SCHÜNEMANN con razón, «no es admisible someter las sillas a las reglas sobre la capacidad negocial de las *personas*, porque la silla carece de la capacidad óntica de realizar acciones voluntarias que es *necesaria* para ello». Así pues, si adoptamos el punto de vista valorativo desde el que se determina el concepto de bienes muebles, una silla y una mesa son objetos análogos, pero si adoptamos el que determina la capacidad negocial, es evidente que entre la silla y las personas no existe ni un solo elemento análogo.

106 Sobre esto, véase sólo la magistral exposición, a la que difícilmente se podría añadir algo nuevo, de ARTHUR KAUFMANN (1982) pp. 18 ss., 26 ss. y *passim*, que se puede resumir en su apodíctica sentencia de que «Derecho es la correspondencia de deber ser y ser» (p. 18); EL MISMO (1997), pp. 152 ss., 156 s.; y véanse las también magistrales enseñanzas de JOSEPH ESSER —enfocadas al Derecho privado— sobre el que denomina como «método de la comparación funcional»; véase JOSEPH ESSER (1961), pp. 40 ss., 130 ss. y 442 ss. en general, 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.

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

108 Véase la cita de DELGADO ECHEVERRÍA hecha *supra* en nota 13 y también las de otros autores citados en la misma.

109 Véase SCHÜNEMANN (2014), p. 15. Sobre esto, que se resume en el aforismo de que «el nombre no hace a la cosa», véase el enjundioso diálogo de SÓCRATES con CRÁTILLO, acerca de las correspondencias y disimilitudes entre los nombres y las substancias o esencias de las cosas, en PLATÓN, Crátilo 428c-440e. SÓCRATES, sostiene ciertamente que la verdad no se extrae de los nombres, sino en última instancia del conocimiento de la cosa en sí (436a-440e), pero reconoce que sólo se habla correctamente cuando existe correspondencia entre el nombre que se utiliza y la substancia de la cosa (428e), mientras que se habla incorrecta y falsamente cuando no se da semejante correspondencia, sino desigualdad, entre el nombre y la cosa (430d); por otra parte, en lo que se refiere a la relación entre los

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 por esto 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»¹¹⁰.

7. En estrecha relación con todo lo dicho hasta aquí, debe tenerse en cuenta que la Ciencia jurídica se desarrolla *discursivamente*¹¹¹, pues selecciona y define en el modo descrito a determinados objetos (análogos) y luego formula un conjunto de *enunciados* y de *proposiciones* sobre ellos¹¹². Ahora bien, como advierte

nombres con que se designan los objetos y el «conocimiento» de éstos, SÓCRATES alecciona a CRÁTILLO sobre el hecho de que llamar a las cosas con nombres inapropiados que no les corresponden, supone que al que así lo hace le falta el conocimiento correcto de las cosas a las que les pone los nombres errados, e incurre de este modo en una «contradicción consigo mismo» (438c); y por todo esto SÓCRATES le advierte a CRÁTILLO sobre el peligro de engañarnos (436b), y así de no poder llegar al conocimiento de las cosas (439b y 440a), si cayendo en la insensatez (440c), nos dejamos guiar y engatusar por quienes, no juzgando correctamente, ponen luego a las cosas los nombres erróneos que sólo corresponden a sus errados juicios (436b y 440c y d). Sobre el significado del diálogo, véase el agudo comentario de GUTHRIE (1992), pp. 26-41, y en concreto su afortunada conclusión de que ciertamente «los nombres no proporcionan ayuda en el descubrimiento de las naturalezas esenciales de las cosas», pero «sirven para comunicar esas naturalezas una vez conocidas» (p. 41). Sobre la cuestión en general, véase también el trabajo de la Profesora de Pedagogía SOLER COSTA (2014), pp. 26 ss. y, especialmente, p. 33 y pp. 37 ss., quien apoyándose en la opinión de RODRÍGUEZ DÍAZ (en el sentido de que en los lenguajes científico-técnicos, el signo lingüístico se rige por el «principio de consubstancialidad cuantitativa», que implica que en aquél la relación entre el significante y el significado no puede ser arbitraria porque es necesaria y biunívoca —p. 37—), hace la muy acertada y esclarecedora observación de que «los lenguajes científico-técnicos contienen un léxico descrito antológicamente», lo cual significa que «en un término de una disciplina científica antes de su utilización, ya se ha establecido una asignación convencional de un nombre a una noción» (pp. 38 s.), lo cual tiene que llevar a reconocer —concluye la autora— que «los lenguajes científico-técnicos sí contienen dominios léxicos o conceptuales, y que en tales dominios —citando en apoyo de su afirmación de nuevo a RODRÍGUEZ DÍAZ— «las estructuraciones científicas presentan un carácter *apriórico* e intencionalmente *convencional*» (p. 39, la cursiva es mía); véase además, las opiniones de la autora reproducidas *supra* en nota 13.

110 Véase SCHÜNEMANN (2014), p. 4 para la cita, y además pp. 8, 11, 12, 15, 16; ya antes SCHÜNEMANN (1979), pp. 37, 234 s.; EL MISMO (2008b), 431 ss.; y EL MISMO (2013), p. 200. En general 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».

111 Véase ZAFFARONI (2002), pp. 21, 26 ss.: «el derecho penal es, pues, un discurso que está destinado a orientar las decisiones jurídicas que forman parte del proceso de criminalización secundaria» (p. 21); GRACIA MARTÍN (2003), pp. 164 ss.

112 Sobre esto, véase FOUCAULT (1969), pp. 44 ss. (para las formaciones discursivas), pp. 55 ss. (para la formación de los objetos de discurso), y pp. 68 ss. (para la formación de modalidades enunciativas). Discurso (episteme), en el sentido de FOUCAULT, es el orden de enunciados que circunscribe un campo de la experiencia y el saber posible sobre la misma, y define el modo de ser de los objetos de la experiencia, sus descripciones, clasificaciones, etc., pues «en una época dada, recorta un campo posible del saber dentro de la experiencia, define el modo de ser de los objetos que aparecen en él, conforma la mirada cotidiana de los poderes teóricos y define las condiciones en las que puede sustentarse un discurso sobre las cosas reconocido como verdadero»; véase FOUCAULT (1966), p. 171; EL MISMO (1969), p. 40; y el MISMO (1980), pp. 43 ss. *Servata distantia*, discurso equivale a lo que, desde THOMAS S. KUHN, se conoce en la historia y la filosofía de la ciencia, como *paradigma*, concepto que entronca —pero no coincide— con el concepto platónico de paradigma en su acepción de «modelo ideal»; véase sobre ello FERRATER MORA (2005), pp. 2486 s. THOMAS S. KUHN (1981), pp. 33 s.), asocia los paradigmas a lo que él denomina «ciencia normal», la cual se entiende como «investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior» (p. 33). Al asociar los paradigmas a la «ciencia normal», KUHN quiere «sugerir que algunos ejemplos aceptados de la práctica científica real —ejemplos que incluyen, al mismo tiempo, ley, teoría, aplicación e instrumentación— proporcionan modelos de los que surgen tradiciones particularmente coherentes de investigación científica», siendo estas «las tradiciones que describen los historiadores bajo rubros tales como: «astronomía tolemaica» (o «de Copérnico»), «dinámica aristotélica» (o «newtoniana»), «óptica corpuscular» (u «óptica de las ondas»), etc.».

FOUCAULT, «los enunciados diferentes en su forma, distintos en el tiempo, constituyen un *conjunto* (únicamente) si se refieren a un solo y mismo objeto»¹¹³, y es frecuente que ciertos conjuntos de enunciados y la nomenclatura utilizada en su formulación no se refieran siempre al *mismo* objeto¹¹⁴. La formulación necesariamente abstracta de los conceptos y enunciados jurídicos no permite identificar siempre de inmediato ni claramente al substrato real de sus objetos. Por esto, para poder descubrir cuál es el objeto real que de hecho subyace a un concepto jurídico, hay que proceder a un análisis «desnormativizador» de ellos¹¹⁵ o, expresándolo de un modo más moderno, a su «deconstrucción», lo cual supone en cierto modo llevar a cabo un proceso inverso al de la formación del concepto. Sólo con el descubrimiento e identificación de los objetos *reales* que subyacen a los conceptos de que se habla y sobre los que se formulan enunciados, se podrá verificar si aquellos tienen correspondencia con la realidad a la que se pretende aplicarlos¹¹⁶, y si pueden ser adecuadamente operativos y funcionales para alcanzar su fin de realizar el deber ser jurídico. Pues toda concreción del Derecho tiene que llevarse a cabo mediante la *selección* de circunstancias de la realidad a partir del valor de referencia previamente determinado, y luego con la formación con ellas del «supuesto de hecho» al que se enlazarán la consecuencia jurídica correspondiente¹¹⁷; y dado que todo supuesto de hecho «recorta» un fragmento de la realidad¹¹⁸, su contenido y su estructura no pueden estar en contradicción con esa realidad abarcando objetos que no son análogos porque sus propiedades no son susceptibles de recibir aquel valor¹¹⁹. Ningún concepto ni enunciado jurídicos pueden ser idóneos para la realización de la idea del Derecho, si sus contenidos no tienen

correspondencia lógica con los *objetos de la realidad* que se quieren tratar. La contradicción lógico-objetiva de un concepto con la realidad tiene que hacerlo objetivamente erróneo, incompleto y contradictorio¹²⁰, y de este modo, privado de toda *funcionalidad política* para realizar los fines específicos de la regulación jurídica en que se lo inserta¹²¹. Un concepto jurídico será erróneo tanto si al desnormativizarlo se descubre que su sustrato está constituido por un objeto real al que le falta alguna de las propiedades materiales que se destacan como esenciales desde el punto de vista del valor de referencia, la cual se le ha añadido ficticiamente y hecho así objeto de la valoración, o bien se descubre —lo que es lo mismo en el resultado— que la valoración se ha hecho recaer en una propiedad que el objeto sí tiene realmente, pero que no es en absoluto relevante ni correspondiente a la valoración de que se trata. Si sucede cualquiera de estas dos cosas, entonces el concepto que se diga estar aplicando ya no será *él mismo*, pues el objeto material que le corresponde está completamente ausente de la realidad, y así se estará aplicando de hecho «otro» concepto completamente distinto que tendrá también «otro» nombre propio y distinto¹²². Pero si a partir de estas confusiones de los objetos de la realidad en virtud y a causa del uso erróneo de los nombres con que se los designa, se aplican luego al objeto realmente existente las consecuencias correspondientes al inexistente que es propio del concepto que se dice aplicar, entonces así no se realizará la «idea» del Derecho, sino su contraria de la arbitrariedad¹²³.

8. Toda valoración presupone una intencionalidad que apunta a un fin, pero si no respeta los límites que le trazan los objetos de la realidad se tornará inválida para alcanzarlo¹²⁴, pues el objeto sobre el que realmente se

113 Véase FOUCAULT (1969), pp. 45 s., para la cita, p. 45.

114 Pues por ejemplo, como observa FOUCAULT (1969), pp. 45 s., el objeto de los enunciados médicos de los siglos XVII y XVIII sobre la locura no es el mismo objeto que se dibuja a través de las sentencias jurídicas o de las medidas policíacas; y es que simplemente: «no son los mismos locos».

115 Así SCHÜNEMANN (1971), p. 38; EL MISMO (1984), p. 26 = (1990), p. 48; EL MISMO (1993), p. 313; EL MISMO (2008b), p. 13.

116 Véase en el mismo sentido SCHÜNEMANN (2000), p. 660: se trata de «averiguar si una regulación jurídica determinada está en contradicción con las circunstancias naturales».

117 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).

118 Véase en este sentido ZAFFARONI, como *supra* en notas 87 Y 91.

119 Véase SCHÜNEMANN (1971), p. 36; EL MISMO (2000), p. 660; ZAFFARONI (2002), p. 387.

120 Véase WELZEL (1975d), pp. 283 s.; EL MISMO (1964), pp. 13 s.; y EL MISMO (1971), pp. 256 s.

121 Véase en este sentido ZAFFARONI (2002), pp. 386 s.

122 Véase en este sentido SCHÜNEMANN (1971), p. 37: «con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el concepto» (cursivas del mismo autor).

123 Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho, véase LEGAZ (1975), pp. 651 ss.: «la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad» y esto «presupone el concepto del Derecho» (p. 651).

la proyecta ya no será el que le corresponde, sino uno distinto, y así, por medio de valoraciones erróneas, se «inventa» un mundo inexistente como pretexto legítimo de cualquier pretensión¹²⁵. Para poner un ejemplo escandaloso e irritante, esto es lo que sucede con los disparatados conceptos de acción y de culpabilidad que se inventan para la persona jurídica con la pretensión de legitimar «penas» para ellas. En el Estado de Derecho, toda consecuencia jurídica se legitima solo si: a) 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 distinta¹²⁶; b) su aplicación se orienta precisamente a los *finés* específicos para los que está dispuesta, y no a otros que correspondan a otra consecuencia distinta; y c) el *instrumento práctico* con que se la haga efectiva, además de idóneo para su fin, es 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 inhu-

manos o degradantes¹²⁷. Por esto, toda teoría general de las consecuencias jurídicas tiene que orientarse a determinar los *fundamentos, fines e instrumentos prácticos* específicos de aplicación de cada clase o tipo de consecuencia¹²⁸, 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 nomenclatura¹²⁹, 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 sin serlo realmente en absoluto. Solo la consecuencia jurídica que se enlaza a una infracción puede ser y llamarse propiamente sanción. En rigor y sentido estricto, solo debe conceptuarse y denominarse en general como sanción, y muy especialmente como sanción *penal*, a la consecuencia jurídica que se le aplica como castigo, es decir, irrogándole un *mal*¹³⁰, al sujeto que ha realizado

124 Sobre todo esto ZAFFARONI (2002), pp. 386 ss.

125 Así ZAFFARONI (2002), p. 387: «cuando una disciplina cuyos conceptos están siempre referidos al poder se atribuye la potestad creativa del mundo sobre el que debe incidir, termina en 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 y, lo que suele ser más grave, ignorando incluso esa función negativa real». Así se había manifestado incluso BINDING (1919), pp. 23 s., al advertir que «la existencia de la culpabilidad es totalmente independiente de la existencia de una ley penal», y por esto, si el legislador, haciendo uso de su poder, decidiera castigar el actuar no culpable, «entonces se convertiría en despótico servidor de la injusticia».

126 Cfr. inmediatamente *infra* el siguiente núm. 9 de este mismo epígrafe.

127 Véase GRACIA MARTÍN (2006a), p. 72.

128 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*.

129 Véase 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.

130 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 «destructor» de la pena (*Overkill*); ZAFFARONI, igual que supra en nota 78; 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.

él mismo *culpablemente* la infracción de una *norma de conducta*¹³¹, con el cual no se restituye ni repara un daño, ni se detiene o neutraliza ningún peligro de lesión¹³², y se le impone a dicho sujeto con los fines de producir eventualmente una influencia en su voluntad *pro futuro* y también en la voluntad de otros en un sentido disuasorio de la comisión de delitos y, en su caso, infracciones¹³³⁻¹³⁴. Especialmente, no pueden ser sanciones, y menos aún penas, las consecuencias jurídicas que puedan aplicarse a un sujeto distinto del autor de la infracción en virtud y por razón de alguna *relación* existente entre ambos¹³⁵.

9. El *fundamento* de toda consecuencia jurídica se identifica con el «supuesto de hecho» específico y di-

ferenciado al que hipotéticamente «puede» y «debe» seguir su aplicación. Como dice ENGISCH, toda consecuencia jurídica tiene la *finalidad* última de imponer el deber ser jurídico; entre el «supuesto de hecho» y la «consecuencia jurídica» de toda proposición jurídica debe existir siempre una exacta y perfecta correspondencia estructural y funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que *fundamentan* y gradúan la consecuencia jurídica, y *sólo* ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho; y por otro lado, 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

131 Véase SCHNEIDER (2011), pp. 37 y 76, afirmando correctamente 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.; 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». 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.

132 En este sentido el concepto negativo de pena de ZAFFARONI ya descrito *supra* en nota 78.

133 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.

134 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».

135 Véase GRACIA MARTÍN (1996), pp. 46 ss., con referencias; 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: a) que «este perjuicio sólo se justifica, de acuerdo con la ley, en la previa comisión de una infracción»; b) que «por aplicación del principio de Estado de Derecho, de respeto a la dignidad humana (...) sólo se puede castigar a una persona por infracciones de las que sea personalmente responsable»; y c) que, por esto mismo, «no son admisibles fórmulas de responsabilidad familiar o colectiva» (p. 379). Por otra parte, en relación con las responsabilidades de carácter solidario y subsidiario por infracciones administrativas, entiende HUERGO con toda la razón: a) que «las sanciones no tienen nada que ver con ese esquema» (p. 396); b) que «la solidaridad en sentido estricto no tiene cabida en un Derecho sancionador basado en el principio de culpabilidad, en la medida en que obliga a un sujeto a pagar por su infracción y por la de otros» (p. 398); y c) que «el principio de culpabilidad impide sancionar a un sujeto por una conducta imputable a otro distinto» (p. 399).

circunstancias determinantes —positiva o negativamente— *del deber ser*, mientras que la consecuencia jurídica (C) tiene que comprender el «contenido» del deber ser, porque con la aplicación efectiva de toda consecuencia jurídica se tiene que actualizar siempre el deber ser¹³⁶. Mas como en el acontecer tienen lugar sucesos 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 que estará determinada por la influencia que se pretenda producir con ella en el acontecer social real en un sentido que estará determinado a su vez por el significado del supuesto de hecho específico que fundamenta precisamente dicha consecuencia, y no otra distinta. Las leyes formulan proposiciones jurídicas hipotéticas de «deber ser». Su estructura consiste en la descripción de un «supuesto de hecho» abstracta e hipotéticamente formulado y en la previsión de una «consecuencia jurídica». Ésta *deberá ser* aplicada a todo suceso real, concreto, en que concurren las características del supuesto de hecho abstractamente definido en la formulación legal correspondiente. Entre el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica debe existir una conexión interna de adecuación y de proporcionalidad¹³⁷. Los elementos del supuesto de hecho condicionan el contenido y la finalidad de la consecuencia jurídica específica que haya de enlazarse a él. Si la víctima de un homicidio fue una persona que era la única fuente de ingresos de una numerosa familia, que se ve privada de sustento por

el fallecimiento de aquélla, como este dato real presente en el suceso global acaecido es completamente irrelevante para el supuesto de hecho específico del homicidio, la consecuencia jurídica correspondiente a este —la pena— no puede tener como contenido ni finalidad la reparación del daño y de los perjuicios derivados del homicidio para la familia de la víctima.

10. En mi opinión, las consecuencias accesorias reguladas en el Título VI del Libro I CP, antes como ahora, *no son de naturaleza penal, y ni siquiera sancionatoria en sentido estricto*¹³⁸. Sin embargo, no puede encontrarse para todas ellas un único principio fundamentador, pues cada una o cada grupo de ellas, tienen diversa naturaleza y se orientan a fines propios y diferentes¹³⁹. Solo las penas y las medidas de seguridad y reinserción social, son consecuencias jurídicas del *delito* de naturaleza *penal*. En un sentido lógico-material, solamente puede tener la naturaleza jurídica de pena la consecuencia jurídica que tenga su fundamento y su medida en un supuesto de hecho del que sea elemento constitutivo la *culpabilidad*¹⁴⁰, y la naturaleza de medida de seguridad la que los tenga en uno del que sea parte constitutiva la *peligrosidad criminal*¹⁴¹. Por esta razón, en un sentido final material, solo pueden ser consecuencias jurídicas específicamente *penales*, las consistentes en instrumentos prácticos de intervención en el sujeto responsable del hecho punible porque lo ha realizado él mismo. A las consecuencias penales, como a toda sanción, les es *esencial* su carácter *personal*: solo pueden aplicarse al sujeto que ha realizado el hecho desencadenante de ellas¹⁴². Las consecuencias accesorias no tienen

136 Véase ENGISCH (2010), pp. 52, 69 s., 79 s., 119 s.; 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.

137 Cfr. nota anterior y el texto que le corresponde. Sobre los contenidos de los diferentes elementos y subelementos del delito como factores de proporcionalidad, véase en general AGUADO CORREA (1999), pp. 283 ss., 309 ss., y en particular sobre la «medida» de la culpabilidad —no el concepto «formal» de culpabilidad— como criterio de proporcionalidad, véase LAGODNY (1996), pp. 372 ss., 384 ss.

138 Véase en el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO (2001), p. 42 («no se trata de medidas eminentemente *sancionadoras*»). De la misma opinión en la doctrina administrativa, véase HUERGO (2007), pp. 202 s. En la doctrina alemana, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 799, sostienen con respecto al comiso de aseguramiento que el mismo «no tiene ningún carácter punitivo, sino que sirve únicamente al *fin de policía* de protección de la población frente a peligros, especialmente frente a la comisión de hechos punibles».

139 Véase en este sentido, por ejemplo, MAPELLI (1998), pp. 48 y 49; SERRANO BUTRAGUEÑO (2002), p. 866, y en la doctrina alemana JESCHECK/WEIGEND (1996) p. 785; ZIPF (1989), p. 525 n.º 3; y MÜLLER-DIETZ (1979), pp. 67 ss.

140 Véase por todos CERESO MIR (2004), pp. 29 ss., y EL MISMO (2001), pp. 16 ss.,

141 Véase por todos CERESO MIR (2004), pp. 38 ss.; GRACIA MARTÍN (2016), pp. 194 ss.

142 Véase en este sentido, por ejemplo, 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»; y lo mismo rige para las sanciones administrativas, como lo advierte con razón 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: «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

nada que ver con una intervención en la voluntad de un sujeto que haya cometido un hecho punible, pues los objetos en que se interviene inmediata y directamente con ellas son cosas o estados de cosas relacionados de alguna forma con el hecho delictivo. Salvo el comiso de la ganancia, cuya naturaleza jurídica es inequívocamente civil, todas las demás consecuencias accesorias tienen ciertamente una finalidad genérica *preventiva*. Sin embargo, deducir de esto que debe atribuírseles una naturaleza penal o sancionatoria, carece de todo fundamento. Tal deducción sería correcta solo si fuera cierta la presunción de que la finalidad preventiva que se les asigna fuera la propia de las penas, de las medidas de seguridad o de las sanciones administrativas. Sin embargo esto no es así. La función de prevención que desempeñan las consecuencias accesorias es una orientada al aseguramiento o a la neutralización de *cosas o estados de cosas* objetivamente peligrosos, mientras que la de las sanciones se orienta de un modo específico e inmediatamente a la disuasión de *voluntades*¹⁴³. Como advirtiera HIRSCH, «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*»¹⁴⁴. La prevención del delito que se pretende con las consecuencias accesorias, en cambio, se concreta en una intervención directa sobre situaciones y objetos para neutralizar su potencial criminógeno o dificultar su utilización en un sentido delictivo¹⁴⁵, pero esta no es una prevención *penal*¹⁴⁶. Como advirtió con tanta razón

como precisión y claridad GARCÍA ARÁN, por medio de una magnífica descripción de la específica finalidad preventiva de estas consecuencias, tan exacta que no se puede mejorar en nada, y a la cual resultaría difícil añadir algo nuevo, aquellas «se orientan a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma, pero esta pretensión de evitar futuros delitos no se corresponde con la función contramotivadora sobre el responsable con que se entiende la tradicional orientación preventivo-especial de las penas», sino que «se realiza actuando sobre cosas materiales, bienes o efectos del delito que, de mantenerse a disposición de los responsables, favorecerían la continuidad en la actuación delictiva»¹⁴⁷. Esta finalidad preventiva, que nada tiene que ver con la penal, es empero la propia de los instrumentos típicos de la potestad administrativa de policía, los cuales tienen idénticos o similares contenidos materiales que las consecuencias accesorias y, sin embargo, carecen de todo carácter sancionador¹⁴⁸. Y como vamos a ver, precisamente la finalidad preventiva que se asigna a las consecuencias accesorias, veta toda posibilidad de atribuirles naturaleza penal o sancionatoria.

VI. LOS EVENTUALES FINES Y EFECTOS DE PREVENCIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA, Y EN NINGÚN CASO TERCIARIA (PUNITIVA NI SANCIONATORIA), DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ACCESORIAS DEL DELITO

1. Como vimos, un amplio sector de la doctrina española negó el carácter y la naturaleza de penas a las

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.); «las medidas no sancionadoras pueden tener carácter real, mientras que las sanciones deben estar ligadas a una responsabilidad personal» (p. 380).

143 De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ (2001), pp. 344 s., al entender, como JAKOBS, que la prevención especial en el Derecho penal de medidas (de seguridad en sentido estricto) se orienta a la «estabilización cognitiva de la norma», y que sus efectos «tienen lugar básicamente por vía causal-fáctica». Esto lleva a SILVA a sustraer del presupuesto de aplicación de las medidas a todos los factores subjetivos del hecho, y a entender, por un lado, que para que se dé aquél presupuesto basta con «la realización de un hecho *objetivamente* antijurídico de carácter penal (lesivo de una norma de valoración), sin que sea preciso que concurran ni la acción en sentido psicológico ni el dolo ni la imprudencia», y, por otro, que «la peligrosidad de futuro debe referirse tan sólo a la probabilidad de realizar hechos objetivamente antijurídicos —de carácter penal— en el futuro y no requiere tampoco que esos hechos futuros hayan de mostrarse como acciones típicamente antijurídicas, en lo objetivo y en lo subjetivo» (*loc. cit.*, p. 345). Cfr. una crítica de esta tesis de SILVA, a mi juicio solo en parte acertada, en FEIJÓO (2002), nota 1 de pp. 137 s.; y para mi propia estimación sobre la tesis de SILVA, cfr. *infra* VII.

144 Cfr. *supra* nota 15.

145 Véase GRACIA MARTÍN (2001b), pp. 56 ss.; y EL MISMO (2004), pp. 480 s.; DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO (2001), p. 36: «tienen un presupuesto autónomo, que es la *peligrosidad de la organización o entidad*, el cual lleva a considerar que las mismas han de tener como finalidad fundamental evitar y prevenir dicho estado de cosas»; también, aunque limitándose a una comparación sólo con los fines de prevención especial de la pena, FEIJÓO (2002), p. 99: la «finalidad [de] prevenir la continuidad en la actividad delictiva ... no casa con los fines de la pena en nuestro ordenamiento donde los fines de prevención especial se proyectan sobre hechos culpables».

146 Cfr. a continuación extensamente el epígrafe VI.

147 Véase GARCÍA ARÁN (2002), p. 625

148 Véase HUERGO (2007), pp. 202 s.; y en general GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b), pp. 105 y 123.

consecuencias accesorias del art. 129 CP anterior a la reforma de 2010, y entendió que las mismas constituían un *tertium genus* de consecuencias *sui generis* que, en todo caso, tendrían naturaleza *penal* o *sancionatoria*, porque sus fines y efectos serían los de la prevención general y especial, y así las etiquetó luego con variados sustantivos —sanciones, medidas, categorías— especificados con otros tantos adjetivos, como por ejemplo los de penales, criminales o con el siempre socorrido «sentido amplio»¹⁴⁹. Esta doctrina me parece tan rechazable en sus resultados como la que afirma directamente y sin rodeos que las consecuencias que nos ocupan son auténticas penas, y por más motivos adicionales, pues ¿qué otras consecuencias que no sean penas ni medidas de seguridad penales podrían perseguir fines y producir efectos de prevención específicamente *penales*? ¿De qué se está hablando realmente cuando se afirma que las consecuencias accesorias tienen fines y producen efectos preventivos?

2. Una de dos: o bien, (1) los fines, funciones y efectos preventivos de las consecuencias accesorias del delito son idénticos a los tradicionales, tal como aquellos se han entendido siempre desde FEUERBACH a LISZT, y luego hasta ROXIN y GIMBERNAT; o bien, (2) son otros nuevos y distintos de los tradicionales. *Tertium non datur*. Si fuera lo primero (1), entonces debería reconocerse y afirmarse sin la mínima duda que las consecuencias accesorias son auténticas penas, por la misma razón de que, por ejemplo, los sapos son batracios tan auténticos como las ranas, y los gibones, tan auténticos simios como los chimpancés; pero así, con todas las denominaciones que se utilizan para designar a tales consecuencias se incurriría en un claro fraude de etiquetas en el sentido más puro de esta expresión, y por otro lado, habría que demostrar —no solo afirmar meramente— que aquellas son realmente aptas para realizar los fines preventivos específicamente *penales* que se les atribuye. Y si fuera lo segundo (2), entonces se plantearía y habría que resolver el siguiente dilema: o bien, (3) los nuevos y distintos fines de prevención ampliarían en contenidos al concepto de prevención *penal* en todas sus formas —general y especial, intimidatoria y positiva—, dando lugar así a un concepto *unitario* de aquella que abrazaría juntos a los tradicionales y a los nuevos y distintos; o bien, (4) los nuevos,

precisamente porque son distintos, no podrían ni deberían unificarse con los tradicionales en un concepto unitario de prevención *penal*, sino que unos y otros deberían mantenerse separados como dos conceptos *diferentes* de prevención *penal*. Pero ahora, si se opta por la primera solución del dilema (3), la consecuencia inmediata sería que así se volvería a la primera de las opciones planteadas al principio, pues ante la existencia de un concepto *unitario* de prevención *penal*, las consecuencias accesorias tendrían que ser vistas ya como auténticas penas, y llamarlas de otro modo supondría un claro fraude de etiquetas; y aunque en principio se podría pensar que así ya no sería necesario tener que demostrar su aptitud para satisfacer y realizar los fines de las penas y medidas de seguridad penales —pues en tal caso cualquier demostración no sería más que una explicación totalmente tautológica—, lo que sí resultaría ineludible sería demostrar que a dos contenidos y sentidos diferentes de la prevención se los pueda reunir en un concepto unitario de prevención *penal*, y para esto debería recurrirse a la *analogía*, pero teniendo en cuenta la regla de que entre dos términos que se comparan no existe analogía en absoluto por el mero hecho de que se la afirme caprichosa y arbitrariamente por la misma razón de que —para recurrir a la gracia del famoso anuncio publicitario— un pulpo no resulta ser un animal de compañía por el mero capricho de llamarlo así, sino que para demostrar que los términos comparados son realmente análogos habrá que llevar a cabo una comparación científica conforme a las reglas estrictas de la construcción analógica de conceptos en general y jurídicos en particular¹⁵⁰. Y si optando por la segunda solución del dilema planteado (4), se reconocieran dos conceptos de prevención penal diferentes, entonces lo que tendría que resolverse con argumentos sería lo siguiente: dado que el ordenamiento jurídico conoce multitud de consecuencias jurídicas que a pesar de tener fines preventivos, sin embargo carecen absolutamente de naturaleza no ya solo penal sino también sancionatoria de cualquier especie; de esto resultaría que el dato de que las consecuencias accesorias pudieran cumplir funciones preventivas no sería suficiente por sí solo para atribuir a aquellas una naturaleza penal y ni siquiera sancionatoria de ninguna especie, y esto solo podría fundarse en algún otro dato adicional y dis-

149 Cfr. *supra* II.4 y sus notas, y además IV.2, donde expuse particularmente la tesis de FEIJÓO.

150 Pues hay que tener en cuenta que no toda semejanza —real o solo imaginada— fundamenta una analogía. Solo la analogía —en modo alguno las otras figuras de la semejanza— determina correspondencias entre objetos diferentes que habilitan para darles un trato igual conforme con la «idea» del Derecho; cfr. *supra* V.5. y las notas correspondientes al texto.

tinto de aquel; así pues, atribuirles a las consecuencias accesorias naturaleza penal solo y meramente con base en los supuestos fines y efectos preventivos que se les atribuyen, tiene que verse como mínimo como una afirmación no fundamentada en absoluto y hasta temeraria. La doctrina que tratamos ahora opta por la segunda alternativa de las indicadas al principio (2), pues afirma que los fines de prevención de las consecuencias accesorias son *diferentes* a los de las penas, y luego se decide por la segunda opción que se ofrece como solución al dilema que plantea dicha alternativa (4), y formula así dos conceptos diferenciados de prevención penal, uno para las penas y medidas de seguridad tradicionales, y otro diferente para las consecuencias accesorias, que no serían auténticas penas, y sin embargo sí serían penales¹⁵¹. Sin duda, un auténtico laberinto que, a mi juicio, igual que una cámara mortuoria egipcia, no tiene ya ninguna salida una vez que se la ha cerrado y sellado.

3. Una primera cuestión, acerca de la cual me parece conveniente aclarar su significado y su trascendencia, es la relativa al uso doctrinal de la nomenclatura. Por varios motivos.

a) En primer lugar, hay que advertir sobre la ligereza con que a veces se tacha de «fraude de etiquetas» a usos de términos que se corresponden de un modo inequívoco y exacto con la substancia de los objetos de que se habla en un discurso metódicamente elaborado y totalmente argumentado —independientemente de si es discutible en el fondo—; una ligereza que llega a ser irritante cuando es precisamente el que hace la tacha quien está incurriendo a todas luces él mismo en ese fraude y, sin embargo, quiere verlo en la pos-

tura contraria que en absoluto adolece de semejante vicio y así meramente se lo imputa a esta sin el menor fundamento. Pues convendría tener en cuenta que un fraude de etiquetas se da siempre que a un objeto que tiene un nombre propio se lo designa con el de otro que no tiene con aquel ni una mínima semejanza, como cuando —para citar entre otros muchos, dos casos irritantes y bien conocidos— se llama «gravamen» y «declaración extraordinaria» a una amnistía fiscal, o «recargo de solidaridad» a un incremento del impuesto sobre la renta de las personas físicas; pero también —y esto quiero decirlo en actitud apodictica— se incurre en un flagrante fraude de etiquetas con el cual se desmantela a toda la Ciencia jurídica, y con muy graves consecuencias, cuando se denominan penales a unas consecuencias jurídicas inequívocamente civiles y a medidas de policía o de otra especie como son las accesorias del delito (y también las llamadas penas aplicables a personas jurídicas)¹⁵².

b) La indiferencia en el uso de la nomenclatura jurídica que muestran y hasta alientan a su favor algunos representantes de las doctrinas punitivistas y sancionatorias de la persona jurídica, extrapolable a las consecuencias accesorias, como por ejemplo, moderadamente FEIJÓO, y con una exageración que llega al paroxismo VOGEL y NIETO MARTÍN, debería rechazarse de plano. Según el primero de los autores citados, la denominación que se dé a las consecuencias aplicables a personas jurídicas sería «lo de menos» y debería quedar para «los que gustan del debate de etiquetas», porque lo decisivo es el fundamento, y lo cierto es que «tenemos una responsabilidad de naturaleza penal *diferente* a la responsabilidad de las personas

151 Así muy claramente LUZÓN PEÑA (2004), p. 550, con más referencias en nota 8 a otros lugares donde se ha pronunciado al respecto, pues según él, las consecuencias accesorias serían «sanciones igualmente *distintas* en su sentido y finalidad a las penas y secundarias (accesorias y limitadas a casos tasados) respecto de las mismas ... con una finalidad de prevención especial *en sentido amplio*» (cursivas mías).

152 Véase ya FERRARA (2006), p. 647: «las medidas de policía que adopta a veces el Estado en el ejercicio de su derecho de vigilancia contra las personas jurídicas (revocación de privilegios o supresión de los mismos) tienen carácter administrativo y no penal»; SCHÜNEMANN (2014), pp. 4 y 15: emplear las mismas expresiones de acción, culpabilidad y pena, para llamar a objetos cuya substancia es absolutamente distinta a la de los correspondientes a tales conceptos, es quebrantar las «reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional» (p. 4) y en particular —concluye—, llamar «pena» a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo, lleva a una contaminación semántica que arrastra consigo graves defectos del pensamiento y que produce también muy graves consecuencias dogmáticas y político-criminales (p. 15); RANSIEK (2012), p. 290: «aquellos que parten de que un titular de una empresa puede actuar realmente de modo culpable, pero hacen notar que esa culpabilidad es *otra distinta* a la de una persona natural, por esto tendrían que empezar por una diferenciación constructiva de las sanciones sobre esa base», pues «si existe una diferencia cualitativa entre la pena individual y la colectiva, *no es comprensible* por qué debería desdibujarse esa diferencia por medio de una *denominación unitaria*»; JAKOBS (2002), pp. 573 y 574: «no tiene absolutamente nada que ver con una *pena*» (p. 573) y por esto, «para evitar confusiones, no se debería bautizar con el nombre de *pena*» (p. 574); GRECO (2015), p. 515: «el nombre no deja de ser importante», porque «la denominación como penas encarna una falsa señal que apunta al extraviado precedente de un reconocimiento de penas sin culpabilidad, lo cual es problemático incluso cuando no se trata de auténticas penas»; CIGÜELA (2015), p. 367: «integrar la consecuencia jurídica impuesta al sujeto colectivo en el concepto de pena supondría la disolución del mismo».

físicas»¹⁵³. NIETO MARTÍN va mucho más lejos, pues según él, quienes rechazamos hablar de penas respecto a la persona jurídica, habríamos caído en el «mal del nominalismo»! y así estaríamos ante un «debate puramente nominal», porque —así lo dice sin más— cuando se deja de llamar «pena» a la consecuencia jurídica y se la «denomina con otro nombre, como el de medida de seguridad, consecuencia accesorio, etc., *los obstáculos se esfuman*»¹⁵⁴; y puesto que la nomenclatura jurídica carecería de todo valor y utilidad, él mismo declara haber realizado su trabajo «conscientemente» como uno «semánticamente impreciso y ambiguo»¹⁵⁵. Pero esta indiferencia alcanzó su clímax con VOGEL, el cual la extendió incluso a la cuestión de la rama del Derecho que regule la responsabilidad *penal* de la persona jurídica, pues según él, si bien las investigaciones empíricas permiten presumir que el (mero) «etiquetamiento» de las sanciones contra empresas como penas criminales, apenas ofrece provechos preventivos, no obstante puede plantearse la cuestión de si tal etiquetamiento podría llevar consigo un provecho *simbólico* determinante, teniendo en cuenta que la estructura de la responsabilidad de la persona jurídica es *una y la misma* (sic) tanto si su regulación se inserta en un contexto penal como en uno administrativo sancionador o en el derecho civil de daños¹⁵⁶.

4. Ante afirmaciones como las expuestas, que están animadas sin duda por un pragmatismo exacerbado que no reconoce límite alguno para alcanzar los objetivos que se pretenden, considero que la Ciencia jurídica no debe quedarse cruzada de brazos ni callada en la medida en que se entienda, como es mi caso, que las mismas apuntan a su aniquilación¹⁵⁷.

a) La indiferencia y la relajación en el uso de la nomenclatura jurídica son absolutamente inadmisibles y no deberían tener lugar en una Ciencia clasificatoria

como la jurídica que, como todas las del mismo carácter, para poder realizar su función debe proveerse de un código de nomenclatura lo más exacto y rígido posible y usarlo luego con el mayor esmero y respeto¹⁵⁸, pues recordando de nuevo la advertencia de DELGADO ECHEVERRÍA, ya expuesta aquí reiteradamente, en el Derecho, «sin palabra adecuada no hay concepto preciso»¹⁵⁹. Pero es que como parece obvio, y esto no debiera debatirse por su evidencia, en cualquier ámbito de relación social en la vida cotidiana son absolutamente necesarias una cierta precisión terminológica y una nomenclatura de mínimos, aunque no lo sean en el grado ni con la rigidez que demandan los ámbitos científicos, técnicos y artísticos, y así nos lo enseña ya la Ilustración griega del siglo V anterior a nuestra era¹⁶⁰. Por mucho que la elección de un nombre propio para denominar a un objeto totalmente determinado haya tenido lugar en el principio de un modo *convencional*, lo cierto es que una vez elegido, su uso ya resulta vinculante *pro futuro* para hablar y comunicar sobre el objeto específico al que se le atribuyó precisamente *ese* nombre, y no otro distinto que tal vez habría podido ser elegido en su lugar y por la misma razón también lo habría vinculado de ahí en adelante a ese objeto y habría excluido su uso para otros distintos¹⁶¹. En el ámbito del Derecho hay conceptos —observa Kelsen al tratar del *jurídico* de voluntad— que se han conservado «en el lenguaje jurídico, fosilizado(s), por decirlo así, como un árbol o una planta en un estrato carbonífero», y con razón advierte que no puede ni debe ignorarse «la importancia que el lenguaje tiene para el pensamiento (debido a) los intensos nexos que existen entre las palabras y los conceptos»¹⁶². 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 es también un error sobre (la substancia

153 Véase FEIJÓO (2015), p. 48, donde propone que a las consecuencias aplicables a personas jurídicas —a las que en general llama sanciones interdictivas— se las pueda denominar también «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».

154 Véase NIETO MARTÍN (2008), pp. 19 s., y nota 10 en p. 20. También ZUGALDÍA (1994), p. 622, me atribuye estar «jugando con las etiquetas», y —EL MISMO (2013), p. 61— hacer «un alarde de logomaquia» al rechazar aquellos términos.

155 Véase NIETO MARTÍN (2008), p. 22.

156 Véase VOGEL (2012), pp. 430 s.

157 Véase en el mismo sentido SCHÜNEMANN (2006a), p. 151: «el criterio siempre extendido en el *common law* y en aumento en el continente europeo, de que hay que centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia».

158 Cfr. *supra* V.6 y la cita de DUBBER en nota 96.

159 Cfr. *supra* las citas hechas en notas 13, 108 y 109.

160 Cfr. de nuevo el diálogo de SÓCRATES con CRÁTILLO *supra* en nota 109.

161 Cfr. de nuevo la cita de GUTHRIE *supra* en nota 109.

162 Véase, Kelsen (1923), p. 160,

de) la cosa (*ein Fehler in der Sache*)»¹⁶³, y así por ejemplo, llamar «pena» a la sanción de la empresa, supone una «contaminación semántica del lenguaje» que quebranta «los principios del habla racional»¹⁶⁴. Por todo esto es gravemente dañina para el Derecho en tanto que Ciencia jurídica, la arbitraria, confusa e inclasificable maraña de nombres con que se designa a las diferentes consecuencias aplicables a personas jurídicas y agrupaciones¹⁶⁵ incluso por un mismo autor, como es el caso de DANNECKER, el cual utiliza al efecto —como se lo diría SÓCRATES a CRÁTILO¹⁶⁶— toda una «artesanía de nombres» tales como «sanciones» sin más¹⁶⁷, «sanciones penales»¹⁶⁸, «sanciones o penas criminales»¹⁶⁹, «otras sanciones penales»¹⁷⁰, «penas criminales no clásicas»¹⁷¹, y «pena de multa», pero esta «no como pena criminal en sentido clásico», sino como «un concepto autónomo de multa penal» (*ein eigenständiger Begriff des Strafgeld*)¹⁷². La Ciencia jurídica tendría que rechazar —y en modo apodíctico— que aquí estemos ante un mero «debate nominal», como pretende y afirma sin más NIETO MARTÍN, cuando se rehúsa calificar como penas, sanciones o medidas penales, criminales, etc. tanto a las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas como a las accesorias del delito. En otro lugar he formulado ya una extensa y rigurosa crítica a estas afirmaciones de NIETO y a

ella me remito aquí¹⁷³. Ahora procede exponer sucintamente mi total desacuerdo con la afirmación similar de FEIJÓO, más atrás reproducida, de que la cuestión de los nombres deba quedar para quienes «gustan del debate de etiquetas» y que lo decisivo es el fundamento de las consecuencias. En esto último, FEIJÓO tiene absolutamente toda la razón, pero en cuanto a lo primero sucede justamente lo contrario.

b) Salvo que tenga una percepción errónea de las cosas —y por supuesto que debo admitir que pudiera tenerla— creo que un «debate de etiquetas», o uno meramente «nominal», sólo puede tener lugar cuando se trate de elegir un nombre para un objeto que no tiene ninguno conocido de antemano, como podría suceder si resultara necesario crear un término específico con sentido técnico jurídico para un concepto jurídico determinado¹⁷⁴. Sólo en este caso, como lo advierte MENDONCA, podrá «existir desacuerdo (y por tanto debate) respecto de la opción efectuada»¹⁷⁵. Pero cuando las cosas ya tienen un nombre prefijado, ningún debate sobre ellas tiene ni puede tener por objeto sus nombres, ni es meramente nominal o de etiquetas¹⁷⁶, porque ello sería simplemente absurdo. Cuando las cosas ya tienen un nombre predeterminado, todo debate sobre ellas lo es siempre en primera instancia sobre la substancia (o el fundamento) del objeto del que se habla, y solo una

163 Véase SCHÜNEMANN (2014), pp. 4 y 15 (la cita corresponde a p. 14, y recuerda a lo dicho por SÓCRATES a CRÁTILO, *cfr. supra* en nota 166); véase también MENDONCA (2003), p. 22.

164 Véase SCHÜNEMANN (2014), pp. 4 y 15.

165 Pues como advierte MENDONCA (2003), p. 22, un caos terminológico, «puede constituir un indicio de caos conceptual».

166 En PLATÓN, Crátilo 431d-e, SÓCRATES le advierte A CRÁTILO con respecto a quienes ponen nombres a las cosas que «unos nombres estarán bien elaborados y otros mal» (431d), y que entre aquéllos, «uno será un buen artesano de nombres y otro malo» (431e). Moderadamente, JAKOBS (2002), p. 560 nota 6, ve a DANNECKER «terminológicamente inseguro».

167 Véase DANNECKER (2001), p. 103.

168 Véase DANNECKER (2001), p. 102.

169 Véase DANNECKER (2001), p. 104.

170 Véase DANNECKER (2001), p. 105.

171 Véase DANNECKER (2001), pp. 108 y 125.

172 Véase DANNECKER (2001), p. 125.

173 Véase GRACIA MARTÍN (2016b), pp. 34 ss.

174 Véase en ese sentido DELGADO ECHEVERRÍA (2013), pp. 11 s., donde dice exactamente que «en ocasiones, habrá que estipular sentidos técnicos de términos de uso común», pero también que «en ciertos casos, se creará un término más o menos artificial, específico de este lenguaje técnico». Véanse, de nuevo, las citas de SOLER COSTA *supra* en notas 13 y 109.

175 Véase MENDONCA (2000), p. 117, y nota siguiente.

176 Sobre la diferencia entre las definiciones informativas o lexicográficas y las estipulativas, véase MENDONCA (2000), pp. 115 ss.; mediante las primeras se describe el significado de un término *ya en uso*, y con las segundas se trata de *asignar* «un significado determinado y especial acuñado *por primera vez* para su uso en un sentido técnico específico»; estas últimas «establecen el significado basadas en la libertad de estipulación, es decir, en la posibilidad de inventar nombres según necesidad o deseo mediante la regla común según la cual cualquier puede usar el sonido que se le antoje para referirse a lo que quiera, siempre y cuando aclare a qué se está refiriendo al utilizar el sonido» (p. 115); pero las definiciones informativas, como son utilizadas «para indicar el significado actual o pasado de una palabra determinada», entonces según que la definición «se corresponda o no con dicho uso, puede afirmarse de ella que resulta verdadera o falsa» (p. 116).

vez que se ha aprehendido y comprendido esa *substancia* y se la describe como es, se subsume y clasifica al objeto en la categoría, clase y especie taxonómicas predefinidas que le corresponden; pero así, el *concepto* resultante solo debe poder ser denominado propiamente con el nombre que ya tenga asignado de antemano por el código de nomenclatura preestablecido, la categoría, la clase o la especie que le corresponden, precisamente porque son las abarcadoras de los caracteres diagnósticos de la substancia que ha sido aprehendida y comprendida en el objeto del debate y, por tanto, dada como contenido a su concepto. No se debate sobre nombres ya asignados a las cosas, sino sobre la substancia de los objetos, y si una vez conocida y descrita por sus caracteres, alguien, por la razón que sea, no denomina al *concepto* con el nombre propio que ya tiene asignado de antemano, sino con el de otro concepto con substancia diferente, esto solo puede deberse o bien a que conscientemente —como se lo dice SÓCRATES a CRÁTILO— quiere engañar o engatusar¹⁷⁷, o bien, como sucede más frecuentemente, y explican el mismo SÓCRATES, FOUCAULT o SCHÜNNEMANN, a que «falta el conocimiento de las cosas que se llaman con un nombre inapropiado» (SÓCRATES)¹⁷⁸, a que «el espíritu opera con una ligereza que le impide *penetrar* en las cosas y percibir las diferencias propias de su naturaleza» (FOUCAULT)¹⁷⁹, o a que el pensamiento que se expresa con una falsa nomenclatura, es uno viciado de un «error sobre (la substancia de) la cosa» de que se habla (SCHÜNNEMANN: «*ein Fehler in der Sache*»)¹⁸⁰.

c) Por lo dicho, contra lo insinuado por FEIJÓO, hay que decir que quienes negamos la naturaleza penal de las consecuencias accesorias y de las aplicables a personas jurídicas, y rechazamos así apodícticamente que se las denomine como penales, ni remotamente debatimos sobre etiquetas, sino que descalificamos el estado y la relación de grave hostilidad en que se enfrenta a las palabras con las cosas cuando se las denomina con nombres absolutamente incompatibles con su substancia. Por otro lado, cuando se muestra indiferencia por la nomenclatura, lo que en realidad se está haciendo es

eludir el debate sobre la sustancia de las cosas, pues lo que se hace así es solo formular meras afirmaciones desviadas de lo establecido, pero sin desvirtuar los argumentos que se oponen a ellas —porque se los ignora de plano— y sin demostrar absolutamente nada sobre los fundamentos de lo que se afirma. Si para FEIJÓO la terminología es «lo de menos», entonces tendrá que explicar por qué no llama «penas» a las que así denomina el Código, y propone para ellas otras denominaciones alternativas; y puesto que todas —incluso la genérica de «sanciones» interdictivas— denotan la carga *punitiva* o *sancionatoria* de las consecuencias jurídicas designadas con ellas, entonces también tendrá que explicar, porque ello afecta precisamente al *fundamento* que el propio FEIJÓO dice con razón que es lo decisivo, de qué manera pueden conciliarse una consecuencia jurídica con carga punitiva o sancionadora de cualquier especie y un supuesto de hecho que la fundamenta del cual está completamente ausente la culpabilidad, es decir, tendrá que explicar si admite, y por qué, consecuencias *penales* sin *fundamento* en la culpabilidad¹⁸¹ y, en su caso, sin peligrosidad criminal. Si no las admitiera, entonces tendría que explicar por qué a una consecuencia jurídica sin fundamento en la culpabilidad se le atribuyen adjetivos con carga *punitiva*. Pero como parece que sí las admite —al menos *nominalmente*—, y lo hace *porque* el supuesto de hecho que las fundamenta sería uno *diferente* al de las penas «auténticas»¹⁸², caracterizado por la ausencia de culpabilidad en él, entonces tendrá que explicar otras cosas, y no quedarse en la mera afirmación de que ahora tenemos un sistema que reconoce consecuencias penales sin culpabilidad. La primera de todas, es una relativa a si entre la multitud de figuras de responsabilidad sin culpabilidad que ofrece el *ordenamiento jurídico*, y cuyas consecuencias jurídicas no son sancionadoras y mucho menos penales de un modo tan evidente que no admite discusión, no existe ni se encuentra ni una sola en la que subsumir aquel supuesto de hecho sin culpabilidad y, por esto, no hay más remedio que atraerlo al Derecho penal o al sancionador. Y si esto fuera realmente así, enton-

177 Cfr. *supra* nota 109.

178 Cfr. *supra* nota 109.

179 Cfr. *supra* nota 110 *in fine*.

180 Cfr. *supra* notas 163 y 164, y el texto correspondiente a las mismas.

181 Es más: *sin acción*, porque es más que evidente que la persona jurídica carece absolutamente de capacidad de acción.

182 Cfr. *supra* nota 159 y el texto al que corresponde. Entrecomillo «auténticas» porque el concepto de pena es uno «clasificadorio», y no uno «tipológico u ordenador», de modo que no puede hablarse de penas «auténticas», porque esto supondría que tendría que haber penas «no auténticas», y de acuerdo con su esencia, los conceptos clasificatorios tienen contenidos que o «son» o «no son» en absoluto. Cfr. sobre todo esto *supra* V.4.

ces lo segundo que tendrá que explicar FEIJÓO es si considera por ello que todo lo que ha producido hasta ahora la Ciencia jurídica desde la Pandectística, para no remontarnos más atrás, si todos los productos que nos han dado hasta ahora la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del Derecho público en general, han sido y son completamente baldíos e inservibles porque, a pesar de sus monumentales construcciones, sin embargo no habrían sido capaces de construir ni proporcionar ninguna figura de responsabilidad sin culpabilidad en que pudiera subsumirse la que debe cargarse a la persona jurídica y a los entes sin personalidad jurídica por los delitos que cometen quienes actúan en su lugar. Si esto fuera realmente así, lo cual sería realmente desolador y deprimente, entonces no habría más remedio que desacreditar por su falta de fundamento a las observaciones hechas por el colega LUIS GRECO acerca de lo que él ha denominado para criticarlo como «solipsismo jurídico-penal»¹⁸³. Afortunadamente, sin embargo, aquello no ha sido ni es así, y absolutamente nada de lo dicho por GRECO sobre ese solipsismo queda desacreditado, sino todo lo contrario, totalmente probado, y precisamente en relación con la cuestión que nos ocupa, hasta un grado en que se lo podría calificar sin exageración alguna como escandaloso e irritante.

5. «Las fronteras de mi derecho penal son las fronteras de mi mundo». GRECO interpreta esta frase de un filósofo cuyo nombre no menciona, como una expresión del solipsismo, que filosóficamente se entiende en el sentido de que «mi mundo es todo el mundo, y el que yo no conozco, no existe»¹⁸⁴, y entiende que los penalistas se guían y conducen a menudo así. De este modo, penalistas solipsistas que reducen todo su mundo al Derecho penal, elaboran y formulan constructos a los que denominan «penales» sin tener en cuenta para nada lo que hay en otros mundos jurídicos, por ejemplo en el de la teoría general del Derecho y en los del Derecho civil y del administrativo (no sancionador), lo cual le parece a GRECO, como a mí, indeseable, porque «problemas

que sobrepasan los límites de una disciplina, exigen soluciones que también sobrepasen esos límites»¹⁸⁵. Por esto, considera GRECO —y yo lo suscribo— que quienes operan exclusivamente en el campo del Derecho penal, ignorando todos los demás sectores del Derecho, están absolutamente deslegitimados para descalificar —como acostumbran a hacerlo— como «fraude de etiquetas» a nada de lo que se opone a lo que ellos proponen, que además normalmente suelen ser constructos imposibles e inconcebibles a los que luego les cuelgan fraudulentamente etiquetas que no les corresponden, con lo cual incurren en el defecto de proyección en el sentido freudiano¹⁸⁶. Como ya he mostrado en otro lugar¹⁸⁷, todo esto se halla presente de un modo incluso exagerado en la mayor parte de la doctrina punitivista y sancionadora de la persona jurídica, a la cual, por ello, hay que ver como un exponente claro de ese solipsismo jurídico, y esto no es producto de ninguna impresión mía. Lo ha corroborado también el eximio administrativista español ALEJANDRO NIETO, quien invocando la famosa frase de VON KIRCHMANN, ha dicho con razón que todo intento de fundamentar una culpabilidad de las personas jurídicas (ya sea en Derecho penal o en el sancionador administrativo), solo puede emprenderse si tirando «a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica»¹⁸⁸, se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho¹⁸⁹. Y así es, pues basta con una mirada rápida y superficial indagatoria sobre el caudal de doctrina que se maneja en la mayor parte de los escritos a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica, para percatarse de la ausencia en ellos de la mayor parte de las obras fundamentales e indispensables de la teoría general del Derecho y de la Dogmática civil y iuspublicista. Pero así, no debe extrañar —pero debe rechazarse con toda contundencia— que todos los constructos de una responsabilidad penal de la persona jurídica, sin una sola excepción, entren y estén en conflicto y contradicción insalvables con los conocimientos definitivos relativos a conceptos técnico jurídicos

183 Véase GRECO (2010), pp. 42 ss.

184 Véase GRECO (2010), pp. 42 s.

185 Véase GRECO (2010), p. 44.

186 Véase mi respuesta en ese sentido a la inadmisibles objeción que me opone de ZUGALDÍA en el sentido de que yo estaría haciendo un «juego de etiquetas» o de «logomaquia», cuando es él quien lo hace de un modo ostensible y palmario, al llamar acción, culpabilidad y pena a todo lo relacionado con la «responsabilidad» evidentemente no penal ni sancionatoria de la persona jurídica, en GRACIA MARTÍN (2014b), p. 35; y EL MISMO (2015), p. 182.

187 Véase GRACIA MARTÍN (2016b), pp. 13 s.

188 Véase NIETO GARCÍA (2012), pp. 404 s.

189 Véase NIETO GARCÍA (2012), pp. 421 s.

tan nucleares y fundamentales como los de persona, ya sea la física o la jurídica¹⁹⁰, de imputación jurídica¹⁹¹

y de representación¹⁹², y que la descripción de aquellos y de sus elementos se haga con una nomenclatura

190 Pues como quedó definitivamente establecido en la teoría general del Derecho con KELSEN, si 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 una persona como la 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; véase KELSEN (1995), p. 114; EL MISMO (1979), pp. 186 ss.; véase también RECASENS (2008), pp. 268, 277 y 288 s.; HENKEL (1968), pp. 337 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 puede ser 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.

191 Pues como quedó definitivamente establecido con la teoría de la imputación jurídica de KELSEN, no se puede confundir la *imputabilidad* como capacidad de cometer un *acto violatorio* del Derecho, que solo puede tenerla y la tiene exclusivamente el ser humano capaz de acción y de culpabilidad, con la *imputación jurídica* como conexión de un estado de hecho y un sujeto con base en una norma, la cual tiene como destinatario a la *persona*, ya sea física o jurídica; véase KELSEN (1995), p. 114; EL MISMO (1979), pp. 186 ss.; EL MISMO (1923), pp. 72 ss. La confusión de la imputabilidad con la imputación en todos los constructos de responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica es, además de evidente, realmente escandalosa; véase además lo que se dice en la nota siguiente en relación con esto.

192 Pues estando fuera de toda duda, 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 la doctrinas favorables al constructo de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica ignoran de modo escandaloso e inadmisible que en toda relación representativa lo único que se puede imputar y se imputa al representado —ya sea este persona física o jurídica— son los *efectos* jurídicos del negocio representativo, y que nunca le son imputados, simplemente porque no pueden serlo de ningún modo, 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, el dolo, la culpa y mucho menos la culpabilidad de los individuos que cometen 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 fundamento de la 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. Como dice a este respecto 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.); 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, véase además 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*»; en el mismo sentido, 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, donde advierten que 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 desdobl原因 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 claramente que lo que exclusivamente se imputa al representado (sic. a la persona jurídica) son las consecuencias jurídico-civiles del contrato, mientras que la responsabilidad penal, en cambio, es sólo de la incumbencia del que concluyó el contrato 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 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

ra falsa que representa un fraude de etiquetas y lleva a una contaminación semántica del lenguaje jurídico. Una manifestación paradigmática y ejemplar de que todas estas construcciones no son más que productos de ocurrencias arbitrarias elaboradas y formuladas en un vacío total de teoría jurídica, la representa un error tan grueso como el de referir la responsabilidad penal indistintamente unas veces a la *empresa* y otras a la *persona jurídica*, es decir, al empresario, como si la una y la otra fueran lo mismo y fungibles a capricho, cuando en la Dogmática civil, y más acentuadamente en la societaria, la distinción entre empresario (persona jurídica o física) y empresa (la organización y la actividad empresarial) es tan básica y elemental que existe sobre ella un acuerdo absolutamente tan *unánime* que nadie tendría el atrevimiento de romper como lo hace, sin embargo, el solipsismo penalista¹⁹³. 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 ni debate sobre etiquetas, sino que maneja con rigor los conceptos jurídicos y los llama por su nombre¹⁹⁴. No es este lugar apropiado para ocuparme de todas estas cuestiones, pero sí quiero demandar o alentar a quienes aún cultivan en serio la teoría general del Derecho y las

Dogmáticas del Derecho civil y del Derecho público, a que se manifiesten y hablen ya de una vez diciendo algo sobre estas construcciones del solipsismo penal, que no solo arruinan a la Dogmática penal, sino que también aniquilan construcciones conceptuales exquisitas y monumentales de aquellas disciplinas jurídicas.

6. Como quedó dicho, quienes afirman la naturaleza de penas o de sanciones penales *sui generis* de las consecuencias accesorias, la fundamentan en unas supuestas finalidades *preventivas* de aquellas. El punto de partida, sería la determinación de su *necesidad de prevenir* la continuidad delictiva como criterio general rector de su aplicación que establecía el art. 129 CP antes de la reforma de 2010, y que establece ahora el art. 66 bis. 1ª.a) para las llamadas penas aplicables a personas jurídicas. De esto se deduciría que las consecuencias accesorias y más aún las mal llamadas penas o sanciones aplicables a personas jurídicas cumplirían los mismos fines de prevención de la pena, de unos modos que se describen en concreto de modo plural, ya sea genéricamente o en relación con alguna o algunas consecuencias singulares¹⁹⁵. Los de *prevención general* se concretarían, por ejemplo, en la ejemplaridad¹⁹⁶, o en una intimidación o motivación disuasoria¹⁹⁷ de potenciales delincuentes y de los dirigentes de entidades, a

alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena»; y entre otros muchos más, véase también 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).

193 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.

194 Véase SCHÜNEMANN (2014), 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. 439 s.; y RANSIEK (2012), pp. 298 y 301 s., quien advierte 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.

195 En la doctrina alemana, por ejemplo DANNECKER (2001), pp. 114 s., las programa justo con los *mismos* fines de la «pena» (retribución, prevención general y prevención especial), pero con la particularidad de que hay que entenderlos en un sentido ¡«no clásico»!; y así afirma que «junto a las penas criminales clásicas contra individuos, es necesaria y posible la imposición contra agrupaciones, de sanciones orientadas a la peligrosidad», que cumplirían en todo los fines de las penas criminales porque, «desde el punto de vista de la prevención general», los efectos sobre otras agrupaciones «serían comparables a los que produce una pena de multa impuesta a una persona individual sobre otras personas»; desde el punto de vista de la prevención especial, «una agrupación penada, lo mismo que una persona natural penada, se cuidará antes de caer de nuevo en conflicto con la ley correspondiente»; y además la sanción impuesta a la agrupación satisface el sentido *retributivo* de la pena, porque «pone de manifiesto la vigencia de la norma».

196 Así FARALDO (2015), p. 159 n.º 990 (para las consecuencias aplicables a personas jurídicas).

197 Véase NIETO MARTÍN (2008), p. 23: «*motivación* del substrato humano que integra la persona jurídica»; Díez RIPOLLÉS (2012b), p. 54 (para las consecuencias aplicables a personas jurídicas); LUZÓN PEÑA (2016), p. 11 (para las consecuencias aplicables a personas jurídicas) y EL MISMO (1996), p. 60 (para las consecuencias accesorias antes de la reforma de 2010); FARALDO (2015), p. 158 n.º 990 (para las consecuencias aplicables a personas jurídicas): «incentivar a la persona jurídica a adoptar medidas preventivas, en fin, a resocializarse»; CIGÜELA (2015), p. 226: «como factor coadyuvante en la orientación de las conductas de las personas físicas encargadas de su dirección».

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 accesorias¹⁹⁸. Los efectos de *prevención especial* consistirían, por ejemplo, en contrarrestar en los que ya lo han delinquir la idea de continuar haciéndolo porque les haya resultado rentable la primera vez¹⁹⁹; en motivar a quien va a ser sancionado —se supone que a la entidad— a la autorregulación, que sería una forma de corrección²⁰⁰; o en la inocuización asegurando que no cometa más delitos en el futuro²⁰¹.

7. 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 retributivos y preventivos descritos, tal como se meramente se afirma sin demostrar absolutamente nada al respecto.

a) De inicio 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 culpabilidad, lo cual es imposible e inconcebible que pueda tener lugar en relación con las personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica, y frente a quien afirmara lo contrario o simplemente quisiera ponerlo en cuestión, no debiera perderse inútilmente ni un tiempo mínimo en argumentarlo²⁰². Una posible realización de los fines de retribución y de prevención por medio de una consecuencia jurídica aplicada a un ente solo puede ser pensada como *mediata* en las personas físicas que lo controlan²⁰³. Toda intervención de cualquier naturaleza y especie causa efectos empíricos significativos que podrán producir

—y normalmente producen— determinados efectos psíquicos en la conciencia de quienes los perciben o meramente tienen noticia de ellos; y estos efectos psíquicos podrán transformarse en aquellos en motivos de sus conductas en la medida en que puedan afectarles de algún modo los efectos empíricos de la intervención de que se trate. 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 así se produzcan efectos preventivos como los descritos —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 son miembros de su misma colectividad²⁰⁴, 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»²⁰⁵, y es mucho más que dudoso que la tenga en las sociedades civilizadas del presente, en las que más bien se podría decir que no tiene ninguna, y que en determinadas circunstancias incluso puede 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 preventiva²⁰⁶, mientras que de las consecuencias aplicadas a un ente no cabe esperar ninguno²⁰⁷, y si produjera alguno, que en todo caso sería mínimo, este no añadiría absolutamente nada a los que ya haya podido producir la pena impuesta

198 Así LUZÓN PEÑA (2016), p. 11 (para las consecuencias aplicables a personas jurídicas).

199 Así LUZÓN PEÑA (2016), p. 11 (para las consecuencias aplicables a personas jurídicas) y EL MISMO (1996), p. 60 (para las consecuencias accesorias antes de la reforma de 2010).

200 Así NIETO MARTÍN (2008), p. 23.

201 Véase FEIJÓO (2011a), p. 118; Díez RIPOLLÉS (2012b), p. 54 (para las consecuencias aplicables a personas jurídicas); FARALDO (2015), p. 158 nº 990 (para las consecuencias aplicables a personas jurídicas); CIGÜELA (2005), p. 227.

202 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).

203 Véase en este sentido por ejemplo CIGÜELA (2015), p. 224 ss.

204 Véase KELSEN (1979), p. 135; EL MISMO (1995), p. 65.

205 Véase KELSEN (1979), pp. 135 s.; EL MISMO (1995), pp. 66 s.

206 Véase en este sentido SCHÜNEMANN (2014), p. 13.

207 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».

a la persona física autora del hecho ni siquiera en el sentido de un refuerzo complementario y accesorio de estos. 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 patrimonial²⁰⁸, podría ser interpretada en el sentido de que el ente funciona como una especie de escudo protector de las 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* para las personas físicas que lo controlan y actúan delictivamente bajo su cobertura. Por esto, como dice SCHÜNEMANN, «al desarrollar la idea de imponer sanciones a la empresa debe realizarse, naturalmente, un severo examen de su adecuación», dado que «se aprecia a primera vista 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, 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»²⁰⁹.

c) 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 re-

tribución 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 substancial 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 ser²¹⁰. Una retribución punitiva solo puede ser pensada y consistir en la imposición de un mal a un sujeto que pueda sentirlo y adquirir conciencia de él y de la 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 psíquica²¹¹. Por cierto que solo de una pena o sanción *retributivas* pueden esperarse efectos preventivos de cualquier especie²¹². 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»²¹³. Y como la responsabilidad de cualquier ente es en todo caso una por el hecho cometido por otro²¹⁴, de esto resulta que ninguna consecuencia jurídica aplicada a un ente es apta para realizar el fin de una retribución punitiva o sancionatoria²¹⁵. En definitiva, una consecuencia jurídica aplicada a un ente no puede producir *todos* los efectos de la prevención *penal* o sancionatoria, y por el contrario, como ha quedado dicho, la utilización de alguna como pena o sanción penal *sui generis* o administrativa —solo en un sentido metafórico— sí podría tener efectos criminógenos.

8. Pero una segunda cuestión, que es la decisiva y principal, es la de si aun suponiendo que las consecuen-

208 Cfr. *infra* VI.8.e).

209 Véase SCHÜNEMANN (2002), p. 27; y sobre la tendencia en EEUU hacia la responsabilidad penal individual precisamente por la evidente carencia de eficacia preventiva de las sanciones a las empresas, EL MISMO (2006a), pp. 159 ss.

210 Cfr. *supra* V.9.

211 Cfr. la descripción de KOHLER expuesta *supra* en nota 130, y ahora también SCHMITT-LEONARDY (2013), p. 445.

212 Véase en este sentido también CIGÜELA (2015), p. 228: «solo se previene adecuadamente si la pena es retributiva».

213 Véase Kelsen (1995), p. 64.

214 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 donde dice que «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», y «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»; Kelsen (1979), p. 194; también FERRARA (2006), p. 623 nota 88.

215 Véase en el mismo sentido, ampliamente, CIGÜELA (2013), pp. 228 ss.

cias jurídicas accesorias produjeran realmente efectos preventivos, estos serían precisamente los propios de las consecuencias de naturaleza penal y sancionatoria, a lo cual solo puede darse una respuesta rotunda y apodícticamente negativa.

a) Hay conceptos que por mucho que se pueda discutir y se discuta sobre su contenido y se tengan concepciones diferentes de ellos, sin embargo, son unívocos porque no tienen más que un significado posible, como sucede con el de *culpabilidad*. La idea de la culpabilidad remite siempre, desde el momento inicial en que se piensa, hasta el último en que se comprueba y verifica su realización, a un juicio, sea descriptivo o normativo, sobre un sujeto humano individual a causa de algo hecho *por él mismo* y *porque* las circunstancias que fundamentan el juicio están dadas también en *él mismo*²¹⁶. No es concebible una culpabilidad de nadie ni de nada por el hecho realizado por un sujeto distinto²¹⁷, y de aquí deriva *eo ipso* que a la culpabilidad solo puede reaccionarse con una intervención —una pena o sanción— que tiene que ser forzosamente *personal*, es decir, que sólo puede aplicarse al *autor* del hecho que lo ha realizado él mismo culpablemente²¹⁸. Por el contrario, hay muchos otros conceptos que son multívocos y polisémicos. Uno de ellos es precisamente el de «responsabilidad», que incluso en el Derecho tiene significados muy variados²¹⁹. Genéricamente, responsabilidad jurídica significa «responder» en el sentido de «hacerse cargo de» o de «soportar sobre sí mismo» las posibles «consecuencias» de un hecho, y entre estas hay que contar incluso la del cumplimiento o satisfacción de la sanción correspondiente al hecho. En relación con los hechos ilícitos, responsable es aquél «que “responde” de las consecuencias del ilícito»²²⁰. Como queda dicho, la culpabilidad está ligada siempre al autor del hecho porque se funda en circunstancias

personalísimas e intransferibles de aquel, mientras que la responsabilidad por las consecuencias puede recaer en un sujeto distinto que ni siquiera haya participado en el hecho²²¹, pero que como dice Kelsen responde de lo hecho por aquel en razón de alguna *relación* que tiene con él en virtud de la cual se le tiene por un *allegado* suyo²²². La responsabilidad es multívoca y polisémica y no sólo en lo estrictamente semántico²²³, pues incluso en aquel sentido estricto de cargar con las consecuencias de un hecho y tener que soportarlas, se tiene que distinguir entre clases o tipos de responsabilidad, como por ejemplo: objetiva y subjetiva, directa o indirecta y subsidiaria, por hecho propio o por ajeno, mancomunada, solidaria, patrimonial o personal, etc.²²⁴. Estas diferentes clases de responsabilidad se han ido configurando a lo largo de la historia del Derecho como propias o típicas de uno o de varios sectores jurídicos específicos, y así como responsabilidad civil, administrativa, tributaria, penal, etc. Esta distribución es meramente formal en cuanto a la simple adscripción, pero esta se efectúa siempre con base en *fundamentos materiales y teleológicos* y es *categorial*. Contrariamente a lo que sostiene Kelsen —pues aquí ya sí me aparto radicalmente de la opinión del genial artífice de la teoría pura del Derecho—, la consecuencia jurídica que se aplica al «responsable» que no ha sido autor (ni partícipe) del hecho, no puede ser nunca una *sanción* de ninguna especie; pues si toda sanción debe tener como presupuesto una *infracción* realizada *culpablemente* y solo a su autor puede ser aplicada²²⁵; si en los casos de responsabilidad por hecho ajeno el responsable no ha realizado él mismo ninguna infracción; y si la responsabilidad de un ente por hechos cometidos por quienes actúan en su lugar es en todo caso, sin excepción alguna, precisamente una por hecho ajeno, objetiva, por el resultado, y por esto de naturaleza exclusivamente civil

216 Así también JAKOBS (2002), p. 566: «todos los hechos culpables son hechos *propios* de los que en ellos participan».

217 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.

218 Véase, por ejemplo, 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».

219 Sobre la amplitud de significados del término «responsabilidad», véase por ejemplo NINO (1984), pp. 184 ss.

220 Véase NIETO GARCÍA (2012), p. 426.

221 Véase Kelsen (1995), pp. 77 ss.; NINO (1984), pp. 187 ss.; NIETO GARCÍA (2012), pp. 414 ss.; GARCÍA AMADO (2011), pp. 126 s. y 128; GRACIA MARTÍN (2014b), pp. 68 ss.; EL MISMO (2015), pp. 216 ss.

222 Véase Kelsen (1979), p. 129; EL MISMO (1995), pp. 67 s.

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

224 Véase NINO (1984), pp. 187 ss. Para las distintas figuras de responsabilidad por la comisión de infracciones en el Derecho administrativo (solidaria y subsidiaria), véase NIETO GARCÍA (2012), pp. 378 ss.

225 Cfr. *supra* V.8.

o administrativa policial no sancionadora²²⁶; entonces, como lo advierte ALEJANDRO NIETO, tanto el fundamento como la estructura de esta responsabilidad tienen que hacernos pensar que estamos ante una «*difuminación* de los conceptos estrictos de *infracción* y de *sanción*»²²⁷. Esta cuestión la ha resuelto ya HUERGO definitivamente en el sentido de que por sus fundamentos y su finalidad, las consecuencias jurídicas aplicables a supuestos de responsabilidad colectiva, familiar

o solidaria, no pueden tener el carácter de *sanciones* en sentido estricto²²⁸, como así lo habían apuntado antes también algunos otros autores patrios²²⁹ y latinoamericanos²³⁰; como lo resuelve del mismo modo la doctrina alemana mayoritaria relativa al Derecho de contravenciones, que niega apodícticamente que la persona jurídica o cualquier otro ente distinto a un ser humano pueda cometer contravenciones²³¹ y, aunque imprecisa e inconstante terminológicamente, niega también el

226 Véase NIETO GARCÍA (2012), pp. 402 s., 415 s. y 418 ss., 421; GRACIA MARTÍN (2014a), pp. 142 ss.; EL MISMO (2014b), pp. 63 ss.; EL MISMO (2015), pp. 212 ss.; y EL MISMO (2016b), pp. 5 ss.; sobre la responsabilidad policial —puramente objetiva— en general, y los elementos y la estructura del supuesto de hecho de la misma en el Derecho de policía, *cfr.* la cita de DENNINGER *supra* en nota 75.

227 Véase NIETO GARCÍA (2012), p. 351.

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

229 Véase ZORNOZA (1992), pp. 51 s., afirmando con razón que la responsabilidad solidaria, establecida por ejemplo para personas jurídicas en el Derecho sancionador tributario, «es típica del ilícito civil», y al respecto cita la opinión de CAPPACIOLI, según el cual «la sanción consistente en la obligación de pagar una suma de dinero (...) presenta caracteres de tipo seguramente civil» (p. 51); GARCÍA GÓMEZ (2002), pp. 124 s.: «se arbitra un sistema complejo de responsabilidad que confunde de manera inaceptable la responsabilidad tributaria y la responsabilidad por la comisión de infracciones» (p. 124), que en realidad es «un sistema de responsabilidad objetiva» en que «es necesario interpretar que la observancia del cuidado objetivamente debido está referida necesariamente a las personas físicas (...) aunque las consecuencias sancionadoras recaigan directamente en aquellas (sic. las jurídicas)» (pp. 124 s.), y esto es «materia de responsabilidad civil» (p. 125); GRACIA MARTÍN (1996a), pp. 45 y 69 ss.: «a las personas jurídicas, por ello, no pueden imponérseles tampoco sanciones administrativas» (p. 45).

230 En la doctrina peruana, adhiriéndose expresamente a mi tesis, véase MEINI (1999), pp. 140 s.: «no se trata entonces de analizar si el Derecho administrativo sancionador o el Derecho penal, individualmente considerados, pueden imponer sanciones a personas jurídicas, sino si el Derecho sancionador, como género, puede hacerlo», y de este modo «en nuestro concepto, y conforme a lo explicado, *dogmáticamente* no es posible que el Derecho sancionador imponga sanciones a personas jurídicas, sólo puede imponer sanciones sobre personas naturales» (p. 141). En la doctrina argentina, véase ZAFFARONI, PG^{2º}, p. 428 para quien contra las personas jurídicas, sólo se puede ejercer «poder coactivo reparador o coacción directa, (pues) no se trataría de penas, en tanto que éstas (...) resultarían inconstitucionales»; téngase en cuenta que para ZAFFARONI, y yo estoy de acuerdo con él, las sanciones administrativas *son también auténticas penas (contravencionales)*; véase ZAFFARONI (2002), pp. 176 ss., y especialmente p. 180; implícitamente en el mismo sentido, véase GRACIA MARTÍN, Foro FICP n.º 2014-2, pp. 59 s., y EL MISMO, Foro FICP n.º 2015-2, pp. 207 ss.

231 Según MITSCH (2005), p. 44, «el círculo de personas a las que se dirigen las normas de la multa está limitado a las naturales», porque a las personas jurídicas «no se les puede reprochar nada, sino sólo hacerlas responder por la conducta de los individuos que actúan por ella», y esta regla «la confirma» precisamente la previsión de una multa para personas jurídicas en el § 30 OWiG, porque éste, en caso contrario, «sería superfluo» (p. 44); MITSCH, *loc. cit.*, p. 55, sostiene también que «autor de cualquier contravención sólo puede ser una persona natural», y que los presupuestos de la multa contra la jurídica del § 30 OWiG, «no los realiza la agrupación sino otro sujeto, un individuo humano», porque (*loc. cit.*, p. 58) «la persona jurídica misma no actúa», y aunque «le pueda ser impuesta una multa conforme al § 30 OWiG (...) éste no finge que la misma haya cometido el hecho ni realizado todos los presupuestos» de la multa. Según GÖHLER/GÜRTLER (2012), comentario previo al § 1 núm. 31, «autor de una contravención sólo puede ser un ser humano» y «la multa contra una persona jurídica y contra una agrupación de personas es la consecuencia del hecho de un ser humano»; para GÖHLER/GÜRTLER (*loc. cit.*), incluso el fundamento de la multa contra la persona jurídica, que consiste en el defecto de organización, «es obra de un ser humano, mientras que la persona jurídica o la agrupación mismas no son capaces de acción». Según RENGIER (2014), comentario previo al § 8 núm. 4, «capaz de acción y con esto autor idóneo (de una contravención) son únicamente personas naturales (...), no personas jurídicas ni agrupaciones de personas, porque estas no pueden generar ninguna voluntad natural». Para ROSENKÖTTER (2011), p. 191 núm. 387, «las personas jurídicas y las agrupaciones de personas no pueden cometer contravenciones». Según BOHNERT (2010a), § 30 núm. 1, la persona jurídica misma «no puede actuar»; igualmente, EL MISMO (2010b), p. 44: «debido al principio de culpabilidad, que también rige en el Derecho de contravenciones (§ 1), sólo pueden actuar de modo contrario al orden personas naturales, no personas jurídicas y agrupaciones de personas».

carácter y la naturaleza de sanciones tanto a las consecuencias accesorias previstas en el StGB y en la OWiG, al comiso y a la confiscación²³², como incluso a la multa para agrupaciones prevista en el § 30 OWiG²³³; y como asimismo, finalmente, lo han resuelto desde antiguo por ejemplo los Derechos francés e italiano²³⁴.

b) Como el de responsabilidad, también el concepto de *prevención*, aunque unívoco en su «idea», es multívoco y polisémico en cuanto a los instrumentos y modos prácticos de llevar a cabo la actividad preventiva y a los concretos objetos de intervención con ese fin. Muy genéricamente, podríamos definir como preventiva a toda actividad consistente en una 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 intervención preventiva. Aquí

tratamos de la prevención criminal. En la Criminología, la prevención criminal se define en primera instancia de un modo amplísimo, pues se entiende por tal a la totalidad de las medidas o esfuerzos públicos y privados dirigidos a evitar hechos punibles²³⁵, pero luego se la concreta en diferentes planos, y en función de los diferentes ámbitos, momentos, medidas y objetos de la intervención preventiva, se distingue entre prevención primaria, secundaria y terciaria²³⁶. 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 por ejemplo educativas, culturales, deportivas, urbanísticas, de salud, de formación profesional, etc., incluyendo aquí la socialización por medio del Derecho y particularmente por medio de

232 Véase por ejemplo JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 789: «es sumamente difícil la clasificación de la confiscación y del comiso en el *sistema de sanciones*», pues la confiscación es «una medida de compensación» (p. 792) y el «comiso de aseguramiento sirve a la protección de la comunidad frente a cosas que son *per se* peligrosas o que pueden ser aplicadas para la comisión de delitos» (p. 796); MEIER (2006), pp. 351 ss.: la confiscación es una «medida compensatoria» (p. 353), y el comiso «sirve a la defensa de peligros» (p. 356); GÖHLER/GÜRTLER (2012), comentario previo al § 22: «fin del comiso es preponderantemente el aseguramiento de la generalidad y del ordenamiento jurídico», y comentario al § 29º núm. 1: la confiscación es «una medida semejante a la devolución del enriquecimiento injustificado *sin carácter penal*»; GEIGER (2006), pp. 199 ss., 229 ss. (sobre el comiso de los efectos e instrumentos del delito y sobre la confiscación de las ganancias derivadas de éste, respectivamente); véase además en el mismo sentido, entre otros muchos, ZIPF (1989), p. 525 n.º 3; MÜLLER-DIETZ (1979), pp. 67 ss.; ESER (1969), pp. 57, 83 ss., 89 ss., 284 ss.; EL MISMO, en Schönke/Schröder^{26º}, comentario previo al § 73 n.º 18; SCHMITT (1958), pp. 199 ss., 219, y 230 ss.; SEILER (1967), pp. 258 ss.; GÜNTERT (1983), p. 17; SCHMIDHÄUSER (1984), p. 838; LACKNER StGB^{18º} § 73 n.º 1 y § 74 nm. 1 ss.

233 Véase MITSCH (2005), pp. 166 y 167, el cual no puede ser más claro cuando explica que «el § 30 OWiG funciona de acuerdo con el principio de la *accesoriedad*, como por ejemplo la responsabilidad del fiador en el Derecho civil o la del Estado por la infracción de deberes de la función pública» (p. 166), añadiendo que la persona jurídica puede «repetir» contra la física que ha cometido el hecho conforme a lo que dispongan el Derecho de sociedades, el laboral y el de obligaciones; como observan GÖHLER/GÜRTLER (2012), comentario previo al § 29a núm. 12., la multa contra la agrupación se legitima por la imputación a ella del hecho de la persona física que ha actuado, «de un modo semejante a como lo hace el § 31 del Código civil»; según BOHNERT (2010a), § 30 núm. 5, el § 30 OWiG no ofrece «ningún tipo propiamente sancionatorio»; según ROXIN (2006), p. 263 núm. 60 —y en el mismo sentido, MITSCH (2005), p. 165—, la multa contra personas jurídicas es una «consecuencia accesoría» cuyo presupuesto no es ni siquiera la realización de una acción. Además, según el § 30 (5) OWiG, la imposición de la multa a la persona jurídica excluye la aplicación de la confiscación de las ganancias y ventajas obtenidas con el delito o la contravención; una exclusión que solo puede explicarse porque entre los fines de la multa contra personas jurídicas, destaca uno tan ajeno al concepto y a la función de la sanción como es el de privar a la persona jurídica de las ganancias y ventajas ilícitas obtenidas por ella, es decir, que entre otros de sus fines, también cumple las funciones de la confiscación, la cual, como hemos visto (*supra* nota 232), es una consecuencia accesoría desprovista del carácter y de los fines de una sanción en sentido estricto; véase a este respecto, Véase ROGALL (2014), comentario al § 30 núm. 18; BOHNERT (2010a), § 30 núms. 41-43; EL MISMO (2010b), p. 39; GÖHLER/GÜRTLER (2012), § 30 núm. 37; ROSENKÖTTER (2011), p. 197 núm. 400; MITSCH (2005), pp. 167 y 171.

234 En el Derecho francés goza de gran tradición la figura denominada como *responsabilité pénale du fait d'autrui*, y también como *responsabilité du chef d'entreprise*, la cual, pese a su denominación, y según la doctrina francesa, no es más que una clase de responsabilidad *civil* del jefe o del encargado de la empresa, que opera como garantía de la ejecución de la pena de multa impuesta al autor material de la infracción; véanse los clásicos trabajos de CARTIER (1977), pp. 46 s. y BONNARD (1978), pp. 12 ss. Lo mismo cabe decir respecto de la llamada *responsabilità per fatto altrui* del Derecho italiano; véase el clásico trabajo de PETTOELLO MANTOVANI (1962), pp. 23 y 51 ss. Sobre estas figuras, véase GRACIA MARTÍN (1985), pp. 49 ss. A este modelo de responsabilidad respondía el deber de pago por la persona jurídica, de la multa impuesta a la persona física autora del delito, que establecía el derogado apartado 2 del art. 31 CP; véase, en el mismo sentido, ALASTUEY (2006), pp. 632 s.; también SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA (2006), pp. 11 s. y 20 ss.; GRACIA MARTÍN (2008), pp. 818 ss.

235 Véase por ejemplo MEIER (2007), p. 270.

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

la conminación penal y sancionatoria²³⁷. La prevención secundaria es la que se pretende producir por medio de la intervención en situaciones y lugares con riesgos reconocibles de criminalidad, y son medidas típicas al efecto 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 peligros²³⁸. A este plano pertenecen las llamadas medidas de *prevención situacional del delito*, consistentes en acciones tendentes a bloquear o disminuir las *oportunidades* y las ocasiones 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 repertorio²³⁹. 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; a este plano pertenecen precisamente, y solo, las medidas penales (penas y medidas de seguridad)²⁴⁰, y en mi opinión, todas las sanciones de cualquier especie porque materialmente son penas y por ello tienen también los mismos fines de prevención terciaria (general y especial) que las penas criminales.

c) 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 deciden no realizarlo, o sea porque aun estando decididos no tienen oportunidad ni ocasión de hacerlo²⁴¹. A tales efectos pueden resultar idóneas en mayor o en menor grado muy diferentes y variadas medidas de intervención en objetos asimismo muy diferentes y variados, y a estos objetos podemos diferenciarlos 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 naturales²⁴², y por otro lado *personas*. 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 *aseguramiento* de cosas, situaciones y procesos potencialmente peligrosos, y por medio de la *policía* de defensa frente a peligros, y finalmente una *terciaria* por medio del *castigo* a personas. Con esto hemos llegado a un momento decisivo para la solución de la cuestión relativa a la naturaleza de las consecuencias accesorias (y también de las llamadas penas aplicables a personas jurídicas). Y como a veces resulta conveniente iniciar una argumentación con obviedades rayanas con la gedeonada, podemos decir ya que de lo expuesto hasta aquí resulta palmario que el mero hecho de que una consecuencia jurídica esté orientada a la prevención del delito y de que produzca o pueda producir efectivamente ese efecto, por sí solo no dice aún absolutamente nada acerca de su naturaleza jurídica, y especialmente 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 absoluto²⁴³. Desde ya mismo 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 penales ni sancionatorias, y que estos caracteres, por tanto, los tienen únicamente las correspondientes al plano de la prevención terciaria por medio del castigo a personas. Sólo puede ser prevención específicamente *penal* (y sancionatoria) la que se persiga mediante un *castigo* a personas, es decir, exclusivamente por medio de intervenciones estatales coactivas directas en un sujeto humano cuyo sentido se agota en la irrogación de un mal a este, y no obstante aún debemos matizar esto. Pues sin duda hay intervenciones estatales coactivas que pese

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

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

239 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*.

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

241 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.

242 Así SCHÜNEMANN (2014), pp. 2 s., 4 y 11.

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

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 administrativa a personas²⁴⁴, sin embargo tampoco son penas ni sanciones por la simple razón de que las mismas operan en el plano de la prevención secundaria y al mismo nivel que otras que recaen en cosas, situaciones y procesos naturales o sociales sistémicos. Por lo tanto, el dato que diferencia específicamente a la prevención penal de otras formas de prevención es que el sentido de las medidas e intervenciones con que se trata de realizar aquella se agota en la irrogación de un mal al sujeto humano a quien se aplican. En todo caso, se puede afirmar ya con seguridad y certeza que del concepto de consecuencia penal y sancionadora quedan excluidas todas aquellas medidas de intervención en un objeto distinto a un ser humano (no a una *persona*).

d) En efecto, 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, y en estos casos concretamente, de la distribución de perjuicios, daños y riesgos, y precisamente aquí no

entra en consideración el ser humano empírico, sino la *persona*, y esta no como sujeto, sino solo como *objeto* de la distribución²⁴⁵. 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 (y en su caso, una compensatoria), se muestran todos como *objetos análogos* desde el punto de vista valorativo de la distribución; aquí, las *personas* sobre las que se interviene no son sujetos, sino solo *objetos* de la intervención con las medidas correspondientes orientadas a aquellos fines²⁴⁶, y por esta razón, estas medidas, a cuyo género pertenecen inequívocamente todas las especies de consecuencias accesorias del delito, 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*²⁴⁷, e incluso una *social* en un sentido muy amplio y genérico, de carácter objetivo y con muy diversos contenidos y fundamentos —por ejemplo por el padecimiento de enfermedades contagiosas o la de la Administrativa por actos administrativos que suponen una desviación de poder²⁴⁸—, y a la cual se debe hacer frente con actos coactivos que no tienen ningún carácter de sanción²⁴⁹. Por otra parte, tampoco

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

245 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». Sobre las normas de distribución, véase JOSEPH ESSER (1949), pp. 136 ss., especialmente 138 s.; ARMIN KAUFMANN (1954), pp. 70 s., 127 y 264 ss.; y GRACIA MARTÍN (1985), pp. 408 ss.; EL MISMO (1996a), pp. 64 ss.; y EL MISMO (2006b), pp. 84 ss.

246 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.

247 Véase Kelsen (1979), pp. 169 s., 193 s. y 195; y EL MISMO (1995), p. 123.

248 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.

249 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 correspon-

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. Por todo esto, si bien un sujeto incapaz de acción puede —y en determinadas circunstancias *debe*— ser responsable, su responsabilidad no puede ser más que una objetiva de carácter solo *patrimonial* o *social* por un resultado, y nunca una *personal* por una conducta²⁵⁰. Cuando el autor de la infracción es también responsable (por su propio hecho), su responsabilidad es doblemente *personal* y *patrimonial*, y es a la vez *sujeto* de una sanción y *objeto* de otra 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*²⁵¹, 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 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 patrimonial²⁵².

e) Especialmente cuando se *imputa* el deber *objetivo* de hacerse cargo (de responder) de las consecuencias de una infracción a un sujeto distinto del infractor, para que las satisfaga de algún modo —incluso simbólico—, *porque* es contemplado como centro o punto final de la imputación objetiva de acuerdo con las normas de distribución, es decir, como «responsable»²⁵³, aquel no es considerado 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 jurídica²⁵⁴, como por ejemplo una comunidad de bienes²⁵⁵. Pues toda «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»²⁵⁶. Y si bien KELSEN entiende que a la persona jurídica —como a cualquier otro ente u objeto sin per-

dientes 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.

250 Véase KELSEN, igual que en nota anterior.

251 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*».

252 Véase HUERGO (2007), p. 380.

253 Cfr. *supra* apartado 6 de este mismo epígrafe; y con numerosas referencias doctrinales, véase GRACIA MARTÍN (2014b), pp. 68 ss.; EL MISMO (2015), pp. 216 ss.; y EL MISMO (2016b), pp. 80 ss.

254 Véase KELSEN (1923), pp. 145 s. y 159: «la imputación, para la cual la acción o la omisión singulares conformes o contrarias a Derecho son solo puntos de transición, busca —hablando en términos figurados— un punto final en el interior del hombre: *esta construcción que funciona como punto final de la imputación pensado en el interior del hombre no es nada distinto a lo que la terminología de la ética y de la jurisprudencia denomina “voluntad”*» (pp. 145 s. y 159). Sin embargo, ese punto final de la imputación que es la voluntad no tiene por qué localizarse necesariamente en el interior del hombre, porque no es necesario que coincidan la unidad zoológica-psicológica hombre y la unidad ético-jurídica persona, y por esto la norma puede a su arbitrio otorgar la cualidad de la voluntad o de persona a algo distinto a un hombre individual o, por el contrario, no atribuírselas a un hombre individual (pp. 145 s.); véase en el mismo sentido RECASENS (2008), pp. 270 ss.; y LEGAZ (1975), p. 732; y en sentido similar FERRARA (2006), pp. 238 s., 247 y 249 y 256, donde dice que es equivocado definir a la persona como un ente orgánico y consciente porque esto es confundir «persona con individuo humano» (p. 238), pues la persona es «una categoría jurídica, que por sí no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en el investido» (p. 239); «la personalidad es una *forma jurídica*, no un *ente en sí*» (p. 256).

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

256 Véase KELSEN (1995), p. 80.

sonalidad jurídica²⁵⁷— 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 como «penas» patrimoniales y entiende *análogas* a las sanciones civiles²⁵⁸, las cuales, y teniendo en cuenta las precauciones que debemos adoptar siempre ante la terminología de KELSEN, no son penas ni sanciones. Pues «cuando la sanción consiste en la privación coactiva de valores patrimoniales» —dice KELSEN—, «responde el individuo, que tiene la disposición de su patrimonio y contra el cual se dirige el acto coactivo, *con su persona*; y el individuo, que es sujeto de los derechos subjetivos en que el patrimonio consiste, *con su patrimonio* sobre el cual se cumple (*solo*) la *ejecución forzosa*»²⁵⁹. 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; (y) en tanto la asociación (sea) vista como sujeto titular de ese patrimonio, puede decirse que *la asociación responde (exclusivamente) con su patrimonio*»²⁶⁰. 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*²⁶¹ (o según el caso, *social* en el sentido

antes definido). 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 JAKOBS apodícticamente, «no tiene absolutamente nada que ver con una *pena*»²⁶²... (y) para evitar confusiones, no se debería bautizar con el nombre de *pena*»²⁶³.

f) Después de lo dicho, debería estar tan claro como el agua cristalina de un manantial pirenaico aragonés, 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 como el descrito más atrás, 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 poetas²⁶⁴ y artistas²⁶⁵, de «metáforas»²⁶⁶, o de «ocurrencias»²⁶⁷. Ninguna consecuencia penal o sancionatoria puede tener como fin primario e inmediato la intervención en una persona como *objeto*, sino exclusivamente la intervención en un *sujeto humano*. Por consiguiente, para determinar la naturaleza sancionadora de una medida tiene que

257 Cfr. *supra* nota 254.

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

259 Véase KELSEN (1979), p. 194.

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

261 Véase KELSEN (1979), p. 195.

262 Véase JAKOBS (2002), p. 573.

263 Véase JAKOBS (2002), p. 574.

264 En concreto, VAREILLES-SOMMIÉRES (1919), p. 480, quien ironizó sobre la cuestión diciendo que «la teoría de la persona real natural enseña, *sin provocar la risa (sin caer en el ridículo)*, que la persona moral puede cometer delitos y sufrir castigos, se le puede infligir caducidad, multa y aun la pena capital», si bien —apostilló— «la pena suprema tiene aquí la ventaja de no ser sangrienta, ni herir la sensibilidad de los espectadores», para terminar su ironía con la observación de que «en verdad los jurisconsultos aventajan a los poetas en imaginación y en invención»; también FERRARA (2006), pp. 159 s.

265 Así FERRARA (2006), pp. 146, 156, 157 y 159 s., quien además de hacer suya la ironía de VAREILLES-SOMMIÉRES descrita en nota anterior (pp. 156 y 157), 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.).

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

267 Véase SCHÜNEMANN (2001b), p. 211, donde se refiere a la circularidad de una Dogmática que vive de la «ocurrencia».

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 objeto *análogo* a los de las medidas de prevención secundaria (y en su caso compensatorias), entre los cuales también se encuentra él mismo, pero contemplado solo como objeto 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.

9. A estas alturas, debería estar ya mucho más que claro, y resuelto total y definitivamente, que para fundamentar la naturaleza penal de una consecuencia jurídica no son razones suficientes ni el cuerpo legal en que se regule²⁶⁸, ni su contenido consubstancial o eventualmente gravoso²⁶⁹, ni tampoco su aplicación en un proceso penal por un juez penal en una sentencia penal²⁷⁰. Una

privación de libertad puede ser una pena, una medida de seguridad, o una medida procesal cautelar, e incluso también un efecto de un acto de coacción o compulsión administrativas²⁷¹, y una multa puede ser una sanción penal o administrativa, y también una medida coercitiva²⁷². Lo que defina a una pena y a una sanción en general tiene que ser algún dato o circunstancia específicos que no estén presentes en las demás consecuencias con las que puedan compartir determinados aspectos o elementos como los que acaban de describirse u otros. La naturaleza jurídica de una consecuencia, y en particular la de las penas y sanciones, no puede determinarse por su *contenido* exclusivamente, 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, las cuales desde luego, pueden condicionar en parte su contenido²⁷³, 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. En su

268 La responsabilidad civil es un exponente claro de ello: está regulada en el Código penal, pero es inequívocamente *civil*.

269 Véase KELSEN (1979), pp. 53 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».

270 Véase por ejemplo CIGÜELA (2015), p. 364 y nota 29, y recuérdese de nuevo el ejemplo de la responsabilidad civil

271 Véase de nuevo KELSEN (1979), pp. 53 ss.

272 Por esto, no me parece asumible en una parte la *generalizada* «identidad» que establece BACIGALUPO ZAPATER (2005a), p. 57, entre multa administrativa (*Geldbusse*) y multa penal (*Geldstrafe*). Sin duda, BACIGALUPO tiene toda la razón en que ambas son iguales y sólo cabe ver en ellas diferencias de grado, es decir, de carácter cuantitativo o de gravedad, pero esto será así sólo cuando la multa administrativa —al igual que la penal— sea la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho *constituido* por la «culpabilidad del infractor». Si la multa administrativa es la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho del que está ausente la culpabilidad del infractor —y del que también podría estar ausente incluso una «acción» del multado, en cuyo caso el supuesto ni siquiera sería una infracción—, entonces ya no puede verse ninguna «identidad» o «igualdad» —ahora ya en sentido «cualitativo»— entre la multa administrativa y la penal. Pues en tal caso, la similitud entre aquellos dos tipos o clases de multa, es sólo y meramente externa o fáctica —ambas consisten en el «pago» de una suma pecuniaria—, pero ya no hay similitud o identidad «cualitativas» ni de «significado», sino diferencias materiales o substanciales que ya vienen dadas por las diferencias asimismo substanciales existentes entre los respectivos «supuestos de hecho» de la multa penal —la realización culpable de una acción antijurídica— y de la multa administrativa —otro distinto del que está ausente la culpabilidad e incluso una acción—, diferencias en los supuestos de hecho que además tendrán su reflejo también en los diferentes *fines específicos* de la una y de la otra; en este sentido, véase HUERGO (2007), p. 228; ROBLES PLANAS (2011), p. 9; ROXIN (2006), p. 263, quien considera que la multa contra personas jurídicas prevista en el § 30 OWiG tiene la naturaleza jurídica de una «consecuencia accesorias» (*Nebenfolge*) para cuya aplicación no es precisa ni siquiera una «acción»; véase también GEIGER (2006), pp. 24 ss., 68, quien observa al respecto que «en el Derecho penal y de contravenciones vigente, existen cuatro sanciones distintas que disponen la intervención sobre un derecho fundamental en la forma de "pago de dinero", que unas veces se imponen independientemente (*allein*), y otras junto a la pena correspondiente a la culpabilidad, y a las cuales se atribuye una naturaleza jurídica diferenciada» (p. 24) a pesar de que el modo de intervención en el derecho fundamental es «idéntico» en «todas las sanciones de pago de dinero» (p. 68). Sobre la congruencia o correspondencia entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, *cfr.* lo expuesto *supra* V.9, con citas de ENGISCH, y de nuevo GEIGER (2006), pp. 64 ss. 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.

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

magistral investigación, HUERGO ha destacado como esenciales del concepto de sanción administrativa determinados rasgos o caracteres que, sin duda, tienen que ser esencialmente idénticos para la pena²⁷⁴, pues ésta y la sanción administrativa no son más que especies del género sanción²⁷⁵, y aparte de que entre ellas no existen diferencias cualitativas, sino solo de gravedad²⁷⁶, *materialmente* la sanción administrativa es también una pena²⁷⁷.

10. Toda sanción tiene y debe tener necesariamente como presupuesto una *infracción*, y esta solo puede consistir en la realización de una *acción u omisión ilícitas*²⁷⁸, es decir, en una conducta violatoria de un *deber de conducta* establecido por una norma jurídica. 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 otro²⁷⁹; y *se responde* de un comportamiento contrario a derecho. Pero así, en relación a esto, hay que distinguir entre «obligado» y «responsable»²⁸⁰. Porque uno puede ser *responsable* de una determinada conducta propia, pero también puede serlo por la conducta ajena²⁸¹. Por

esto, hay que distinguir claramente entre el *sujeto de la infracción* y el *responsable*. 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. 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 humano²⁸². 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 realización de una conducta, 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 norma²⁸³ e independientemente de las conexiones causales y teleológicas (psíquicas) existentes en la realidad²⁸⁴. El «sujeto de la imputación» (*responsable*) no es el ser humano, sino la *persona*²⁸⁵, y esta

274 Véase la cita de HUERGO hecha *supra* en nota 52.

275 Véase en este sentido CEREZO MIR (2004), p. 29: «la pena es una especie del género sanción jurídica; es la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico».

276 Véase en este sentido CEREZO MIR (2004), pp. 55 s. A este respecto, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la mayor gravedad de las penas en general no significa que no pueda haber —como efectivamente hay— sanciones administrativas de mayor gravedad que algunas penas en ciertos casos; el Derecho penal criminal es un *orden* punitivo de mayor gravedad, no uno de mayor gravedad *en cada caso* concreto; véase en este sentido, ZAFFARONI (2002), p. 180. Y por la misma razón, como advierte HUERGO (2007), pp. 237 s., también puede haber y hay medidas administrativas no sancionadoras que, sin embargo, son de mayor gravedad que una sanción en su contenido.

277 Cfr. las citas de ZAFFARONI y de mí mismo en ese sentido *supra* en nota 230.

278 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».

279 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; EL MISMO (1995), p. 80.

280 Véase Kelsen (1979), pp. 133 s.; EL MISMO (1995), p. 80.

281 Véase Kelsen, igual que en nota 279.

282 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, Horizonte, pp. 214 ss., con una detallada crítica de la tesis de que sea la «persona» el sujeto de la imputación en el Derecho penal; véase además EL MISMO, Foro FICP 2014-2, pp. 68 ss., y EL MISMO, Foro FICP 2015-2, pp. 216 ss.

283 Véase Kelsen (1923), p. 75.

284 Véase Kelsen (1923), p. 72.

285 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). Sobre todo esto, cfr. además *supra* nota 254 e *infra* nota 368.

podrá ser un ser humano, pero también cualquier otro ente no humano²⁸⁶. 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 todo acto coactivo que no tenga aquella condición²⁸⁷. 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.

11. 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 una infracción que ha cometido *él mismo* por medio de una acción u omisión *propias* con las que ha contravenido así el *deber* a cuyo cumplimiento estaba obligado por la norma jurídica que infringió²⁸⁸. 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 conducta²⁸⁹, como modo coactivo

específicamente *retributivo*²⁹⁰, también exclusivamente, de su responsabilidad *personal*²⁹¹. 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 cómo 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 coactivos en última instancia a los cuales denominamos en general consecuencias jurídicas. Como ya vimos, 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 siendo²⁹². Ahora bien, para realizar este reemplazo será totalmente suficiente y satisfactorio con un restablecimiento del deber ser jurídico mediante la aplicación *a posteriori* de las medidas reactivas adecuadas para reponerlo en principio con indiferencia

286 Véase FERRARA, como *supra* en nota 254.

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

288 KELSEN (1994), pp. 153 ss. distingue 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 personal). 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.

289 Véase en este sentido 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» (pp. 231 s.).

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

291 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.; y *cfr.* lo dicho *supra* en nota 272 sobre la naturaleza de la multa en función del uso que se haga de la misma. Por lo demás, como advirtió 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); y además tiene que estar fuera de duda que la multa es un instrumento mediante el cual 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 sin duda una merma o pérdida de calidad de vida; véase GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 176 s.; y por otro lado, como advirtió 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.; también GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 192 s.

292 *Cfr. supra* V.9.

hacia la causa determinada que causó el estado que no debió ser y no debe continuar siendo, la cual tendrá que ser abstraída a tal efecto. Pero si más allá de un restablecimiento del deber ser, lo que se quiere es —como parece lógico— reaccionar adicionalmente también 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 para causar esos estados, y para esto el Derecho tendrá que disponer de medidas reactivas adecuadas contra esas causas, que tendrán que consistir en una intervención en ellas que neutralice o disminuya su potencial de causar estados indeseados que no deben ser, y que tendrán que utilizarse aplicándolas cuando sea necesario no solo contra las que ya han producido realmente algún estado indeseado, sino también contra las que aún no han producido ninguno pero podrían producir alguno o varios.

b) Si se acepta lo explicado, de ello se tienen que deducir por sí mismas algunas decisivas conclusiones.

Las medidas cuyo fin sea el restablecimiento del deber ser no pueden tener nada más que *finalidades* reparatorias, reparadoras y compensatorias de estados indeseados que no deben ser, sin que a este respecto importe en principio cuáles hayan sido la causa o las causas que los han producido²⁹³; 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 para su aplicación ni tampoco para la determinación de su medida²⁹⁴. Estas consecuencias jurídicas no pueden tener en absoluto el carácter ni la naturaleza de sanciones²⁹⁵. Los fines *esenciales* de las medidas reactivas a *causas* que aún no han producido realmente ningún estado que no deba ser, pero *podrían* producir alguno o varios, serán bloquear o neutralizar a tales causas antes de que inicien un curso causal en dirección a producirlos, 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

293 Véase GRACIA MARTÍN (2006b), pp. 88 ss. y 91 ss.

294 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 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.

295 Véase GRACIA MARTÍN (1996), pp. 65 y 71; EL MISMO (2006b), pp. 94 s.

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 sanciones²⁹⁶. 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, sustentada en su conocimiento y motivable por este²⁹⁷. Fines esenciales de las sanciones serán²⁹⁸, 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 las consecuencias jurídicas que persigan estos fines y de estos modos específicos pueden tener naturaleza de sanciones, pero esta afirmación precisa aún de algunas aclaraciones que hago a continuación.

12. Si, como es obvio, 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, 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 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 sancionadores²⁹⁹. 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, y solo podrán ser tales *algunas*, a saber: únicamente aquellas que persigan esos fines, sí, pero no de cualquier modo, sino solo de alguno *específico y diferente* al de las demás que también los persiguen. Por otra parte, ninguna intervención en el penado o sancionado porque cometió un delito o una infracción por medio de la realización de su voluntad antijurídica puede tener ya ningún efecto sobre lo ya causado por él así. 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 son típicos de la prevención *primaria* y de la *secundaria*, y estos, como vimos, también se persiguen por otros medios distintos de aquella intervención, por ejemplo mediante la socialización de los que aún no han delinquido, y especialmente con medidas de policía³⁰⁰, 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 aquellas que persigan esos fines, sí, pero no de cualquier modo, sino de alguno *específico y diferente* al de las demás que también los persiguen. 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 de-

296 Véase GRACIA MARTÍN (1996), pp. 71 s.

297 Véase GRACIA MARTÍN (2006b), pp. 95 ss.

298 Véase GRACIA MARTÍN (2006b), pp. 190 ss.

299 Cfr. *supra* apartado 8.b) de este epígrafe.

300 Cfr. *supra* apartado 8.b) de este epígrafe.

terminar 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 el alcance que le sea posible, 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*³⁰¹. 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 concurre tal característica específica y *diferencial* serán y podrán denominarse propiamente *sanciones* en sentido estricto.

14. Si se tiene en cuenta, pues, que el término «prevención» es multívoco y polisémico³⁰², tendrá que entenderse que cuando se dice de una medida que está orientada a la producción de efectos preventivos, generales o especiales, 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 ella. 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. Así pues, una medida preventiva tendrá el carácter y la naturaleza de pena o de sanción en sentido estricto, solo si el modo específico en que se trata de realizar su finalidad preventiva consiste en el *castigo* a un *sujeto*, y *solo* a un sujeto que ha cometido él mismo con su *propia* conducta un delito o una infracción. 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* al sujeto penado o sancionado por el hecho que ha realizado él mismo³⁰³. 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, objetivos a alcanzar por medio de ellas³⁰⁴, que si empíricamente llegan a realizarse harán patente su 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, y que supone para él un mal, una aflicción o un perjuicio³⁰⁵. Ya solo por esto, de-

301 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*.

302 Cfr. *supra* VI.8.b).

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

304 Véase GRACIA MARTÍN, como nota anterior.

305 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

bería 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 consecuencia jurídica que se aplique a un ente distinto de un ser humano, y esto es así por muchas finalidades preventivas que se persigan y puedan realizarse con ella, como efectivamente se persiguen, y hasta podrían realizarse efectivamente, aunque esto, como ya vimos, sea mucho más que dudoso³⁰⁶. 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 en ningún caso especialmente la de consecuencias penales y sancionatorias. Que puedan producir efectos de prevención del delito es una cosa, pero que esos 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 con-

secuencia 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 así terminan produciendo muy graves consecuencias³⁰⁷, como por ejemplo a 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 efectivo³⁰⁸. 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»³⁰⁹, 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»³¹⁰. Pero así —parafraseando ahora a ZAFFARONI—, se acabará proponiendo finalmen-

medida cuando la conducta a cuya comisión va ligada se encuentra inequívocamente tipificada como infracción» (p. 235); «el criterio de distinción (...) coherente con la noción de sanción como un castigo o retribución de una conducta ilegal, no está relacionado con la gravedad del mal o consecuencia jurídica desfavorable que se le impone al particular» porque «es perfectamente posible que un mismo hecho (por ejemplo la construcción de un edificio ilegal) dé lugar a una sanción (multa) y a una medida de restauración de la legalidad (demolición) que no es una sanción pero cuyas consecuencias económicas pueden ser mucho más graves» (pp. 235 s.), y por esto, extender «el concepto de sanción con el criterio de la gravedad, de forma que incluya toda medida administrativa cuyos efectos sobre su destinatario sean equiparables a los de una sanción, es insatisfactoria por ilógico, 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).

306 Cfr. *supra* apartado 7.b) de este mismo epígrafe.

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

308 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 ... 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 (2014), pp. 14 s. En sentido parecido, para el Derecho sancionador administrativo, véase HUERGO (2007), 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» (pp. 238 s.).

309 Véase SCHÜNEMANN (1971), p. 38 (cursivas del propio SCHÜNEMANN).

310 Véase SCHÜNEMANN (1971), p. 37 (cursivas del propio SCHÜNEMANN).

te 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*»³¹¹. 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 consecuencias accesorias, no es prevención *penal*, y por esto aquellas no pueden ser consecuencias penales ni típicas de ningún Derecho sancionador.

14. La doctrina que afirma una naturaleza penal de las consecuencias accesorias y de las aplicables a personas jurídicas, les niega la de penas *porque* aquellas no tendrían su fundamento ni en una acción ni en una culpabilidad del ente al que se aplican³¹². Pero así, esta doctrina se tiene que derrumbar completamente ya por esa sola razón, pues es insostenible de raíz afirmar que pueda haber alguna consecuencia penal que no tenga como presupuesto una infracción cometida por el mismo sujeto al que se le aplica. Esta doctrina debería explicar cómo es posible que tengan naturale-

za penal unas consecuencias jurídicas enlazadas a un supuesto de hecho que no está constituido y definido nada más que por un mero estado de cosas que indudablemente es objetivamente antijurídico, sí, pero que se lo mire por donde se lo mire, ni en lo más remoto es ni podría ser una *infracción* de ninguna clase o especie. Pero todavía se muestra más enigmático el hecho de que esta doctrina enlace consecuencias jurídicas de naturaleza penal a un supuesto de hecho en el que, como ella misma lo afirma, y con razón, porque no puede ni podría ser de otro modo, no solo no están presentes en absoluto el dolo o la imprudencia como elementos de lo injusto, sino que también está completamente ausente la *culpabilidad*, reconociendo así, y además proclamándolo sin rodeos de un modo claro y expreso, que pueda haber sanciones que aunque no sean penas, sin embargo sí son penales, y ello no obstante, no tienen a la culpabilidad como presupuesto necesario³¹³. Si *solo a efectos dialécticos* admitiéramos hipotéticamente que un ente distinto de un ser humano pudiera cometer infracciones, y que solo le falta la capacidad de culpabilidad³¹⁴, entonces los representantes de esta doctrina deberían explicar cómo resulta posible que haya consecuencias nada menos que penales sin culpabilidad y que las llamen así³¹⁵. Como suele suceder con todo aquello que se desvía de lo establecido y vigente, contradiciéndolo en un grado supino, la cuestión de si puede reconocerse naturaleza penal y sancionatoria a unas consecuencias jurídicas como las accesorias y las aplicables a personas jurídicas, que no tienen a la culpabilidad del infractor como presupuesto necesario, es una que representa para la Ciencia del Derecho penal un estrambote de tal magnitud³¹⁶, que sin la menor duda apunta hacia un regreso al Derecho de los pueblos primitivos, que

311 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).

312 Véase en este sentido, por ejemplo, LUZÓN PEÑA (2016), pp. 144 ss. y 495 s.; FEIJÓO (2015), pp. 38 ss.

313 Véase por ejemplo FEIJÓO (2015), p. 38.

314 Esta fue la tesis que mantuvo, por ejemplo, SÁINZ CANTERO (1990), p. 482: «si la falta de capacidad de acción es discutible, no se puede siquiera poner en tela de juicio que les falta capacidad de culpabilidad y de pena».

315 Véase en sentido parecido GRECO (2015), pp. 515 ss.

316 Aunque para mí personalmente, es decir subjetivamente conforme a mi visión del mundo y de las cosas, el término estrambote tiene un significado crítico, objetivamente no tiene por qué tenerlo e incluso puede tener bajo circunstancias uno contrario, pues en la técnica literaria, un estrambote —del italiano *strambotto*— es una serie de versos *libres* —sin rima— que se ubican como remate al final de un poema de estructura *fija* —por ejemplo de un soneto—, pudiendo incluso desviarse de la trama del poema, tal y como lo hacía de vez en cuando Cervantes, por ejemplo en algunos versos de su pieza teatral *La Entretenida*. Por esto, bien podríamos ver a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a las «penas» o sanciones «penales» para ellas como un estrambote jurídico *per analogiam*, y no solo jurídico penal sino en relación con la armonía de la totalidad del ordenamiento jurídico, de la Ciencia jurídica en general y de todas las Dogmáticas jurídicas sectoriales.

no conocieron más consecuencias jurídicas que las de naturaleza penal hasta que el progreso civilizatorio diferenció de ellas a las de carácter civil³¹⁷. Ante esto, o bien logramos derrotar al estrambote, y depuramos así las aguas de la Dogmática jurídico penal de las impurezas que las contaminan; o bien, como se puede presagiar que sucederá finalmente a causa tanto del escandaloso avance de la colonización de nuestros sublimes sistemas jurídicos continentales por el nefasto angloamericano³¹⁸, como del reinante y cada vez más vigoroso solipsismo jurídico penal que gusta de las modas, el estrambote logrará imponerse, si es que no lo ha logrado ya, y así nos veremos irremisiblemente arrastrados hacia lo que RICARDO ROBLES, ha denominado como «una involución monumental en nuestra cultura jurídica»³¹⁹, y con esto, hacia una aniquilación de la Ciencia jurídica en general, y de la jurídico penal en particular, las cuales perderán su estatuto científico y se transformarán en simples tópicos de soluciones improvisadas *ad hoc*, a las que por mucho que se las quiera ver como expresión de una «nueva Dogmática», y se quiera verlas como construcciones dogmáticas, no podríamos dejarlas de ver como lo que realmente son, a saber, e invocando para esto acertadas palabras una vez más de BERND SCHÜNEMANN, como productos de una «Dogmática que solo vive de la ocurrencia»³²⁰.

VII. CRÍTICA DE LA TESIS QUE ATRIBUYE NATURALEZA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD PENALES A LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

1. Como vimos, con anterioridad a la reforma de 2010, SILVA SÁNCHEZ formuló una tesis conforme a la cual las consecuencias accesorias para personas jurídicas previstas en el art. 129 CP tendrían la naturaleza de *medidas de seguridad*³²¹, y después de aquella reforma, tras negar expresamente que sean penas en todo caso las consecuencias de los apartados b) a g) del art. 33.7, que el Código llama «penas aplicables a las

personas jurídicas», afirma que su naturaleza jurídica es la propia de las medidas de seguridad, pues sus fines son los de la prevención especial orientada a la incoincidencia y, excepcionalmente, a la resocialización³²². Aunque no se haya pronunciado expresamente sobre las consecuencias accesorias que han quedado en el art. 129 CP tras la reforma de 2010, parece muy probable que entienda que su naturaleza sea la propia de las medidas de seguridad también en la nueva situación legal. Ciertamente no suscribo esta tesis de SILVA *en todo*, pero el motivo no es que me parezca incoherente como las anteriormente criticadas, porque nada de esto puede predicarse en absoluto de una tesis totalmente bien fundamentada como la suya y que además resulta plausible en algunos puntos fundamentales. Si no la suscribo es debido a mi desacuerdo con la concepción de SILVA sobre el fundamento de las medidas de seguridad que está en su punto de partida, y por esto, lógicamente, también con el de llegada, condicionado por —y absolutamente coherente con— el de partida, de atribuir la naturaleza de medidas de seguridad *penales* a las consecuencias que nos ocupan. En opinión de SILVA, como ya expuso en su estudio de las consecuencias accesorias antes de la reforma de 2010, el presupuesto de las medidas de seguridad, al menos el de las aplicables a inimputables, no estaría constituido por ningún injusto personal, sino por un injusto puramente *objetivo* totalmente desligado de los factores subjetivos del acto humano y producido por éste sólo de un modo causal-mecánico, es decir, un injusto que no resultaría de la infracción de ninguna norma de *determinación*, sino únicamente de la lesión de la correspondiente norma de *valoración*. Y si esto es así, entonces ya no hay impedimento alguno para configurar a las consecuencias jurídicas aplicables a personas jurídicas como medidas de seguridad penales precisamente porque —igual que los inimputables— también aquellas realizarían un injusto *penal* objetivo constituido por su *estado* o *situación* objetivos contrarios a la norma de *valoración* correspondiente³²³. SILVA ha generalizado después esta

317 Véase Kelsen (1995), p. 58: «el Derecho más antiguo era exclusivamente penal; más tarde se hizo un distingo por lo que toca a la sanción: además del castigo apareció una sanción civil específica, la ejecución forzada o privación coactiva de la propiedad con el propósito de establecer una reparación, es decir, una compensación por los daños causados ilegalmente; (y así) entonces se desarrolló el derecho civil al lado del penal».

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

319 Véase ROBLES PLANAS (2011), p. 15.

320 Véase SCHÜNEMANN (2001b), p. 211, donde habla de la circularidad de una Dogmática que vive de la «ocurrencia».

321 Cfr. *supra* II.3. y nota 28.

322 Véase SILVA SÁNCHEZ (2013), pp. 32 s.; EL MISMO (2015), pp. 353 s.

323 Véase SILVA SÁNCHEZ (2001), pp. 344 s.

diversificación de lo injusto *penal* en uno personal y en otro objetivo³²⁴, y de aquí ha derivado luego de modo consecuente que las medidas de seguridad *penales* se fundamentarían en un injusto *penal* puramente objetivo consistente en la lesión de una norma de valoración, y que por esto las consecuencias aplicables a las personas jurídicas, aunque el Código las llame penas, no son otra cosa que medidas de seguridad *penales*³²⁵, es decir, serían igual que las consecuencias accesorias tal y como él las entiende.

2. a) Como ya he dicho, no solo suscribo algunos de los puntos fundamentales de la concepción de SILVA, sino que además me resultan muy familiares. Pues la tesis de que el estado de desorganización —que lo será de la *empresa* o de la realidad subyacente a la persona jurídica, es decir, del objeto real que el Derecho le imputa, porque esta no es un ente, sino solo una forma jurídica y no puede estar ni organizada ni desorganizada— constituye un injusto puramente objetivo que supone la lesión de una norma de valoración, la formulé yo mismo expresa y detalladamente así ya en 1994³²⁶. En efecto, como lo escribí entonces, «el supuesto de hecho de la imputación a la persona jurídica y las consecuencias jurídicas que le sean aplicables se sitúan, en mi opinión y según lo expuesto, exclusivamente en el plano de las *normas de valoración* y en modo alguno pueden trascender al plano de las normas de determi-

nación y de las consecuencias jurídicas (sanciones en sentido estricto) que siguen a la transgresión de aquellas»³²⁷. Luego, en la crítica que formulé a las afirmaciones —en particular de TIEDEMANN— de que las personas jurídicas pueden infringir normas porque son destinatarias de ellas, opuse a ellas con apoyo en el concepto de normas distributivas —que son puras normas de valoración— formulado por JOSEPH ESSER, y aceptado por ARMIN KAUFMANN y por mí³²⁸, literalmente que «la persona jurídica *sí* es destinataria de normas, pero (solo) de normas de distribución o si se prefiere de normas de *valoración*», por lo que «todo lo que puede ser imputado a la persona jurídica solo puede estar situado en el sustrato que corresponde a las normas de *valoración*», y por esta razón «las consecuencias jurídicas a este nivel (de las normas de *valoración*, claro está), *no pueden tener el carácter de sanciones*»³²⁹. De este modo, está muy claro que la tesis de SILVA parece muy semejante a la mía en cuanto a la descripción del supuesto de hecho: un *estado* objetivo contrario a una norma de *valoración*.

b) Pero en lo dicho termina mi acuerdo con SILVA en esto, pues lo que ya no suscribo es que un injusto objetivo —la lesión de una norma de valoración— pueda tener cabida en ningún ámbito del Derecho penal ni en el de ningún ordenamiento sancionador —tampoco en el administrativo—, ni por consiguiente, que las conse-

324 Véase SILVA SÁNCHEZ (2014), pp. 3 ss., 12 ss. y *passim*.

325 Véase SILVA SÁNCHEZ (2013), pp. 32 s. y 35 ss.; EL MISMO (2015), pp. 353 s. y 358 ss.

326 En una publicación que aquí estoy citando por la idéntica publicada dos años más tarde, y así lo ha advertido CIGÜELA (2015), pp. 371 ss., nota 59 de p. 371: «también tomando como referencia la teoría de las normas distributivas par explicar la relación entre las personas jurídicas y el Derecho, Gracia Martín, Personas jurídicas, p. 603»; además nota 62 de p. 372.

327 Véase GRACIA MARTÍN (1996a), p. 45; para llegar a esa conclusión, en las páginas precedentes de mi trabajo me ocupé de la cuestión relativa a cuál es el hecho que le es *imputado* objetivamente a la persona jurídica conforme a las reglas de la imputación jurídica, que si bien no las cité expresamente porque las di por conocidas y supuestas, en lo esencial no eran ni podían ser otras que las de la teoría de la imputación formulada por Kelsen, a la cual tengo en gran medida por definitiva y válida sustancialmente para todos los sectores *no sancionadores* del ordenamiento jurídico, mientras que me parece absolutamente inválida para todo y cualquier ordenamiento de sanciones, y a la cual me he visto forzado a citar prolijamente en mis últimas publicaciones sobre la persona jurídica en Derecho penal, por el evidente desconocimiento que se tiene de la misma —o porque se la pasa por alto— en la doctrina que pretende elaborar constructos de responsabilidad penal de la persona jurídica, todos los cuales, sean conscientes o inconscientes quienes los formulan, no pueden ser entendidos de otro modo que como figuras concretas de imputación, pero solo intentadas y fallidas incluso en cuanto tales, porque todas sin excepción, sin duda a causa del completo vacío de teoría jurídica en que están elaboradas y suspendidas, quebrantan y destrozan absolutamente todas las reglas técnico-jurídicas de la imputación jurídica como una de las construcciones más brillantes y monumentales de la Ciencia del Derecho y de la teoría jurídica del Estado. Kelsen desarrolló su teoría de la imputación en sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923), pp. 57-189 (ver referencia completa en la bibliografía).

328 Véase GRACIA MARTÍN (1996a), pp. 64 s.; también ahora apela a esto CIGÜELA (2015), pp. 370 ss., pero dando un salto lógico vertiginoso entiende que las consecuencias aplicables a las personas jurídicas son *sanciones* penales, porque según este autor «el Derecho penal funciona también donde no hay culpabilidad y, por tanto, pierde cierta unidad sistemática». Pero esto último, como se tiene que deducir de todo lo dicho aquí, lo considero ya absoluta y radicalmente insostenible, porque partiendo de unas premisas correctas, CIGÜELA no acierta a ver que para los resultados a los que llega, la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del administrativo ya han construido y formulado desde hace mucho tiempo las figuras dogmáticas adecuadas a ellos, y que el Derecho penal no podría asimilarlas de ningún modo.

329 Véase GRACIA MARTÍN (1996a), p. 65.

cuencias jurídicas que deban seguir a la realización de un injusto puramente objetivo puedan ser de naturaleza y fines penales ni sancionatorios de ninguna especie³³⁰. Como queda dicho, a la persona jurídica —exactamente igual que a la *física*— se le puede «imputar» un injusto puramente objetivo, es decir, obviamente desprovisto de todo elemento o circunstancia de carácter subjetivo, y al cual el ordenamiento jurídico asocia y hace seguir alguna consecuencia jurídica correspondiente, es decir, *análoga* a tal especie de injusto objetivo³³¹. En la imputación —dice Kelsen— se lleva a cabo una eliminación de la voluntad psicológica del sujeto que ha obrado, pues «no se detiene en el individuo que obra físicamente, sino que pasa por encima de él», y por esto «eliminar la “voluntad” significa, simplemente, no situar el “punto de imputación” en el individuo mismo, sino fuera de él»³³². Según esto, un injusto puramente objetivo no puede ser en ningún caso un injusto *penal*, sino uno independiente de toda actividad o acción humanas que se identifica con estados o situaciones de hecho objetivamente no conformes con el deber ser jurídico, y que se han podido producir incluso por las fuerzas de la naturaleza o que han sido en gran medida determinados por procesos sociales sistémicos. Ya BINDING denominó a estos estados como situaciones de «contrariedad al ordenamiento jurídico» (*Rechtsordnungswidrigkeit*)³³³, y tras el curso posterior de la evolución histórica del concepto de lo injusto, difícilmente podría admitirse un injusto *penal* puramente objetivo desprovisto de todo elemento subjetivo. Baste recordar el hecho histórico de que la adscripción de elementos subjetivos de la conducta a lo injusto *penal* tuvo lugar como una necesidad dogmática y sistemática en razón de que sin el examen y la comprobación de aquellos, no sería posible distinguir entre lo ilícito penal y lo ilícito civil, dado que lo injusto puramente objetivo en algunos delitos (hurto, injurias, etc.) en su manifestación externa es idéntico a lo injusto civil, y dado que determinados actos externos objetivamente

idénticos incluso son absolutamente lícitos cuando no se los realiza con una determinada tendencia subjetiva³³⁴; y por otra parte, la inclusión de elementos subjetivos en lo injusto penal, como fue reconocido por la dogmática penal, tenía que arrastrar necesariamente al dolo también al plano de lo injusto³³⁵. Y si las medidas de seguridad penales tienen como presupuesto la comisión de un hecho *delictivo*, como lo exige el art. 6.1 CP, de aquí tiene que resultar que lo injusto *penal* no debe poder ser entendido *en ningún caso* como uno puramente objetivo, pues si el hecho realizado por un inimputable es uno correspondiente a un tipo que requiere un elemento subjetivo de lo injusto, solo podrá verse realizado el presupuesto de la medida de seguridad que, en su caso, pueda serle aplicada, si aquel realizó el hecho objetivo con la finalidad o tendencia subjetivas exigidas por el tipo; de lo contrario no habrá realizado ningún injusto penal y así el hecho objetivo no puede contemplarse como delictivo. Por esta razón, no me parece convincente la tesis de SILVA de diversificar en general lo injusto *penal* en uno puramente objetivo y en otro personal, ni que el primero pueda ser el presupuesto de las medidas de seguridad *penales*. Por lo demás, la cuestión se complicaría aún más en el caso de las medidas aplicables a semiimputables que han obrado con una culpabilidad disminuida.

3. A mi juicio, sólo debe poder ser y clasificarse como injusto *penal* —y sancionatorio de cualquier especie— a la infracción de una norma de *determinación*, y esto sólo puede tener lugar mediante la realización u omisión *voluntarias* de una *acción*. Entre los varios argumentos en que sustento mi opinión, aquí me parece suficiente invocar el relativo al carácter fragmentario del Derecho penal, pues este significa, entre otras cosas, que como injusto *penal* solamente pueden ser valoradas aquellas *lesiones* de normas de *valoración* que resulten de la *infracción* de las normas de *determinación* correspondientes, y por lo tanto, de una *voluntad* humana contraria a estas³³⁶. Lo injusto penal consiste en una *síntesis inescindible* de

330 Véase GRACIA MARTÍN (1996a), pp. 69 ss.

331 Pues la teoría de la imputación de Kelsen, que abstrae absolutamente todo elemento psicológico y solo imputa el hecho externo objetivo al sujeto de la imputación, es una solamente válida en el plano de las normas de valoración, y no distingue entre persona física y jurídica como sujetos de la imputación. «La imputación» —dice Kelsen (1923), pp. 72, 144 s. y 159 s.— «es la conexión entre un estado de hecho del ser y un sujeto efectuada con base en la norma», pero en ella la conexión de elementos es «completamente diferente e independiente de la causal y de la teleológica» (p. 72).

332 Véase Kelsen (1923), p. 200.

333 Véase BINDING (1965), p. 231 nota 8.

334 Véase por todos CEREZO MIR (1998), pp. 120 ss.

335 Véase por todos CEREZO MIR (1998), p. 124.

336 Véase GRACIA MARTÍN (2006b), pp. 298 ss., especialmente pp. 300 ss.

la unidad final causal de los elementos de la acción— o de la omisión— de un sujeto contraria a la norma³³⁷. Si un hecho objetivo determinado causado por un sujeto coincide con el descrito por el tipo objetivo de un delito, no puede estimarse que *solo por eso* ya se habrá realizado lo injusto *penal* correspondiente al delito, porque en principio aquella coincidencia solo debe verse como *aparente*, y para *verificar* si se confirma definitivamente como *certeza*, deberá comprobarse aun la relación de ese hecho objetivo con la *voluntad* del sujeto que lo ha causado. Solo en el caso de que el hecho objetivo haya sido el producto de esa voluntad podrá verse con certeza como *parte* constitutiva de un injusto penal típico, pero por sí solo aisladamente, sino sintetizado inescindiblemente con la voluntad del sujeto que lo causó; y si por el contrario, resultara que aquel no ha sido el producto de la voluntad del sujeto que lo causó, entonces aquella inicial apariencia quedará confirmada definitivamente como tal apariencia, y el hecho objetivo ya no podrá verse como *parte* de ningún injusto *penal*³³⁸, sino a lo sumo como un injusto de otra naturaleza jurídica —civil, policial, etc.—, entendido como mera contrariedad objetiva a Derecho en el sentido de BINDING, y al cual, obviamente, ya no podrá enlazarse ninguna consecuencia jurídica de naturaleza penal, sino en su caso, solo alguna de otra naturaleza distinta que corresponda asimismo a su naturaleza: civil, policial, de restablecimiento de la legalidad, etc. Lo injusto *penal* —y todo injusto al que se enlace una *sanción* de cualquier especie—, se puede dividir en objetivo y subjetivo, pero solo analíticamente y al único efecto de explicarlo³³⁹; sin embargo, en tanto que *hecho material jurídicamente valorado* no puede contemplarse

más que como una *unidad sintética* de elementos objetivos y subjetivos que no puede ser escindida sin que cada parte resultante de la escisión pierda la esencia de lo injusto *penal* (uno estrictamente *personal*)³⁴⁰.

4. Sin duda, la lesión de una norma de valoración constituye siempre un injusto puramente objetivo —contrariedad al ordenamiento jurídico en el sentido de BINDING—, pero en sentido *material* no puede ser constitutivo de es una infracción penal o administrativa, ni siquiera del tipo objetivo, pues como ya he dicho que no puede fundamentarse independientemente del subjetivo³⁴¹. Precisamente la doctrina administrativa, que con algunas significativas excepciones no se caracteriza precisamente por su finura dogmática, se encuentra inadmisiblemente anquilosada en las viejas doctrinas del Derecho de policía y del penal administrativo, las cuales como es sabido, dieron lugar a una concepción puramente objetiva de la infracción —de policía, administrativa, contravencional—, pues abstractando completamente de aquella el dolo y la culpa, y todo otro elemento subjetivo³⁴², redujeron su contenido al mero estado de incumplimiento objetivo del deber³⁴³, de modo que la responsabilidad derivada de un concepto de infracción como ese, que solo lo es nominalmente, pero no materialmente, tenía que ser lógicamente una absoluta de carácter objetivo³⁴⁴. Esta errónea concepción de la infracción, con alguna insignificante e intrascendente mención meramente nominal de la culpabilidad, fue la que predominó hasta aproximadamente la década de los 80 del siglo pasado en la doctrina y jurisprudencia administrativas españolas³⁴⁵. Y esta es la concepción que en el fondo pervive

337 Véase GRACIA MARTÍN (2004a), pp. 9 s.; EL MISMO (2014c), pp. 371 s.; RUEDA MARTÍN (2001), p. 159.

338 Véase GRACIA MARTÍN (2004a), pp. 12 s. Es decir, para expresarlo en el modo de decirlo habitualmente: con ese hecho no se habrá realizado ningún tipo objetivo, porque no hay tipo objetivo sin tipo subjetivo y viceversa.

339 Véase RUEDA MARTÍN (2001), p. 159; GRACIA MARTÍN (2004a), p. 12.

340 Véase GRACIA MARTÍN (2000), p. 379; EL MISMO (2004a), p. 12; EL MISMO (2014c), pp. 370 y 371 s.; RUEDA MARTÍN (2001), p. 159; CUELLO CONTRERAS (2002), p. 414; STRUENSEE (2005), pp. 41 ss.

341 Véase al respecto, en general y muy extensamente, GRACIA MARTÍN (2006b), pp. 83-114.

342 Así por ejemplo OTTO MAYER (1924a), p. 267: «el delito de policía no presupone en absoluto culpabilidad, los conceptos de dolo e imprudencia serían aquí indiferentes y todo depende solo del tipo objetivo»; igualmente WOLF (1930), pp. 575 s.

343 Véase por ejemplo OTTO MAYER (1924a), p. 267: «la causación de una situación contraria a la policía basta para ser punible; tiene que imputarse al inculpaado si procede del círculo vital del que es responsable; en tal caso le afecta la pena sin consideración a la buena o mala condición de su querer»; según FERRARA (2006), pp. 647 s. —y téngase en cuenta que su obra original es de 1915 la primera edición, y de 1923 la segunda—, «en las contravenciones cada cual responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que hubo querido cometer un hecho contrario a la ley: esto responde al fin punitivo de las contravenciones, el cual no es tanto infligir una pena al culpable como garantizar el orden social del peligro, y, por tanto, se pena objetivamente la transgresión sin indagar el dolo del transgresor», pues «la ley quiere que todas las prescripciones de policía, de seguridad pública, de higiene, fiscales, etc., sean observadas, y castiga su transgresión provenga de quien provenga»;

344 Véase MITSCH (2014), n° 123 pp. 29 s., con referencias doctrinales.

345 Véase por ejemplo CASTEJÓN (1950), p. 67; y VILLAR PALASÍ (1955), pp. 29 s.; sobre la jurisprudencia de la época, véanse las exposiciones de REBOLLO PUIG (1989), p. 625; y de ALEJANDRO NIETO (2012), pp. 330 ss.

de hecho también en la mayor parte de la doctrina administrativa actual, que aparentemente ha dado un giro con la proclamación a todos los vientos de que hay que trasvasar los principios del Derecho penal al sancionador administrativo, pero luego propone «modularlos» para adaptarlos a las peculiaridades del ordenamiento administrativo³⁴⁶, y así no supera ni sale de la tradicional concepción puramente objetiva de la infracción. En efecto, pues con sus modulaciones, esa doctrina deja reducido el contenido de la infracción de hecho al es-

tado objetivo de incumplimiento del deber objetivo de la norma, el cual le es mera y simplemente imputado a un sujeto en el sentido ya explicado más atrás, es decir abstrayendo o presumiendo totalmente a la conducta³⁴⁷, y para salir al paso de la gruesa contradicción que esto supone con su punto de partida, tras apelar a la errónea idea dogmática, tan extendida en ella, de que la culpabilidad —si bien obviamente modulada³⁴⁸— sería un elemento del «concepto de infracción»³⁴⁹, añade a continuación sin la menor turbación ni desasosiego ju-

346 En este sentido, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b), p. 180; SUAY RINCÓN (1986), p. 213; EL MISMO (2008), pp. 58 s.; REBOLLO PUIG (1989), pp. 436 ss., 609 ss. y 766 ss.; QUINTERO OLIVARES (1991), pp. 260 ss.; DE PALMA (1996), pp. 40, 193, 197 ss. y 201 ss.; CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ (1995), pp. 149 ss.; LOZANO (1992), pp. 223 ss., y 227 ss.; PEMÁN GAVÍN (2000), pp. 347 ss.; NAVARRO CARDOSO (2001), p. 29; GÓMEZ TOMILLO (2007), p. 89; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013), p. 117; CUETO PÉREZ (2008), pp. 95 s., 108 ss.; RECODER VALLINA (2008), pp. 154 ss.); GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013), p. 519; para el ámbito de las infracciones laborales, GARCÍA BLASCO (1989), pp. 57 ss.; 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. Sobre la jurisprudencia constitucional y la contenciosa, véanse 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 al procedimiento administrativo solo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza».

347 Cfr. *supra* notas 191, 192, 254, 285, 331, y los textos a los que corresponden.

348 Véase 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».

349 Véase entre otros muchos, por ejemplo, CANO CAMPOS (2009), pp. 85 s.: «la culpabilidad también constituye un concepto dogmático, uno de los elementos esenciales del concepto de infracción». Pero en rigor, dogmática y sistemáticamente, la culpabilidad no puede ser elemento de la infracción si este concepto se comprende también de modo rigurosamente técnico, y para ello basta con pensar en que si así fuera, entonces quienes obren sin culpabilidad, por definición no realizarían ninguna infracción. ALEJANDRO NIETO (2012), p. 426, sin embargo afirma que un demente o un menor no son autores jurídicos porque «son incapaces de infringir», afirmación que tal vez la haga influir por KELSEY (1995), pp. 107 s., quien consideraba que 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 KELSEY —que no suscribo ni remotamente— de que solo son antijurídicos aquellos actos a los que el ordenamiento enlaza —y les puede ser aplicada realmente— una sanción, por lo que 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). Pero en contra de todo esto, debe tenerse en cuenta que la capacidad de obrar culpablemente es una estratificada en capacidad de acción y en capacidad de culpabilidad, y además necesariamente en ese orden lógico, porque por la misma naturaleza de la cosa, la primera es una condición necesaria de la segunda; véase por todos ARMIN KAUFMANN (1954), pp. 160 ss., y especialmente pp. 162 s., donde distingue entre la capacidad de acción que fundamenta ya el «deber de acción o de omisión» para el sujeto que tiene esa capacidad, y la capacidad de culpabilidad como «capacidad para cumplir el deber», las cuales en BINDING estaban unificadas en su concepto de «capacidad de acción». Esta necesaria distinción da lugar en el plano de la sistemática jurídica a que, analíticamente, la culpabilidad no pueda ser un elemento constitutivo del concepto de infracción. El concepto de infracción como presupuesto de una sanción, está referido exclusivamente a una *norma de conducta*, pues únicamente tiene sentido llamar así a violaciones o contravenciones de normas de esa especie. Carecería de todo sentido llamar *infracciones* a los procesos lesivos o peligrosos desencadenados por las fuerzas de la naturaleza, incluyendo a las de los animales, a las de los humanos en estados absolutos de inconsciencia, y también a la ejercida por procesos grupales y sociales sistémicos. Sobre la distinción entre *lesión puramente causal* de normas de *valoración* y la *infracción* de normas de *determinación* (de conductas), que solo puede tener lugar por medio de un actividad humana *finalista*, véase extensamente GRACIA MARTÍN (2006b), pp. 84 ss. (para lo primero), pp. 91 ss. (para lo segundo), y pp. 99 ss. (sobre el concepto de antijuridicidad como infracción de normas de determinación). Y siendo así que el objeto de las normas de determinación no pueden ser nada más que acciones y omisiones prohibidas u ordenadas, respectivamente, por las mismas, de aquí resulta que el concepto de infracción solo puede ser pensado como realización u omisión de una acción respectivamente prohibida u ordenada por una norma de conducta; véase en este sentido, por ejemplo, GRACIA MARTÍN (1996a), pp. 45, 63 ss. y 72 s.; RUDOLPHI (1984), pp. 70 ss.: «los preceptos legales contienen invariablemente *imperativos*, es decir, prohibiciones o mandatos de un actuar humano (y) la finalidad inmediata de las directivas jurídicas de comportamiento es siempre la omisión o la realización de una determinada *conducta*».

rídico dogmáticos, que al sujeto responsable, cuando es uno distinto del causante, también se le *imputan adicionalmente* un dolo o una culpa que, como no podría ser de otro modo, no son otros que el dolo o la culpa propios del causante³⁵⁰.

5. Contra afirmaciones arbitrarias y carentes del mínimo fundamento como las expuestas, la mejor doctrina administrativa que opera seria y rigurosamente con método auténticamente jurídico en vez de con ocurrencias y arbitrariedades en un vacío total de teoría jurídica, tanto antes como ahora, y pese a su inseguridad e imprecisión terminológicas, tiene claro que lo que se define como ilícito administrativo no es, en efecto, nada más que el estado objetivo de incumplimiento de la norma imputado asimismo objetivamente al sujeto responsable, y que precisamente por esto —y esto es lo digno de ser destacado y enfatizado—, *materialmen-*

te no es el propio de una *infracción* y es, por ello, al menos dudoso que la consecuencia jurídica que se enlaza a dicho ilícito sea una auténtica *sanción*. Paradigmática en ese sentido es la opinión de ALEJANDRO NIETO, quien reconociendo que «el incumplimiento de un mandato o prohibición ya es, por sí mismo, una infracción administrativa»³⁵¹, afirma luego que lo que la mayor parte de la doctrina presume y denomina como una responsabilidad de tipo punitivo o sancionador, en realidad no es más que una forma de responsabilidad *civil*³⁵², una responsabilidad *objetiva* que no debiera escandalizar a nadie³⁵³, y finalmente entiende que en realidad aquí estamos ante una total «difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción»³⁵⁴, o sea, para decirlo claramente, que en rigor, aquí estamos fuera del Derecho penal y del sancionador³⁵⁵. Y lo mismo sucedió en la mejor doctrina más antigua, cuyo

humana»; 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»; como afirma, si bien sin exactitud ni precisión, 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», y las normas de conducta se dirigen solo a personas naturales (p. 76); véase también STRATEN-WERTH (1992), p. 307; GEIGER (2006), pp. 67 s. Igual que la infracción, también la culpabilidad es desde luego un presupuesto necesario de la sanción, pero sistemáticamente *posterior* y por esto, 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 elemento constitutivo de la infracción; en este sentido véase por todos con gran amplitud ARMIN KAUFMANN (1954), pp. 160 ss. y 194 ss. Esto es así *porque*: a) si *objeto* del juicio de reproche de la culpabilidad no es otro que la infracción realizada personalmente por un determinado sujeto, de la cual sólo a él y a nadie más que a él se le puede ver y calificar como su autor, entonces la previa comprobación de que lo que ha realizado ese sujeto es precisamente una infracción, tiene que ser lógicamente un presupuesto necesario para poder hacerle también sujeto del *posterior* juicio de culpabilidad; y b) porque el juicio de reproche solo puede dirigirse contra el sujeto de la infracción y contra nadie más en absoluto; véase sobre todo esto, por todos CEREZO MIR (2001), p. 16; MIR PUIG (2015b), pp. 149 y 551; JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 426. En definitiva, el *concepto* de infracción solo puede entenderse propiamente como la contravención de una norma (prohibición o mandato) por medio de la realización o la omisión de una *acción*, obviamente por un sujeto que tiene capacidad de acción aunque no sea capaz de culpabilidad, y la culpabilidad como un juicio de reproche contra el sujeto de la infracción que tiene además capacidad de culpabilidad. Esto es así hasta el punto de que en la Dogmática penal, BUSTOS/HORMAZÁBAL (2006), pp. 438 ss., proponen —y no sin razón— 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».

350 Así, véase, entre otros, REBOLLO PUIG (1989), pp. 610 s: «lo único que ocurre es que a estos efectos ... se mantiene la ficción esencial a las personas jurídicas de que *su voluntad es la de determinadas personas físicas* que imputan su actividad y sus declaraciones a aquellas» y por esto «consecuentemente estos requisitos psicológicos de la infracción son exigibles también para las personas jurídicas, pero *refiriéndolos a las personas físicas* que ocupan sus órganos»; y en sentido similar LOZANO (1992), p. 227; DE PALMA (1996), pp. 198 y 201 ss.; CALVO CHARRO (1999), p. 131; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013), pp. 522 ss. En la doctrina penal, véase por ejemplo ZUGALDÍA (2013), pp. 73 ss., y 75 ss., quien dice que se trata de «valorar el soporte humano en su justa medida fijando los criterios (normativos) de imputación que permitan poner a cargo de la persona jurídica, como *propio* de ella, el comportamiento llevado a cabo en su seno *por una persona física*» (p. 74), y así la responsabilidad *propia* de la persona jurídica consiste en una «*transferencia* de responsabilidad (o de responsabilidad por contaminación) *de la persona física a la jurídica*» (p. 75); la persona jurídica actúa con dolo cuando se le pueda *imputar* «el conocimiento poseído *por las personas competentes*» (p. 90) y su culpabilidad propia trae su causa de «la actitud reprochable *del autor* (el defecto de organización)», que es «lo que permite *imputar* a la persona jurídica *el hecho* ilícito (de conexión o de referencia), *realizado por una persona física*» (p. 92).

351 Véase ALEJANDRO NIETO (2012), p. 342.

352 Véase ALEJANDRO NIETO (2012), pp. 421 s.

353 Véase ALEJANDRO NIETO (2012), pp. 402 s., 415 s., 418 ss., y p. 425.

354 Véase ALEJANDRO NIETO (2012), p. 351.

355 En este sentido, además de los autores citados *supra* en nota 229, véase también DEL REY GUANTER (1990), pp. 130 ss., y sobre todo pp. 242 ss., formulando respecto de las infracciones del orden social la tesis de que «no es posible que la culpabilidad forme parte de la conceptualización de dicha infracción», por lo que «parece que estamos en un ámbito de responsabilidad objetiva» (p. 246); y CID MOLINÉ (1996), p. 155: «sistema que se acerca a la responsabilidad objetiva».

exponente principal fue MONTORO PUERTO, el cual, pese a llamar inapropiadamente infracción a este ilícito objetivo administrativo y sanción a la consecuencia aplicable, no hay duda de que materialmente está hablando de algo muy distinto al Derecho penal y al sancionador. Pues según MONTORO la infracción y la responsabilidad administrativas son *sustancialmente diferentes* de las penales³⁵⁶. En efecto, a diferencia de la infracción penal, la administrativa no requiere ni dolo ni culpa del sujeto, pues su realización se agota en el mero incumplimiento objetivo de los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico administrativo³⁵⁷, y aquellos solamente entran en consideración, como mucho, para determinar la gravedad de la infracción y de la responsabilidad³⁵⁸; y a diferencia de la pena, la sanción administrativa no tiene como presupuestos necesarios la imputabilidad y la culpabilidad, las cuales no son elementos de la infracción³⁵⁹. En el Derecho administrativo sancionador, la imputabilidad que exige el penal, es reemplazada por la «capacidad administrativa», entendida como capacidad de ser titular de una obligación hacia la administración pública, y no como capacidad de cometer actos ilícitos, porque esto sería absurdo³⁶⁰. Las personas jurídicas —advierte MONTORO— ciertamente no son imputables porque carecen de las facultades de conocer y de querer³⁶¹, pero si se les reconoce la aptitud necesaria para ser titular de derechos y de obligaciones, y si esta capacidad jurídica es la que hace posible ser sujeto de lo ilícito administrativo, entonces nada puede oponerse a reconocerlas también como sujeto de la infracción y de la sanción administrativas³⁶². Ahora bien, como MONTORO construye y ra-

zona con rigor y siguiendo el método jurídico, por esto no se queda en lo expuesto y se preocupa de dejar bien claro —lo que es de suma trascendencia— que lo que hace posible reconocer a la persona jurídica como sujeto de la infracción y de la sanción administrativas es precisamente la diferencia sustancial de lo ilícito administrativo con respecto al penal³⁶³. En concreto, MONTORO distingue —con cita de ZANOBINI— entre una «responsabilidad por la mera atribuibilidad», que sería la típica del Derecho administrativo, y cuyo fundamento es exclusivamente la «capacidad para ser titular de una obligación hacia la administración pública», y la responsabilidad penal, que se funda en la imputabilidad y en la culpabilidad³⁶⁴. Y a partir de la distinción entre los tipos de responsabilidad asegurativo-social, penal y civil, debida a JIMÉNEZ DE ASÚA, aclara que el concepto de responsabilidad *administrativa* por la mera *atribuibilidad*, tiene un sentido muy amplio coincidente con el de «responsabilidad asegurativo-social», que es —concluye MONTORO— precisamente el sentido en que se viene entendiendo «por quienes en lugar de hablar concretamente de la posibilidad de comisión de una infracción por parte de las personas jurídicas se limitan a hablar de (una mera) “responsabilidad” de tales personas»³⁶⁵, es decir, *sin más especificación*. Por esto MONTORO, rechaza toda posibilidad de trasvasar del Derecho penal al administrativo y viceversa, las diferentes estructuras de responsabilidad de uno y de otro³⁶⁶, y si prescindimos de la inapropiada terminología que utiliza, y tenemos en cuenta la sustancia de los conceptos que maneja, la «personificación» de la responsabilidad administrativa que lleva a cabo, que tanto

356 Véase MONTORO PUERTO (1965), pp. 157 s. y 268 ss.: «la infracción penal y la infracción administrativa son distintas en razón de naturaleza, es decir, con carácter sustancial o cualitativo» (p. 268).

357 Véase MONTORO PUERTO (1965), p. 170.

358 Véase MONTORO PUERTO (1965), pp. 166, 170 y 282 s.

359 Véase MONTORO PUERTO (1965), pp. 154 ss. y p. 271: «la no necesidad de la culpabilidad del autor de la infracción administrativa, a efectos de la punibilidad», da lugar a que «en el Derecho administrativo, o mejor aún en el campo de la infracción administrativa será posible imponer una sanción sin existencia de culpabilidad» (p. 160). En la doctrina más moderna, sostiene lo mismo DE LA CUÉTARA (1983), p. 269, para quien la diferencia entre infracción penal y administrativa radica en la exigencia de imputabilidad en la primera y la no exigencia de ella en la segunda».

360 Véase MONTORO PUERTO (1965), pp. 145 s. y 154.

361 Véase MONTORO PUERTO (1965), p. 154; DE LA CUÉTARA (1983), p. 269, advierte de lo inútil que resultaría exigir elementos subjetivos en el caso de la persona jurídica.

362 Véase MONTORO PUERTO (1965), pp. 143 ss., apoyándose en citas de DUSS y de ZANOBINI.

363 Véase MONTORO PUERTO (1965), pp. 144 ss.

364 Véase MONTORO PUERTO (1965), pp. 143 ss.; parecen fundamentar la responsabilidad sancionatoria también en la mera «capacidad administrativa» del sujeto CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ (1995), pp. 145 ss., al afirmar que «el sujeto activo de la infracción administrativa debe tener dos características: ciertas cualidades y capacidad administrativa» (p. 145), y al ver en el Derecho sancionador una «personificación» (p. 146).

365 Véase MONTORO (1965), p. 144.

366 Véase MONTORO PUERTO (1965), pp. 157 ss. y la cita de p. 160 hecha *supra* en nota 72.

vale para la persona jurídica como para la física, demuestra que la responsabilidad administrativa no puede verse como una de tipo auténticamente sancionatorio, sino como una de carácter objetivo de naturaleza civil y administrativa (no sancionatoria) cuyo sujeto es la «persona», mientras que la sancionatoria en cualquier orden solamente puede tener como sujeto al «individuo», al ser humano empírico u *homo phenomenon* en el sentido kantiano³⁶⁷, pero no a la persona³⁶⁸.

6. De lo expuesto tendría que deducirse, y sin la menor duda, que a un injusto puramente objetivo no pueden enlazarse consecuencias estrictamente penales ni sancionatorias, sino solo asegurativas y preventivas de naturaleza policial y, en su caso, de naturaleza civil. No obstante, una cuestión distinta que sin duda merece un debate es la de si sería posible y conveniente configurar a lo injusto puramente objetivo como el supuesto de hecho de determinadas medidas de seguridad para inimputables, tal y como lo propone SILVA SÁNCHEZ. Pero si se aceptara esto, entonces tales medidas ya no podrían ser de carácter y naturaleza penal, sino solo *administrativa policial* aunque la competencia para su aplicación se atribuyera al juez penal dentro de un proceso penal, en cuyo caso deberían ser vistas como *consecuencias accesorias* del hecho punible en el sentido en que voy a definir su concepto ya de inmediato en el siguiente epígrafe. Por lo demás, sobre la naturaleza policial de las medidas de seguridad para inimputables, no faltan opiniones doctrinales altamente cualificadas, como por ejemplo la de KÖHLER, quien advierte, y no sin razón, que «las medidas de corrección y seguridad en sentido propio para y contra incapaces de culpabilidad encuentran su fundamento jurídico en la asistencia policial», y que a diferencia del Derecho penal, un Derecho de medidas propiamente dicho sólo se puede fundamentar como «Derecho coercitivo» (administrativo) contra la voluntad natural de los irracionales³⁶⁹. Lo injusto objetivo causado por un ser humano inimputable y el que es objetivamente imputable a la persona jurídica o a cualquier otro ente aunque no tenga personalidad jurídica, son materialmente *análogos*, pues los

dos tienen el mismo fundamento en la peligrosidad *objetiva*. Pero ninguna medida fundamentada en un injusto objetivo puede tener naturaleza penal como, sin embargo, entiende y propone SILVA, sino como lo advierte KÖHLER, a mi juicio con razón, solo una de carácter exclusivamente administrativa policial³⁷⁰.

VIII. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

1. En la realización de un hecho delictivo, además de —y junto a— las circunstancias constitutivas del hecho punible, concurren con frecuencia también «otras» diferentes que son absolutamente irrelevantes para aquel, pero que pueden tener relevancia jurídica desde el punto de vista de las valoraciones de otros sectores del ordenamiento jurídico. Por esto, tales circunstancias configurarían por sí mismas e independientemente supuestos de hecho específicos de otros sectores jurídicos, como por ejemplo del Derecho civil o del administrativo. Por ejemplo, el daño moral puede estar presente en un suceso de homicidio, y es irrelevante para el tipo penal de este, pero es absolutamente relevante para el supuesto de hecho de la responsabilidad civil. También sucede a menudo que algunas de las mismas circunstancias *facticas* del supuesto de hecho delictivo, son doblemente relevantes jurídicamente, es decir, además de para el hecho punible, al mismo tiempo también para alguna otra valoración jurídica no penal, y por lo mismo se constituyen así como elementos de algún supuesto de hecho propio de otros sectores del ordenamiento jurídico. Y así, el daño material de una cosa ajena es un hecho penalmente relevante que constituye el sustrato empírico del desvalor del resultado típico del delito de daños, y a la vez uno también civilmente relevante como daño resarcible o indemnizable. Puesto que en todos estos casos se forma una pluralidad de supuestos de hecho jurídicos, cada uno de distinta naturaleza jurídica, entonces deberán aplicarse todas las consecuencias jurídicas correspondientes a cada uno, porque solo así se dará un tratamiento jurídico completo al suceso global acontecido³⁷¹. Además de los supuestos mencio-

367 Cfr. *supra* nota 282.

368 Como sin embargo sostuvo erróneamente Kelsen (1923), pp. 142 ss.: «aunque la teoría jurídica moderna se empeña en relacionar a la culpabilidad de cualquier modo con la interioridad del *hombre*, de mostrarla como factor psíquico, así incurre en una contradicción irresoluble con el hecho de que el sujeto cuyas relaciones constituyen su objeto no es la unidad zoológico-psicológica hombre, sino la unidad ético-jurídica persona (p. 142). Sobre la improcedencia de esto en el Derecho penal y en el sancionador administrativo, cfr. *infra*

369 Véase KÖHLER (1997), p. 55.

370 Sobre esto, cfr. la cita de DENNINGER *supra* en nota 75.

371 Cfr. *supra* I.5 y las citas de 6 nota 15.

nados se puede pensar en otros, como por ejemplo en la comisión de un hecho delictivo con determinados *instrumentos peligrosos*, en uno que ha producido perjuicios económicos, o que ha proporcionado ganancias ilícitas a sus autores o a terceros, en cuyo caso procederá aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes, respectivamente, del Derecho *administrativo de policía* de prevención de peligros, del Derecho *civil* de daños, y del Derecho asimismo *civil* de no tolerancia del enriquecimiento ilícito, y aun podría darse el caso de que el perjudicado económicamente tuviera asegurada la cosa dañada, en cuyo caso se sumará el Derecho del seguro y la aplicación de sus específicas consecuencias. No es necesario insistir en que de ninguno de los supuestos de hecho mencionados forman parte en absoluto ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal del sujeto que ha cometido el hecho punible, aunque aquellas estén dadas realmente en el suceso global histórico que ha tenido lugar, y del cual serán un fragmento como también son igualmente otros fragmentos el daño, el instrumento peligroso, la ganancia ilícita y el siniestro cubierto por el seguro. La culpabilidad y en su caso la peligrosidad criminal fundamentarán la aplicación de una pena y de una medida de seguridad respectivamente, pero los otros hechos fundamentarán las correspondientes consecuencias jurídicas civiles, de policía, y del seguro, las cuales no tienen nada que ver en ningún sentido con una pena ni con una medida de seguridad, ni por sus fundamentos ni por sus fines específicos³⁷².

2. Lo que acaba de describirse se podría explicar muy bien analógicamente a partir de la idea de los «*conceptos colectivos*». Un concepto colectivo es y representa la síntesis, hecha por alguna razón, en virtud de la cual se agrupa y contempla a una pluralidad de objetos diferentes en una unidad superior, total y compleja; podríamos explicarlo como un todo compuesto de elementos o partes singulares diferentes, o si se quiere, a la inversa, como una pluralidad de objetos diferen-

tes subsumidos y abrazados en la unidad de un todo complejo³⁷³. Y puesto que los objetos singulares existen en cuanto tales y en sí mismos antes de que los reunamos para configurar intelectualmente con todos ellos juntos una unidad superior, total y compleja, una vez que hayamos configurado a esta, podremos desde luego descomponerla en sus partes o unidades singulares y diferentes entre sí, como también podremos formar con algunas de estas que se muestren *análogas* entre sí, nuevas unidades complejas diferenciadas de otras que puedan ser formadas con otros grupos de objetos asimismo *análogos* entre sí; y así sucesivamente. Nada diferente sucede respecto de lo que estamos tratando aquí. Un suceso real de la vida, que lo percibimos en primera instancia y en bruto como una unidad global de todo lo que está y se muestra en él, podemos luego —y además debemos— descomponerlo desde el punto de vista del Derecho, en tantas unidades jurídicas singulares como resulten porque sean subsumibles cada una en otros tantos supuestos de hecho legales singulares. Cuando en un suceso real de la vida se ha realizado una pluralidad de supuestos de hecho jurídicos singulares, estamos ante un fenómeno jurídico de concurrencia o *concurso de normas* (y de consecuencias), que como dice ESCUCHURI, «no es privativo o exclusivo de las normas del Derecho penal sino que puede plantearse entre normas de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico»³⁷⁴, y desde luego también entre normas de varios sectores jurídicos diferentes³⁷⁵. Y en efecto, en esta pluralidad de supuestos de hecho singulares podremos luego detectar algunos que muestren una semejanza jurídica (*análogos*) que los hará de la misma naturaleza jurídica, y otros desemejantes a ellos que serán, por eso, de distinta naturaleza jurídica. En el primer caso, podremos encontrarlos, por ejemplo, ante un *concurso de delitos* o de *infracciones administrativas*, que podemos contemplar como un *concepto colectivo* configurado por la reunión de todos los supuestos de hecho

372 Sobre todo esto, véase GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 31 ss.

373 Véase FERRARA (2006), pp. 262 ss., quien explica a la persona jurídica *no* como una *realidad* colectiva, sino como un *concepto* colectivo: «nos encontramos muchas veces en presencia de una pluralidad de cosas distintas, que, por una cierta relación intercedente entre ellas, las pensamos como unidades complejas; las cosas singulares reunidas nos aparecen como parte o elementos de un todo; (pero) estas partes existen separadamente e independientemente aun antes de que nosotros percibamos el todo como un ente nuevo», y todo «este procedimiento mental de unificación se basa en diversas causas, por lo que tenemos diversas formas de unidad colectiva; unidad causal (grupos de árboles); unidad de tiempo y espacio (horas, estaciones, etc.); unidades formales en las que por la persistencia de la forma, una pluralidad nos aparece a través del cambio o renovación de sus partes como un mismo objeto (por ejemplo, el cuerpo humano), y por último, unidades teleológicas, en las cuales el principio individualizador es el fin», de modo que «una pluralidad colegiada para un cierto fin nos parece necesariamente una unidad, así la baraja en el juego, un enjambre de abejas, un rebaño, una asociación».

374 Véase ESCUCHURI (2004), p. 5.

375 Véase GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 31 ss. y 539 s.; EL MISMO (2016a), pp. 225 ss.; ESCUCHURI (2004), pp. 9 ss.

singulares que son típicos penalmente o en el Derecho sancionador administrativo, y en tal caso deberán aplicarse *todas* las consecuencias penales correspondientes a cada uno, si bien en alguna *forma combinada*, o bien reducidas y convertidas a un único *marco penal común* en el modo que establezcan al efecto las reglas correspondientes fijadas en la legislación penal³⁷⁶. En el segundo caso nos encontraremos ante una *conurrencia* —un concepto colectivo— de supuestos de hecho jurídicamente diferentes, a la cual habrá que aplicar *todas* y cada una de las diferentes consecuencias jurídicas que correspondan a cada uno, pero estas ya no podrán ser combinadas entre sí ni reducidas y convertidas a una unitaria común, sino que deberán sumarse y aplicarse cumulativamente todas porque los contenidos, los fines y la naturaleza de cada una son diferentes³⁷⁷.

3. De acuerdo con todo lo explicado hasta aquí, las consecuencias accesorias del delito no tienen naturaleza penal, sino civil o administrativa policial según los casos, y su carácter accesorio le viene dado por la circunstancia de que sus correspondientes supuestos de hecho no penales se han realizado en un contexto global en que se ha realizado también un hecho punible y se muestran *conexos* a este y, por esto, *accesorios* del mismo. De este modo, estamos aquí ante un supuesto específico perteneciente al género de la concurrencia o concurso de normas y de consecuencias jurídicas. Esto significa que «en una contemplación aislada» —como nos dice y advierte ESCUCHURI— cada uno de todos los supuestos de hecho «tiene *autonomía* porque cada uno constituye una unidad diferenciada»³⁷⁸, y por ello, lo mismo tiene que suceder con respecto a las específicas consecuencias jurídicas de cada supuesto de hecho concurrente. No obstante, los de naturaleza *no penal* y sus consecuencias pueden contemplarse como *acceso-*

rios de los de naturaleza penal en razón y en virtud de haberse realizado de un modo conexo a estos en el sentido explicado. Por todo esto, podríamos definir a las *consecuencias accesorias* del delito como todas aquellas consecuencias de naturaleza *no penal* aplicables a los supuestos de hecho no penales que eventualmente concurren con el hecho punible, y que por su conexión a este tienen un carácter *accesorio* respecto de él en tanto que hecho principal y central en el conjunto del suceso global. Conforme a la definición propuesta, las consecuencias accesorias no pueden tener ninguna naturaleza penal y ni siquiera sancionatoria³⁷⁹, pues la culpabilidad es requisito necesario de toda pena como su fundamento y medida, como lo es y debe serlo de toda sanción aunque no tenga el carácter de pena criminal. Decisivo para la determinación de la naturaleza de una consecuencia jurídica es la composición y la estructura del supuesto de hecho que fundamenta su aplicación, es decir, los elementos que lo constituyen y le dan el significado jurídico específico y diferenciado que fundamenta la consecuencia, la gradúa y predetermina su finalidad específica³⁸⁰.

4. Las consecuencias accesorias son, pues, medidas que ya están previstas por otros sectores jurídicos, en particular por el civil y el administrativo de policía, para sus correspondientes supuestos de hecho específicos de estructura y naturaleza no penales. Si el Código penal no las hubiera incorporado expresamente reproduciéndolas, y así *duplicándolas* en él formalmente como consecuencias accesorias del delito, no por esto las mismas dejarían —es que no deberían dejar— de ser impuestas y aplicadas igualmente cuando sus supuestos de hecho específicos —enriquecimiento ilícito, peligrosidad del instrumento, del estado de la organización, etc.— se hubieran realizado en un con-

376 Sobre todo esto, véase el acertado y exhaustivo análisis crítico de las diferentes concepciones doctrinales, debido a SANZ MORÁN (1986), pp. 25 ss., y pp. 247 ss. para su concepción personal —que comparto en lo esencial—, decantada a favor de un «marco penal común» para cada tipo de concurso previo a la medición de la pena en concreto; véase también CUERDA RIEZU (1992), pp. 17 ss. y *passim*; y ESCUCHURI (2004), pp. 11 s. y 243 ss.

377 Véase ESCUCHURI (2004), pp. 9 y 11.

378 Véase ESCUCHURI (2004), p. 11 (cursiva mía).

379 Véase en el mismo sentido HUERGO (2007), pp. 202 s. Precisamente por esto, entre las consecuencias penales aplicables al hecho delictivo y las accesorias no penales aplicables a los supuestos de hecho accesorios no penales, no tiene lugar la incompatibilidad derivada del *ne bis in idem*; véase en este sentido respecto de la concurrencia de sanciones administrativas con otras consecuencias jurídicas no sancionatorias, HUERGO (2007), pp. 436 ss., poniendo como ejemplo la posibilidad de acumular a las sanciones urbanísticas, tanto multas coercitivas como medidas de protección de la legalidad urbanística, precisamente por la naturaleza no sancionatoria de estas últimas. Por otro lado, y por la misma razón, entre las primeras y las segundas no es posible establecer ninguna relación *combinatoria* como en el concurso de delitos y en el sistema vicarial entre penas y medidas de seguridad.

380 Así lo ve también acertadamente ZÚNIGA (2009), p. 269, al advertir correctamente, que lo decisivo para determinar el carácter y la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas es su «presupuesto», pero luego no acierta a desarrollar esto en el modo correcto y coherente de negar a aquellas toda naturaleza penal.

texto delictivo en conexión con el supuesto de hecho punible y como accesorios a este. Si el Código penal no las hubiera incorporado en aquella forma y con ese nombre de consecuencias accesorias del hecho punible, evidentemente aquellas no habrían desaparecido de sus ramas jurídicas naturales, como no habría desaparecido del Código civil la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito si no se hubiera regulado en el Código penal la responsabilidad civil *ex delicto*, y por ello tendrían que ser igualmente impuestas y aplicadas por la simple razón de que se han realizado los supuestos de hecho que las fundamentan, y porque el Derecho no puede dejar de restablecer e imponer el deber ser allí donde se hayan creado situaciones o estados objetivos que no deben ser. Como se dijo, nos encontramos aquí ante un supuesto específico perteneciente al género del *concurso* de normas y de consecuencias jurídicas —un concepto colectivo complejo—, y aquel solo podrá resolverse totalmente si se lleva a cabo una valoración jurídica completa y exhaustiva de la totalidad de hechos *jurídicamente* relevantes para cualquier rama jurídica y, en definitiva, si se aplican todas las consecuencias jurídicas que les correspondan³⁸¹. Así sucede en el supuesto *análogo* del concurso de *delitos*, que no es más que otro específico del mismo género del concurso de normas y de leyes que no se excluyen entre sí, al cual deben aplicarse todas las consecuencias jurídicas de cada ley penal concurrente conforme lo establezcan otras normas de «segundo nivel», las concursales³⁸², en la forma en que se haya concretado legalmente cada una para cada tipo de concurso³⁸³. *Análogamente* a como sucede aquí en los concursos de delitos, en que solo podrá entenderse y afirmarse que el caso se ha resuelto de modo *completo penalmente* con la aplicación de todas las consecuencias penales concurrentes en la concreta forma que determine la normativa concursal para cada tipo de concurso, porque la consecuencia o

las consecuencias que se apliquen finalmente resultarán de una previa *valoración completa y exhaustiva* de todos los hechos y circunstancias jurídico penalmente relevantes³⁸⁴; del mismo modo habrá que aplicar todas las consecuencias jurídicas de toda especie concurrentes en un suceso complejo (*concepto colectivo*) con pluralidad de supuestos de hecho distintos para poder entender y decir que el «caso» ha sido y quedado resuelto de un modo *completo jurídicamente*³⁸⁵.

5. Si el Código penal no hubiera atraído hacia sí desde sus sectores jurídicos naturales a las medidas civiles y policiales que ha reproducido y duplicado en su propio cuerpo legal formalmente como consecuencias accesorias del delito, la única consecuencia que hubiera tenido aquel hecho negativo habría sido que la aplicación de tales medidas tendría que llevarse a cabo fuera del proceso penal de un modo independiente por los órganos estatales competentes para ello y en los procedimientos propios del sector al que pertenezca cada una. Sin duda esto dificultaría que todo lo que ha ocurrido en el suceso global y es jurídicamente relevante, fuera tratado y resuelto completamente como *debe ser* con la aplicación de todas las consecuencias jurídicas correspondientes a todos y a cada uno de los supuestos de hecho jurídicos que se han realizado en el suceso global, y dificultaría esto por distintos motivos que, precisamente por ello, hacen conveniente y justifican tanto que aquellas medidas civiles y policiales se incorporen al Código penal en la forma de consecuencias accesorias del delito, como también que se atribuya la competencia para su aplicación a los jueces y tribunales de lo penal dentro del proceso penal³⁸⁶; y así, por ejemplo, para evitar el riesgo de que con la substanciación del proceso penal, se «olvide» que en el suceso, además del hecho punible, también tuvieron lugar otros jurídicamente relevantes que no pueden ni deben quedar sin respuesta y solución jurídicas, y que a causa de ese

381 Véase en el mismo sentido ESCUCHURI (2004), p. 9: «muy frecuentemente la valoración del suceso de un modo completo requiere la aplicación de un complejo normativo», porque «en el suceso aparecen unidades de significado diferenciadas que requieren también la diversificación de consecuencias jurídicas».

382 Véase con detalle ESCUCHURI (2004), pp. 59 ss.: «para hacer frente a la problemática concursal anteriormente descrita aparece la normativa concursal, como normativa superpuesta a los preceptos legales individualmente considerados», y «no es desatinada, por ello, la denominación de las normas concursales como “normas de segundo nivel” (frente a las “normas de primer nivel”) en la medida en que tienen por objeto regular aquellos supuestos en los que concurren varias normas de primer nivel en la calificación de la conducta de una persona» (p. 59).

383 Cfr. *supra* nota 376.

384 ESCUCHURI (2004), pp. 69 s., 105, 204, 262 ss., entre otras *passim*.

385 Cfr. de nuevo *supra* I.5 y las citas nota 15.

386 Véase GRACIA MARTÍN (2016a), p. 227; en el mismo sentido, respecto de las consecuencias de naturaleza administrativa, véase CIGÜELA (2015), p. 364 nota 29: «su lugar natural es el Derecho administrativo, y las razones a favor de su integración en el proceso penal se reducen a razones pragmáticas y procesales».

olvido quede sin resolver jurídicamente un aspecto o sector del conflicto; o para evitar que debido a la preferencia de la jurisdicción penal, la aplicación de tales consecuencias se demore hasta después de la conclusión del proceso penal; o finalmente, por citar algún otro motivo más, porque la conexión de los supuestos de hecho no penales a uno penal como accesorios de este, puede hacer conveniente o necesario establecer algunas reglas *específicas* de distribución en la aplicación de sus consecuencias jurídicas específicas con respecto a las que rijan en general para los casos en que se realizan independientemente sin aquella conexión a ningún hecho punible, tal como sucede y se explica en el caso de la responsabilidad civil derivada del delito respecto de las reglas de distribución de aquella entre los autores y los partícipes del hecho punible (art. 116.2 CP), las cuales son específicas con respecto a las generales de la responsabilidad civil extracontractual, pero no alteran en absoluto ni en lo más mínimo la naturaleza exclusivamente civil de la responsabilidad de esta clase derivada del delito y accesorias de este.

6. Del concepto de consecuencias accesorias que he formulado, y de la fundamentación que le he dado deduzco —y así lo planteo y propongo— que la *función* de las consecuencias accesorias del delito, que ya están disponibles en otros sectores jurídicos, y por esto podrían y deberían ser aplicadas fuera del proceso penal aun cuando el Código penal no las hubiera atraído a él dándoles aquella forma de accesorias del delito, consiste en *concentrar* por razones pragmáticas en el proceso penal la aplicación de *todas* las consecuencias jurídicas de todos los sectores del ordenamiento, a todos los supuestos de hecho jurídicos concurrentes en un suceso global histórico cuyo *centro* es el supuesto de hecho delictivo. Los supuestos de hecho no penales que se han realizado junto al delictivo se muestran conexos a él, y por tanto *accesorios* de él, y deben ser tratados y resueltos con la aplicación de sus correspondientes consecuencias jurídicas previstas por el sector jurídico al que pertenezca cada uno, y por esta razón las consecuencias específicas de estos supuestos accesorios son también *accesorias del delito*, y en ningún caso —esto sería absolutamente inexacto y equivocado— son accesorias de la *pena*, toda vez que para la aplicación de aquellas no es ni debe ser necesario que se haya aplicado esta. El modelo más claro y antiguo de consecuencia jurídica accesorias del delito lo representa la llamada responsabilidad derivada del delito, la cual sin duda debe adscribirse formalmente a ese género. Como sucede con esta, también el resto de las que ahora el Código penal llama expresamente

consecuencias accesorias, deberían ser aplicadas por las instancias competentes correspondientes (jueces civiles, autoridades administrativas), conforme al procedimiento y al Derecho material que las regula y al que pertenecen por su naturaleza y fines, si no fuera porque el Código penal las ha reproducido y duplicado en él como consecuencias accesorias del delito, y porque consecuentemente el ordenamiento procesal penal ha atribuido a la jurisdicción penal la competencia para su aplicación. Por cierto que todo esto debe llevar a la conclusión de que, por mucho que el Código penal establezca en el art. 129.2 —como en el 31 *bis*.1— un régimen de *numerus clausus* para la aplicación de estas medidas, nada puede ni debe impedir que en los casos de delitos para los que aquella no esté prevista, puedan no obstante —es más: *deban*— ser aplicadas las mismas —u otras— medidas previstas en la legislación administrativa de policía por los órganos administrativos competentes en el procedimiento administrativo correspondiente, después de sustanciado el proceso penal. En definitiva, y por lo dicho, la función que corresponde desempeñar y cumplir a las consecuencias jurídicas accesorias del delito, es una que quiero denominar como función de concentración en el proceso penal, por razones pragmáticas, del tratamiento y de la solución jurídica *completa* y exhaustiva de todos los supuestos de hecho jurídicamente relevantes concurrentes con un supuesto de hecho delictivo con el que guardan una relación fáctica de conexidad que los hace accesorios de él, y que por extensión, hacen asimismo accesorias a sus propias y específicas consecuencias jurídicas. Por esto, a la función específica que desempeña una regulación formal de consecuencias accesorias del delito podríamos denominarla como «función de *completitud*» del tratamiento y solución jurídica de un suceso en el proceso penal.

IX. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

1. Como ha quedado dicho, solo pueden tener naturaleza y fines penales las consecuencias que tienen su fundamento y medida, según el caso, en la culpabilidad o en la peligrosidad criminal, y como éstas son completamente ajenas a los supuestos de hecho de las consecuencias accesorias, es seguro que ninguna de éstas puede tener naturaleza penal ni sancionatoria. De este modo, y rechazada también la tesis de que puedan ser sanciones penales *sui generis*, se plantea ya como un problema inicial el relativo a descubrir y

a determinar la naturaleza jurídica específica de estas consecuencias accesorias, la cual como ya se ha ido anticipando es una plural de carácter civil en unos casos y policial en otros. No puede encontrarse un único principio fundamentador para todas ellas, pues cada una o cada grupo de ellas, tienen muy diversa naturaleza y se orientan a fines específicos y diferentes. Como se afirma en la doctrina mayoritaria en Alemania respecto de las homólogas consecuencias del StGB y de la OWiG, algunas pertenecen al Derecho civil, pero la mayoría son medidas preventivas del Derecho de policía, sin perjuicio de que otras participen de una naturaleza plural y se orienten asimismo simultáneamente a fines diversos. En verdad, no alcanzo a comprender en general el empeño inútil y baldío de los sectores de la doctrina española que intentan formular tesis y construir figuras sancionatorias para presentarlas luego como pretendidamente «nuevas», cuando en el fondo no remiten a nada más que a conceptos clasificatorios y a tipos ordenadores muy bien conocidos en la Ciencia jurídica porque ya fueron completamente inventados por la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del administrativo, y muy especialmente por la del Derecho de policía, desde los tiempos ilustrados.

2. El llamado comiso de la ganancia, encuentra su fundamento en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita³⁸⁷ y, en este sentido, es una medida *civil* de compensación³⁸⁸. Este comiso de

las ganancias no puede estar sometido a los mismos principios que el de los instrumentos y efectos del delito³⁸⁹, pues su fundamento y sus fines son distintos³⁹⁰. «Lo característico de este comiso» —dice con razón MANZANARES— «es su objeto, que, como ganancia o provecho económico, no ofrecerá normalmente peligrosidad intrínseca alguna... no se aprecia siquiera una peligrosidad objetiva capaz de contaminar al poseedor de la cosa. Por ello» —concluye MANZANARES— «hemos entendido que la naturaleza del comiso de la ganancia es la de una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial, por emplear palabras de MAURACH, o si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito»³⁹¹. Según ZIPF, se trata de «una restitución de un estado patrimonial de orden jurídico-civil en favor de la colectividad»³⁹². Y en la doctrina más actual, según VIZUETA, el fundamento del comiso de la ganancia es «la obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial», y su finalidad «la eliminación de tal enriquecimiento», por lo que aquel se aleja «de todo atisbo sancionador» y se aproxima «a una figura de construcción básicamente jurisprudencial: el enriquecimiento injusto o sin causa»³⁹³. A mi juicio, esta es la verdadera naturaleza del comiso de las ganancias³⁹⁴. Más que una medida propia del Derecho penal, y por mucho que su presupuesto sea la comisión de un delito —de un hecho típico y antijurídico, sin que sea necesaria además la culpabilidad—, creo que se trata de una medida de Derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa, y más concretamente el

387 Así MANZANARES (1977), p. 35; EL MISMO (1983), p. 256; EL MISMO (1992), p. 439; GRACIA MARTÍN (1986), pp. 100 s.; EL MISMO (2006a), pp. 568 ss.; MAPELLI (1998), p. 50; VIZUETA (2007a), pp. 166 s. y 168 s.

388 Véase, en este sentido, por ejemplo, ESER (1969), pp. 89 ss., 284 ss.; SCHMITT (1958), p. 219; GÜNTERT (1983), p. 17; JESCHECK/WEIGEND (1996) p. 792; GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 568 s.

389 Cfr., sin embargo, BACIGALUPO SAGESSE (2002a), pp. 88 s., quien considera que al comiso de la ganancia como una institución próxima al comiso de seguridad en virtud de que su finalidad no sería únicamente la de privar al sujeto de unos beneficios obtenidos de un modo ilícito, sino también, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la de «impedir toda utilización futura del producto de la infracción para la realización de nuevos hechos punibles». En contra de esta tesis, particularizada en la opinión similar de RAMÓN RIBAS (2004), pp. 226 ss., véase con razón VIZUETA (2007a), pp. 166 ss.

390 Véase también en este sentido, MAPELLI (1998), p. 50; VIZUETA (2007a), pp. 167 s., rechazando con razón las tesis que quieren asignar al comiso de las ganancias una finalidad preventiva.

391 Véase MANZANARES (1977), p. 35.; EL MISMO (1983); EL MISMO (1992), p. 439; la cita de MAURACH a que se refiere MANZANARES corresponde a la p. 817 de la 4.ª edición del *Deutsches Strafrecht* del autor alemán.

392 Véase ZIPF (1989), p. 529 n.º 21.

393 Véase VIZUETA (2007a), pp. 168 s., correspondiendo la cita a p. 168.

394 Véase en el mismo sentido, además de los autores ya citados en notas anteriores, OCTAVIO DE TOLEDO (2002b), p. 1566. De otra opinión AGUADO CORREA (2000), pp. 79 ss., quien considera que el comiso de la ganancia tiene una doble naturaleza: sanción penal y medida restitutoria/compensatoria. La atribución al comiso de la ganancia de la naturaleza jurídica de una sanción *penal* es, sin embargo, insostenible, pues en tal caso su imposición sólo podría tener lugar si concurre en el sujeto la culpabilidad. Esto, sin embargo, es contradicho por la posibilidad de aplicar aquél en casos en que no existe responsabilidad penal, y en los casos en que procede su aplicación a un tercero no responsable del delito. En contra de toda naturaleza y finalidad punitiva del comiso de la ganancia, véanse los sólidos argumentos de VIZUETA (2007a), pp. 167 s., quien llama la atención sobre el relevante dato de que el comiso no tiene como presupuesto la aplicación de una pena, sino que es independiente de esto; en este sentido véase además en general VIZUETA (2007b) pp. 1673 ss.

enriquecimiento injusto³⁹⁵. Dado el fundamento del comiso de las ganancias, para su aplicación debería bastar con la prueba de que el delito produjo determinados beneficios y que éstos representen para su destinatario un enriquecimiento ilícito. Sin embargo, y como ha advertido con razón la doctrina, sólo será posible confiscar aquéllas ganancias ilícitas respecto de las que se pruebe de un modo pleno que traen su causa precisamente del hecho delictivo concreto que sea objeto de enjuiciamiento en cada caso, y no aquellas otras respecto de las que no pueda probarse su vinculación directa con el delito enjuiciado por mucho que exista una convicción acerca de su procedencia ilícita³⁹⁶.

3. La mayor parte de las consecuencias accesorias tienen carácter preventivo de peligros objetivos y pertenecen al Derecho administrativo de policía.

a) La peligrosidad, en el sentido de probabilidad de comisión de hechos delictivos, puede provenir no sólo de las personas, sino también de ciertas cosas, situaciones objetivas o actividades con independencia de que las lleve a cabo una persona determinada. En estas situaciones se tienen que arbitrar medidas que tendrán carácter de *aseguramiento* de la colectividad frente al peligro de que sean utilizadas para la comisión de delitos³⁹⁷. Estas medidas, sin embargo, están desprovistas de todo carácter punitivo y pertenecen al ámbito sustantivo y material del Derecho *administrativo de policía* que regula, con todas las garantías propias del Estado de Derecho, las potestades administrativas que podemos denominar como de incidencia negativa en la esfera de los ciudadanos, de injerencia o de gravamen, entre las cuales destacan de un modo especial las de-

nominadas *potestades ablatorias* y sobre todo las de *policía* para la salvaguarda de un interés colectivo. Las medidas preventivas de carácter asegurativo son aquellas con que, sobre la base de fundamentos objetivos de peligrosidad de la cosa, por ejemplo de una persona jurídica en cuanto instrumento apto para la realización de hechos ilícitos, y como señala con carácter general SUAY RINCÓN, se pretende «impedir que se consume una determinada violación del ordenamiento jurídico; se adoptan, por tanto, *antes* de producirse la violación y su efectividad va a estar en función precisamente, de que aquélla no tenga lugar»³⁹⁸. Es preciso señalar que, dado el fin y el fundamento de tales medidas, su aplicación no debe encontrar su principio legitimador en la comisión real del hecho antijurídico previo³⁹⁹ sino únicamente en *el peligro* de que se realicen con posterioridad otros nuevos y más concretamente *en la necesidad de protección de bienes jurídicos*⁴⁰⁰. A mi juicio, la efectiva realización de un hecho antijurídico previo como hecho de conexión —en nuestro caso delictivo—, es un presupuesto necesario de la aplicación de las consecuencias accesorias⁴⁰¹, pero el mismo no debe formar parte del supuesto de hecho propiamente dicho de tales medidas. El hecho antijurídico previo constituirá normalmente un síntoma del peligro objetivo de realización de futuras infracciones. En este grupo de medidas deben incluirse algunas que sólo cito a título de ejemplo y teóricamente, es decir, independientemente de si están o no incluidas en los catálogos de nuestro Derecho positivo. Así, serán medidas accesorias preventivas de carácter asegurativo, por ejemplo, el comiso de los instrumentos, las cauciones, la diso-

395 Véase además de los autores ya citados en notas anteriores GRACIA MARTÍN (1986), pp. 100 s.; JORGE BARREIRO (1996a), p. 120; MAPELLI, RP (1998) p. 50.

396 Véase, en este sentido, CHOCLÁN (2001), p. 51; BACIGALUPO SAGESSE (2002a), pp. 90 s.

397 En este sentido, véase por ejemplo, ESER (1969), p. 57; MÜLLER-DIETZ (1979), pp. 67 s.; ZIPF (1989) p. 525 n.º 3; JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 796; GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 561 s.; en la doctrina administrativa, véase SUAY RINCÓN (1989), p. 64. En este sentido, según creo, cabría entender la tesis de SILVA SÁNCHEZ (1995), pp. 362 y 365, conforme a la cual estas medidas —si bien las denomina sanciones— serían unas de carácter *inocuidador*.

398 Véase SUAY RINCÓN (1989), p. 64.

399 Pues éste es precisamente el presupuesto de la *sanción* (penal o administrativa), como acertadamente señala SUAY RINCÓN (1989), p. 64: «por el contrario, las sanciones administrativas *son consecuencia* de la comisión de una infracción administrativa. Constituyen, pues, una represión, *presuponen* la realización de un *comportamiento prohibido* y representan, en fin, un *posterius*». Véase, además, STRATENWERTH (1992), p. 307.

400 Como sugiere SCHÜNEMANN (1979), pp. 236 ss. Muy próximo a esta fundamentación STRATENWERTH (1992), pp. 304 s., al matizar la tesis de SCHÜNEMANN en el sentido de que las medidas aplicables a las personas jurídicas encuentran su justificación en el principio del interés público preponderante y que el interés público de la medida contra la persona jurídica se fundamenta en las dificultades de imposición del Derecho penal en los delitos que se cometen a partir de una empresa.

401 GUARDIOLA LAGO (2004), pp. 83 y 115, no ha entendido bien la tesis expuesta, pues del texto se desprende con toda claridad que la *previa* comisión de un hecho típico y antijurídico es un requisito *indispensable* para la imposición de alguna de estas consecuencias accesorias; según esta autora, sin embargo, yo sostendría la tesis de que estas medidas preventivas de carácter asegurativo podrán imponerse «incluso *antes* de la producción del hecho ilícito» (subrayado mío).

lución de sociedades y organizaciones, la prohibición o suspensión de actividades, el cierre o clausura de locales y de establecimientos, o, como medida especialmente importante que es objeto de atención especial por la doctrina, la intervención judicial o gubernativa de la empresa⁴⁰². Entre estas destaca el comiso de los instrumentos y efectos del delito, el cual tiene su fundamento en la peligrosidad objetiva de la cosa y en la necesidad de aseguramiento de la comunidad frente al peligro objetivo de la comisión de delitos que emana de determinadas cosas, objetos o situaciones⁴⁰³.

b) De las anteriores, cabe distinguir las llamadas medidas *coercitivas*. Éstas, como señala SUAY RINCÓN, «al igual que las sanciones administrativas, se traducen en la utilización de instrumentos de fuerza y traen su causa del incumplimiento previo de una *obligatio* (ilícito)»⁴⁰⁴. Difieren, sin embargo, de las sanciones en su finalidad, pues dichas medidas, como dice el autor citado, «tienden a vencer ese incumplimiento y a forzar el comportamiento efectivamente debido»⁴⁰⁵. Tales medidas desprovistas de carácter represivo pueden orientarse a finalidades preventivas, pero éstas deben distinguirse claramente de las del Derecho sancionador y, en particular, de la prevención general y especial del Derecho penal. Este tipo de medidas, me parece el adecuado para tratar de motivar a las personas físicas que administran a la jurídica, a la adopción de medidas de control interno, de organización de la empresa y de su funcionamiento tendentes a evitar la realización de hechos lesivos, es decir, se trataría de medidas orientadas a la remoción del defecto de organización de la empresa como situación objetiva de peligro. Entre ellas, me parecen especialmente adecuadas las multas *coercitivas* (*Zwangsbussen*), que no son sanciones porque su finalidad no es represiva, sino incentivadora del cum-

plimiento del deber⁴⁰⁶. Con ellas, como dijo el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 239/1988, de 14 de diciembre «no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo... sino que consiste en una medida de constreñimiento económico... tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa»⁴⁰⁷. Dado que este tipo de multas no tiene el carácter de una sanción es posible su reiteración por lapsos de tiempo con el fin de vencer la resistencia del obligado a producir la situación jurídicamente deseada o su insistencia en el mantenimiento de la situación objetiva contraria a Derecho⁴⁰⁸. Las multa coercitiva me parece especialmente adecuada para compeler a los administradores de la empresa a aplicar las medidas de reorganización o de remoción de los defectos de organización de la empresa que sean indicadas y propuestas por los interventores en los casos de intervención de aquella. Pero esto no tiene nada que ver con una sanción.

X. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACHENBACH (1995), Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán, en Silva Sánchez (ed.)/Schünemann-Figueiredo (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 381 ss.
- AGUSTINA SANLLELHI (2010), El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.
- AGUADO CORREA (1999), El principio de proporcionalidad en Derecho penal, Edersa, Madrid, 1999.

402 Véase sobre una medida de «curatela de la empresa» SCHÜNEMANN (1994), pp. 290 s. (= «Hacia un Derecho penal económico europeo», pp. 594 s.).

403 Véase, por ejemplo, ESER (1969), pp. 83 ss.; JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 796: «el comiso de aseguramiento sirve a la protección de la comunidad frente a cosas que son *per se* peligrosas o que pueden ser aplicadas para la comisión de delitos»; MANZANARES (1977), pp. 36 ss.; EL MISMO (1983), pp. 256 s.; GRACIA MARTÍN (1986), p. 98; EL MISMO (2006a), pp. 561 s.; VIZUETA (2006), pp. 15 ss.; y en la doctrina administrativa, véase HUERGO (2007), p. 357: «si la causa del comiso es, por ejemplo, la peligrosidad de determinados objetos, que pueden fácilmente causar daños (armas de guerra, por ejemplo, cuya posesión está prohibida a los particulares), entonces el comiso no será una sanción sino una medida de policía, y podrá adoptarse aun en el caso —excepcional— de que el particular que lo sufra no haya cometido una infracción».

404 Véase SUAY RINCÓN (1969), p. 60.

405 Véase SUAY RINCÓN (1969), p. 60.

406 Véase, por ejemplo, SUAY RINCÓN (1989), pp. 61 ss.; PEMÁN GAVÍN (2000), pp. 88 ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011a), pp. 824 ss.; GRACIA MARTÍN (2006a), pp. 546 s.; HUERGO (2007), pp. 289 ss.; y en la doctrina alemana, para la multa coercitiva del Derecho de policía, véase, por ejemplo, RACHOR (2012), p. 562; GEIGER (2006), p. 57 nota 176.

407 Véanse también SSTC 276/2000 y 121/2010.

408 Véase SUAY RINCÓN (1969), p. 63

- AGUADO CORREA (2000), *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000.
- AGUADO CORREA (2003), *La regulación del comiso en el Proyecto de reforma del Código penal*, RECPC 05-04 (2003), <http://criminet.ugr.es/recpc>
- 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.
- ARROYO ZAPATERO, *Derecho penal económico y Constitución*, RP, n.º 1, 1998, pp. 1 ss.
- BACIGALUPO ZAPATER (2005a), *Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Enrique Bacigalupo (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 43 ss.
- BACIGALUPO ZAPATER (2005b), *La responsabilidad penal y sancionadora de las personas jurídicas en el Derecho europeo*, en Enrique Bacigalupo (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 43 ss.
- BACIGALUPO SAGESSE (1998), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- BACIGALUPO SAGESSE (2002a), *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Ramón Areces, Madrid, 2002.
- BACIGALUPO SAGESSE (2002b), *La «confiscación» del patrimonio proveniente del delito*, CPC n.º 78, 2002, pp. 497 ss.
- BACIGALUPO SAGESSE (2005), *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas*, en Enrique Bacigalupo (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 105 ss.
- BAJO FERNÁNDEZ (1978), *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ (1981), *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, ADPCP 1981, pp. 371 ss.
- BAJO FERNÁNDEZ (2012), *Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español*, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 19 ss.
- BAJO/S. BACIGALUPO (2000), *Delitos contra la Hacienda pública*, Ramón Areces, Madrid, 2000.
- BAJO/S. BACIGALUPO (2010), *Derecho penal económico*, 2ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BAJO/FEIJÓO/GÓMEZ-JARA (2012), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson, 2012.
- BAUCELLS LLADÓS (2011), en Córdoba/García Arán (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 417 ss.
- BAUCELLS LLADÓS (2013), *Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico*, EPC n.º 33 2013, pp. 175 ss.
- 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.
- BINDING (1965), *Die Normen und ihre Übertretung II. Schuld und Vorsatz. Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, reimpresión de la 2ª ed.* de Leipzig, Sicientia Verlag, Aalen, 1965.
- BINDING (1919), *Die Schuld in deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1919.
- BLAUTH (1968), «*Handeln für einen anderen*» nach geltendem und kommendem Strafrecht, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1968.
- BOHNERT (2010a), *OWiG. Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht*. 3ª ed., C. H. Beck, München 2010.
- BOHNERT (2010b), *Ordnungswidrigkeitenrecht*. (Lehrbuch) 4ª ed. C. H. Beck, München 2010.
- 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 PASAMAR (2013b), en Romeo/Sola/Boldova (coords.), *Derecho penal. Parte General*, Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 331 ss.
- BOLDOVA PASAMAR, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito**, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (1ª ed., 1998; 2ª ed. 2000; 3ª ed., 2004; 4ª ed., 2012).
- BOLDOVA/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.
- BONNARD (1978), *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale du fait d'autrui*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.

- 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 Verbands-täterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Schäuble, Freiburg/Berlin, 1989.
- BRICOLA (1970), Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario, RIDPP, 1970, pp. 951 ss.
- BUSTOS (1967), *Culpa y finalidad. Los delitos culposos y la teoría final de la acción*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1967.
- CALVO CHARRO (1999), *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- CANO CAMPOS (2009), La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico, DA n° 284-285, 2009.
- CANO CAMPOS (2011), ¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?, RAP n° 184 2011, pp. 79 ss.
- CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ (1995), *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995.
- CARTIER (1977), *Notion et fondement de la responsabilité du chef d'entreprise*, Journées d'Etudes de l'Institut de l'Entreprise, Ed. Masson, Paris/New York/Barcelona/Milan, 1977.
- CASTEJÓN (1950), *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, 1950.
- 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.
- CEREZO MIR (2006), *Curso de Derecho penal español. Parte General II*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2006.
- CID MOLINÉ, Garantías y sanciones, en RAP n° 140, 1996, pp. 131 ss.
- CIGÜELA SOLA, La culpabilidad colectiva en Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- CHOCLÁN MONTALVO (2001), *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, 2001.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1997), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia I*, 1ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 1997.
- CORTES DOMÍNGUEZ (1975), *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolognia, 1975.
- CUELLO CONTRERAS (2002), *El Derecho penal español. Parte General I*, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- CUERDA RIEZU (1992), *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- CUETO PÉREZ (2008), *Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Tipicidad y responsabilidad*, DA n° 280-281, 2008, pp. 95 ss.
- CUGAT (2011), Córdoba/García Arán, *Comentarios al Código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 1005 s.
- 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 CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO (2013), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados*, en De la Cuesta Arzamendi (dir.)/de la Mata (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 129 ss.
- DE LA CUÉTARA (1983), *La actividad de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.
- DE LA FUENTE HONRRUBIA (2004), *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- DE LA FUENTE HONRRUBIA (2010), *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, en Álvarez García/González Cussac, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 163 ss.
- DE LA MATA/HERNÁNDEZ DÍAZ (2013), *Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas*, en De la Cuesta Arzamendi (dir.)/de la Mata (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 227 ss.

- DE PALMA (1996), El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- DEL REY GUANTER (1990), Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.
- DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO (2001), Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español, en Hurtado/del Rosal/Simons, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 23 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA (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 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.
- DÍEZ RIPOLLÉS (2016), Derecho penal español. Parte General, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DOPICO (2015), Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica, en Memento Experto Francis Lefebvre, Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas, Madrid, 2015, pp. 165 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.
- ECHARRI (2003), Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.
- EHRHARDT (1994), Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- EISENBERG (2005), Kriminologie, 6ª ed., C.H. Beck, München, 2005.
- 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.
- ESER, ALBIN (1969), Die strafrechtliche Sanktionen gegen das Eigentum, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1969.
- 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 (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 (2012a), Las consecuencias jurídicas del delito, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 235 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ (2012b), El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 265 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ (2012c), Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson, 2012, pp. 91 ss.

- FEIJÓO SÁNCHEZ (2012*d*), La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 261 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ (2015), El delito corporativo en el Código penal español, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011*a*), en García de Enterría/T. Ramón Fernández, Curso de Derecho administrativo I, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011*b*), 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.
- FERNÁNDEZ TERUELO (2010), Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010, RDP (31) 2010, pp. 43 ss.
- 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.
- FOUCAULT (1966), Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines, Ed. Gallimard, Paris, 1966.
- FOUCAULT (1969), L'archéologie du savoir, Editions Gallimard, 1969.
- FOUCAULT (1980), El orden del discurso, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980.
- FRANK (1917), Unternehmerdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchpreisgesetz, ZStW 1917, pp. 28 ss.
- GARCÍA ALBERO (1995), «Non bis in idem» material y concurso de leyes penales, Cedecs, Barcelona, 1995.
- GARCÍA AMADO (2011), Responsabilidad jurídica, en Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad, nº 1, septiembre 2011 - febrero 2012, pp. 125 ss.
- GARCÍA ARÁN (1999), Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Cerezo et. alt. (eds.), El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 325 ss.
- GARCÍA ARÁN (2002), en Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal. Parte General, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GARCÍA ARÁN (2011), en Córdoba/García Arán (dir.), Comentarios al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 385 ss., pp. 637 ss., y pp. 975 ss.
- GARCÍA ARÁN, véase LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN
- GARCÍA BLASCO (1989), Infracciones y sanciones en materia laboral; Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (2011*a*), en García de Enterría/T. Ramón Fernández, Curso de Derecho administrativo I, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (2011*b*), en García de Enterría/T. Ramón Fernández, Curso de Derecho administrativo II, 12ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- GARCÍA GÓMEZ (2002), La simple negligencia en la comisión de infracciones tributarias, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- GARCÍA VICENTE ET ALT. (1998), Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales, Bosch, Barcelona, 1998.
- GARCÍA PABLOS (2006), Introducción al Derecho penal, 4ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GEIGER (2006), Die Rechtsnatur der Sanktion, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- GEPPERT (2006), comentario al § 44 StGB, en LK II, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2006.
- GIMBERNAT (1990), Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- GIMBERNAT (1999), Ensayos penales, Tecnos, Madrid, 1999.
- GÖHLER/GÜRTLER (2012), Ordnungswidrigkeitengesetz, Beck'sche Kurz-Kommentare, 16ª ed., C. H. Beck, München 2012.
- GÓMEZ-JARA (2012*a*), Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 109 ss.
- GÓMEZ-JARA (2012*b*), El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad), en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 135 ss.

- GÓMEZ-JARA (2012c), La culpabilidad de la persona jurídica, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 153 ss.
- GÓMEZ-JARA (2012d), La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 181 ss.
- GÓMEZ MARTÍN (2012), Falsa alarma, o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest* en Mir/Corcoy (dirs.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, pp. 331 ss.
- GÓMEZ 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 pp.), en InDret 1/2016, Sección ExLibris.
- GÓMEZ TOMILLO, Derecho administrativo sancionador. Parte General, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008.
- GÓMEZ TOMILLO, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013), Derecho administrativo sancionador. Parte General, 3ª ed., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2013.
- GONZÁLEZ CUSSAC (2015), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en González Cussac (dir.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 151 ss.
- GRACIA MARTÍN (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/Alas-tuey, 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. Universitat, 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](http://criminet.ugr.es/recpc)
- GRACIA MARTÍN (2004b), Recensión al libro de Martínez-Buján, Derecho penal económico. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, en RDPC, nº 13, 2004, pp. 445 ss.
- GRACIA MARTÍN (2005), Las llamadas «consecuencias accesorias» en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito, RPCP (17) 2005, pp. 195 ss.
- GRACIA MARTÍN (2006a), en Gracia/Boldova/Alas-tuey, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GRACIA MARTÍN (2006b), Fundamentos de Dogmática penal, Atelier, Barcelona, 2006.
- GRACIA MARTÍN (2008), voz La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Boix/Lloria, Diccionario de Derecho penal económico, Iustel, Madrid, 2008.
- GRACIA MARTÍN (2011), Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código penal español, en Urquiza/Abanto/Salazar (coordinadores), Dogmáti-

- ca 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 (2014a), La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad «penal» de las personas jurídicas, en Gimbernat/Gracia/Pñaranda/Rueda/Suárez/Urquiza, *Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas II. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, Gaceta penal & procesal, Lima, 2014, pp. 107 ss.
- GRACIA MARTÍN (2014b), La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura, en Foro FICP - Tribuna y Boletín de la FICP N° 2014-2 (septiembre), pp. 16 ss.
- GRACIA MARTÍN (2014c), Kritische Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung im Verbrechen Aufbau 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 N° 2015-2 (septiembre), pp. 149 ss.
- GRACIA MARTÍN (2016a), 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 (2016b), Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica, REPCP núm. 18 2016.
- GRAF ZU DOHNA (1950), *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 1950 (1ª ed. De 1935).
- 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.
- GÜNTERT (1983), *Die Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion*, Peter Deubner Verlag, Köln, 1983.
- GUTHRIE (1992), *Historia de la Filosofía griega V. Platón. Segunda época y la Academia*, versión española de Alberto Medina, Ed. Gredos, Madrid, 1992.
- HARDWIG, *Die Zurechnung*, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.
- HARRIS (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.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA (2012), *Función de la pena en la criminalidad económica*, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Comares, Granada, 2012, pp. 549 ss.
- HILGENDORF (2006), comentario al § 11 StGB, en LK I, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2006.
- 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. 60 ss.

- hnten, 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.
- HORN (1966), Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- 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.
- 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 (2002), Strafbarkeit juristischer Personen?, en Prittwitz et al. (eds.), Fest. f. Klaus Lüderssen, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, pp. 559 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.
- JORGE BARREIRO (1996), Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español, en JD, n.º 25, 1996.
- JORGE BARREIRO (1997), El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995, en Gómez Colomer/González Cussac (coordinadores), La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann), Castellón de la Plana, 1997, pp. 77 ss.
- JORGE BARREIRO (2000), Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código penal español de 1995, AP n.º 23 2000, pp. 487 ss.
- JORGE BARREIRO (2009), Aproximación a un estudio comparativo entre los sistemas de sanciones en el Código penal portugués de 1982 y el Código penal español de 1995, en Estudios em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias II, Coimbra Editora, 2009, pp. 103 ss.
- KAISER (1985), La criminalidad económica y la forma de combatirla, en BARBERO SANTOS (ed.), La reforma penal: delitos socio-económicos, Universidad de Madrid, 1985, pp. 169 ss.
- KAISER (1985), Introducción a la Criminología, 7ª ed., dirección y traducción de J. Mª Rodríguez Devesa, Ed. Dykinson, Madrid, 1988.
- KAISER (1996), Kriminologie, 3ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 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 (1979), Teoría pura del Derecho, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernengo, 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 Máynez, 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 reimpre-sión de la 1ª edición en español, Ed. Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1981.
- KÜPPER (1990), Georg, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- LACKNER (1989), Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1989.
- 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.
- LAGODNY (1996), Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996.
- 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.
- LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN (1996), El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Madrid, 1996.
- 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.
- LUZÓN PEÑA (1996), Curso de Derecho penal. Parte General I, 1ª ed., Ed. Universitas, Madrid, 1996.
- 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 (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, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; 1ª ed., publicada en Ed. Universitas, Madrid, 1996.
- MAIWALD (1966), Der «dolus generalis». Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, ZStW 1966, pp. 30 ss.
- MANZANARES SAMANIEGO (1977), La pena de comiso, REP, n.º 216, 1977, pp. 7 ss.
- MANZANARES SAMANIEGO (1981), La pena de comiso en el Proyecto de Código penal, ADPCP, 1981, pp. 17 ss.
- MANZANARES SAMANIEGO (1983), Las penas patrimoniales en el Código penal español, Bosch, Barcelona, 1983.
- MANZANARES SAMANIEGO (1992), Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal (1992), RDPC, n.º 2, 1992, pp. 375 ss.
- MANZANARES SAMANIEGO (1997), Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros, AP, n.º 24, 1997.
- 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 (1995), Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, Tecnos, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN (1998), Derecho penal económico. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MARTÍNEZ RUIZ (1999), Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, en RECPC 01-11 (1999) <http://criminet.ugr.es/recpc>;
- MAYER, OTTO (1924a), Deutsches Verwaltungsrecht 1, 3ª ed., München und Leipzig, 1924 (citado por la reimpresión inmodificada y conjunta de los 2 tomos, de Duncker & Humblot, Berlin, 2004).
- MAYER, OTTO (1924b), Deutsches Verwaltungsrecht 2, 3ª ed., München und Leipzig, 1924 (citado por la reimpresión inmodificada y conjunta de los 2 tomos, de Duncker & Humblot, Berlin, 2004).
- MEDINA ARIZA (1998), El control social del delito a través de la prevención situacional, RDPC n.º 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.
- MEINI MÉNDEZ (1999), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999.
- 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 n.º 78, 2008, pp. 93 ss.
- MENDONCA (2003), Los derechos en juego, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.
- 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, n.º 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, n.º 2015-2 (abril), pp. 140 ss.
- MIRÓ LLINARES (2006), Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código penal, en EDJ n.º 91 2006, pp. 187 ss.
- MITSCH (2005), Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2ª ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 2005.
- MITSCH (2014), Einleitung, en KKWiG, 4ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 2014.
- MONTORO PUERTO (1965), La infracción administrativa, Ed. Nauta, Barcelona, 1965.
- MÜLLER-DIETZ (1979), Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, R.v. Decker's, Heidelberg/Hamburg, 1979.
- MUÑOZ CONDE (1998), Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos, RP, n.º 1, 1998, pp. 67 ss.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2002), Derecho penal. Parte General, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015), Derecho penal. Parte General, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- 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), 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, Introducción al análisis del Derecho, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984.
- OCTAVIO DE TOLEDO (2002a), 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.
- OCTAVIO DE TOLEDO (2002b), El comiso, en La Ley, 2002 t. 3, pp. 1565 ss.
- OCTAVIO DE TOLEDO (2009), ¿Responsabilidad penal de los entes sociales?, ADPCP 2009, pp. 93 ss.
- OPPENHEIM (1926), Die natürliche Ordnung der Wissenschaften. Grundgesetze der vergleichenden Wissenschaftslehre, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926.
- OPPENHEIM, véase HEMPEL/OPPENHEIM.
- ORTIZ DE URBINA (2013), Sanciones penales contra empresas en España (*hispanica societas delinquere potest*), en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance* y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.
- ORTIZ DE URBINA (2014), Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american way, en MIR/CORCOY/GÓMEZ MARTÍN (dir.), Responsabilidad de la empresa y *Compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal, Edisofer/Ibdf, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014. pp. 35 ss.
- ORTIZ DE URBINA, SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA (2006).
- PARK (1997), Vermögensstrafe und “modernes” Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- 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.
- PETTOELLO MANTOVANI (1962), Responsabilità per fatto altrui. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- PHILIPPS (2005), Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen, en Schweighofer et al. (eds.), Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik Tagungsband des 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2005, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden, 2005, pp. 87 ss.
- PLATÓN, Diálogos II, Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo, traducción, introducciones y notas por J. Calonge Ruiz, E. Acosta Méndez, F. J. Olivieri y J. L. Calvo, Ed. Gredos, Madrid, 1999 (conforme a la norma, se cita el nombre del diálogo y los números marginales correspondientes al fragmento).
- PUENTE ABA (2003), La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código penal, AP, n.º 39, 2003.

- QUINTERO OLIVARES (1991), La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal, en RAP n.º 126, 1991, pp. 253 ss.
- RACHOR (2012), en Liskén/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, n.º 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.
- RAMÓN RIBAS (2004), La respuesta del Derecho penal moderno al delito: del Derecho penal de doble vía ¿al Derecho penal de cinco vías?, en Faraldo (dir.), Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- RANSIEK (2012), Überlegungen zur strafrechtlichen Verantwortung des Unternehmensträgers, en KEMPF/LÜDERSEN/VOLK, Unternehmensstrafrecht, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 285 ss.
- 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.
- RENGIER (2014), comentarios en KKOWiG, Lothar Senge (ed.) OWiG. Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. 4ª ed. C. H. Beck, München, 2014.
- 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 n.º 7705, 29 Sep. 2011.
- ROCA AGAPITO (2003), La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- 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.
- RODRÍGUEZ RAMOS (1996), «Societas delinquere non potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», La Ley, n.º 4136, de 3 de octubre de 1996.
- 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.
- ROSENKÖTTER (2011), Das Recht der Ordnungswidrigkeiten. 7ª ed. Boorberg Verlag, Stuttgart u. a. 2011.
- ROXIN (1968), Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, en Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen 1968, pp. 260 ss.
- 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.).
- RUEDA MARTÍN (2001), La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- SABINE (2000), Historia de la teoría política, 3ª ed. en español (1994), revisada por Thomas Landon Tor-

- zón, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 5ª reimpresión (2000).
- SÁINZ CANTERO (1990), Lecciones de Derecho penal. Parte General, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- 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.
- SANTOS BRIZ (2006), La responsabilidad civil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970.
- SANZ MORÁN (1986), El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, Universidad de Valladolid, 1986.
- SCHMITT, R. (1958), Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1958.
- SCHMITT, R. (1976), Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetz, en Festschrift für Richard Lange, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 877 ss.
- SCHMITT-LEONARDY (2013), Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2013.
- SCHNEIDER (2011), Die Verhaltensnorm im internationalen Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
- 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 Strafrechtswissen, 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 (2000), La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2000, pp. 643 ss.
- SCHÜNEMANN (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 (2002), Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación, ADPCP 2002, pp. 9 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 Jakob*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, en ZStW 2014, pp. 1 ss.
- SCHWINGE (1996), Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts, Centaurus-Verlagsgesellschaft, Pfaffenweiler, 1996.
- SEILER (1967), Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.
- SERRANO BUTRAGUEÑO (2002), Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia), Tomo I, Del Moral García/Serrano Butragueño (coords.) y otros, 3.ª ed., Comares, Granada, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ (1995), Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español, en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 357 ss.
- 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.
- SILVA SÁNCHEZ (2013), La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español, en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), Criminalidad de empresa y *compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15 ss.
- SILVA SÁNCHEZ (2014), ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, InDret 3/2014.
- SILVA SÁNCHEZ (2016), Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., Edisofer/IBdF, Madrid/Montevidéo/Buenos Aires, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA (2006), El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?, InDret 2/2006.
- SOLER COSTA (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.
- STRENG (2002), Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2002.
- STRUENSEE (2005), Grundlagenprobleme des Strafrechts, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2005.
- 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 nº 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.
- THEUNE (2006), comentario al § 45 StGB, en LK II, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2006.
- 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 (2014), Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 4ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2014.
- URRUELA MORA (2012), La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 465 ss.

- VILLAR PALASÍ (1955), Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado, RAP n° 16 1955, pp. 11 ss.
- VIZUETA FERNÁNDEZ (2006), El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a estos, RGDP n° 6 2006.
- VIZUETA FERNÁNDEZ (2007a), El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por valor equivalente a éstas, RP n° 19, 2007, pp. 162 ss.
- VIZUETA FERNÁNDEZ (2007b), El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?, en La Ley n° 1 2007, pp. 1673 ss.
- VIZUETA FERNÁNDEZ (2011), La regulación general del comiso en el Código penal español, RDP n° 19 2011, pp. 99 ss.
- 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 (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), Kausalität und Handlung, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 7 ss.
- WELZEL (1975b), Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin, 1975, pp. 29 ss.
- WELZEL (1975c), Studien zum System des Strafrechts, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin, pp. 120 ss.
- WELZEL (1975d), Naturrecht und Rechtspositivismus, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin, 1975 pp. 274 ss.
- WELZEL (1975e), Macht und Recht, en su recopilación Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, De Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 288 ss.
- WELZEL (1975f), Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin, pp. 345 ss.
- WOLF, ERIK (1930), Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, en Festgabe für Reinhart von Frank II, Tübingen, 1930.
- ZAFFARONI (2002), Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZAFFARONI (2002), Política y Dogmática jurídico penal, en su colectánea En torno a la cuestión criminal, IBdF, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 71 ss.
- ZAFFARONI (2005a), Política y Dogmática jurídico penal, en su colectánea En torno a la cuestión criminal, IBdF, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 71 ss.
- 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.
- 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 (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.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2012), Responsabilidad penal de las empresas: experiencias adquiridas y desafíos futuros, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 435 ss.