

JACINTO PÉREZ ARIAS

CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

Sumario: 1. Introducción. 2. Aspectos dogmáticos relevantes en la responsabilidad penal corporativa. 2.1. Capacidad de acción y tipicidad. 2.2. Capacidad de culpabilidad. 2.3. Teoría del sujeto. 3. Amnesia legislativa. Imposible mutación jurídica del artículo 162 Código Penal. 4. Bibliografía.

1. El artículo 162 del código penal (último precepto de este Título V) establece que la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable pertenciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Se trata de un artículo de cierre en el ámbito de la manipulación genética que tipifica la responsabilidad accesoria de las personas jurídicas en base al extinto régimen ubicado en el artículo 129 del código penal.

Este precepto no ha sufrido modificación alguna desde su instauración en el año 1995, ni tan siquiera ha sido objeto de reforma mediante la LO 5/2010, norma que introduce en el orden penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tampoco ha vairado con la reciente LO 1/2015 de Reforma del Código Penal.

Este tipo de responsabilidad penal ha sufrido un profundo cambio a lo largo de los años en el derecho penal español, y sin embargo el artículo 162 del código penal ha quedado impasible, inmutado y hasta desfasado de este nuevo modelo de responsabilidad penal.

Para un sector de la doctrina la responsabilidad de la persona jurídica inició su andadura a través de la reforma operada por la LO 8/1983¹, que

1 Anteriormente el Proyecto Silvela del Código Penal (1884) afirmaba “*por una parte que la responsabilidad criminal es individual y [disponía], por otra, la posibilidad de imponer las medidas de suspensión y disolución de las sociedades*”, criterio que fue precisado en el Código penal de 1928 al establecer como medidas de seguridad la disolución, suspensión o supresión de las entidades o personas jurídicas. Así lo recuerda S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 2011, 196. Concretamente se disponía en el artículo 25 del Proyecto

incluyó² en el artículo 15 bis del viejo código la responsabilidad personal del directivo, órgano de la persona jurídica o representante (legal o voluntario, se decía) por los hechos cometidos por las entidades aún cuando no concurrieran en aquel las condiciones necesarias para la aplicación del delito de que se tratara. Se trataba de responsabilizar al sujeto que actuaba en nombre de otro y para ello se debía tender un puente de legalidad que autorizara esa clase de autoría.

Como se afirmaba en la exposición de motivos de la citada ley *la rigurosa interpretación de la autoría dificultaba la imputación de responsabilidad al que se presume verdadero autor dada las condiciones y cualidades que éste debe tener*. Dicho de otro modo, y por lo que aquí interesa, se negaba a la persona jurídica las cualidades necesarias para ser considerada autora de hechos criminales. Así lo afirmaba sin tapujos el Tribunal Constitucional (Sentencias 150/89 y 253/93) y el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Segunda, de 30 de junio de 2010).

En el año 1995, con la instauración del vigente Código Penal, se producen dos cambios importantes. Por un lado, se modifica la cualidad del autor persona física dentro de la entidad jurídica descrita en el anterior artículo 15 bis –se ubica en el artículo 31– pasando de directivo u órgano a administrador de hecho o de Derecho, y de otro, en el artículo 129 se incluye un haz de consecuencias accesorias que podían imponerse directamente a la persona jurídica con el fin de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, y que iban desde la clausura definitiva o temporal de la empresa hasta la disolución de la sociedad, pasando por medidas de intervención, etc. A este régimen jurídico, completamente derogado en la actualidad, pertenece el artículo 162 del Código penal que nos ocupa.

que “*Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma les proporciona, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social, los Tribunales decretarán en la sentencia la suspensión de las funciones de la sociedad, corporación o empresa, o su disolución o supresión, según proceda*”, aunque como señala MORILLAS CUEVAS esta especie de responsabilidad penal de las personas jurídicas sería una excepción ya que el propio artículo *se inicia con la rotunda afirmación de que “la responsabilidad por los delitos o faltas es individual”* (L. MORILLAS CUEVA, *en la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n. 29, 2011, 3.

- 2 Tal y como había sugerido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que fue introducida ya en el Proyecto de 1980, convirtiéndose en el artículo 15 bis de la LO 8/1983.

Más adelante, concretamente en el año 2003, y a través LO 15/2003 de 25 de noviembre, se incorpora al Código un segundo apartado en el artículo 31 que modifica ampliamente el escenario y augura en cierto modo la situación creada con la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2.010. En aquel apartado segundo se implantaba la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica cuando el autor persona física, en cuyo nombre y por su cuenta actuaba, fuera condenado, en los supuestos establecidos, a pena de multa. Dicho de otro modo, cuando el delito fuera cometido a través de una persona jurídica (o «por ella misma» pero a través de las personas físicas que la dirigen) y la pena a aplicar por ese delito fuera la de multa, la persona jurídica respondería solidariamente respecto de esa pena. En el ámbito de la manipulación genética, dicha previsión solo podía ser aplicada –por contener pena de multa– en la modalidad imprudente del delito de manipulación genética del artículo 159.2 del código penal.

En aquel contexto legal, vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, la persona jurídica podía por tanto sufrir consecuencias accesorias (vía artículo 129 del Código Penal) y/o ser responsable directo y solidario del pago de la pena de multa impuesta al autor del delito (vía 31.2 del Código Penal, y solo aplicable en este ámbito para el delito previsto en el artículo 159.2 del código penal), pero en caso alguno podía ser sujeto responsable de una conducta penal. Como señala ADÁN NIETO³, *pese a que la intención del legislador fue probablemente establecer una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas, el artículo 31 puede interpretarse como un supuesto de responsabilidad civil de la sociedad por la sanción impuesta al administrador, semejante a la que ha existido tradicionalmente en el ordenamiento italiano.*

El régimen legal sintetizado –entiéndase referido al Art. 31.2 y al Art. 129 Código Penal– y que es al que se remite el artículo 162 del Código penal (en lo relativo a la manipulación genética) quedó derogado por completo con la LO 5/2010, al instaurar un sistema autónomo de responsabilidad penal de la persona jurídica, articulado a través del extenso y nuevo artículo 31 bis del Código Penal. Concretamente, se ha derogado expresamente el artículo 31.2 y se ha modificado, hasta perder su naturaleza original, la redacción del artículo 129 que pasa a regular las medidas aplicables a aquellas entidades que, por carecer de personalidad jurídica, no pueden incardinarse en el actual artículo 31 bis.

3 A. NIETO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados*, en *Revista Penal*, n. 17, Wolters Kluwer España, S.A., 2006, 227.

Solo la reforma realizada en el año 2010 constituye la completa derogación, o supuesta superación, de la vieja locución *societas delinquere non potest*, concepto éste de profunda complejidad jurídica –si se analiza desde perspectivas de teoría general– y que, incluso, desde recientes pronunciamientos de la Sala Segunda de nuestro Alto Tribunal nada permitía entender su superación real desde el plano teórico⁴.

En este nuevo contexto, resulta obvio que el artículo 162 del Código Penal ha quedado sin trascendencia práctica alguna, ya que sigue remitiendo su contenido al artículo 129 del código penal, cuando en la actualidad, este precepto solo regula aquellos casos en los que la conducta delictiva se ha llevado a cabo por corporaciones que carecen de personalidad jurídica. Es decir, en el ámbito de la manipulación genética, y a pesar de que el legislador ha querido hacer responsables a las personas jurídicas desde su instauración en el año 1995, se ha terminado por cercenar dicha posibilidad al mantener intacto un artículo que se remite a otro (artículo 129) cuyo tenor literal no solo ha mutado sino que nada tiene que ver con el estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sentido estricto y actual. El artículo 129 del código penal no regula en la actualidad la consecuencias accesorias sino la posibilidad residual de poder aplicar determinadas medidas a aquellas corporaciones que no tienen personalidad jurídica, pues en caso de tenerlas (esa es la regla general que inspira al legislador) sería de aplicación el artículo 31 bis, que exige de manera expresa e imperativa la tipificación concreta de esta responsabilidad corporativa en el delito de que se trate. Obviando esta referencia expresa (este es el olvido del legislador con el artículo 162 del código penal) no puede sino concluirse que la persona jurídica no podrá ser responsable en el ámbito de la manipulación genética, y ello por mucho que la *mens legislatoris* (contenida en la versión histórica y a la vez vigente

4 Véase en este sentido la STS número 862/2009, de 23 de julio, que expresa que *«Si bien es cierto que existe una corriente doctrinal minoritaria proclive a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas,[...] ello no quiere decir que se haya derogado en nuestro ordenamiento el principio societas delinquere non potest. Pues no parece plausible hablar de una conducta humana atribuible a la propia persona jurídica; ni tampoco realizar un reproche ético social, con base en el principio de culpabilidad, a un ente que no es una persona física; ni resulta muy factible imponerle a una persona jurídica cierta clase de penas ni que cargue con el lastre de cumplir otras por actos que personalmente no ha realizado, sin olvidar las consecuencias indirectas que conlleva la imposición de una pena a sujetos integrantes de una sociedad que no han tomado parte en el comportamiento delictivo»*.

del mencionado artículo) confirme lo contrario. Paradoja legal que solo puede solucionarse con una aplicación exhaustiva de la norma.

En términos de coherencia legislativa, que no de comprensión de la nueva norma, la redacción del artículo que comentamos ha debido ser adaptado a los nuevos criterios de responsabilidad y no dejarlo aislado conforme al ya extinto principio *societas delinquere non potest*.

Es de señalar, además, que la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica solo puede atribuirse -dentro de los modelos establecidos en el artículo 31 bis- en aquellos delitos para los que expresamente se haya contemplado esta posibilidad. Por tanto, en ningún caso, y como ya hemos señalado, esta modificación puede resultar aplicable a los delitos contemplados en el Título V del Código Penal.

Aún con todo, y alejados de posicionamientos que han sucumbido a la crítica por seguir un estricto positivismo acrítico, el marco legal que atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas no puede ser acogido de manera favorable desde un punto de vista dogmático y práctico; desmerecimiento que se debe no solo a la propia instauración de un modelo de responsabilidad altamente discutido y discutible sino por la propia redacción llevada a cabo por el legislador.

2. Aspectos dogmáticos relevantes en la responsabilidad Penal corporativa

2.1. La primera cuestión que debe ser analizada es si la persona jurídica, simplemente por una decisión legislativa, puede ser responsable penalmente por las conductas realizadas por personas físicas (aquellas enumeradas en el Art. 31 bis del Código Penal).

Desde cualquier planteamiento de la antijuricidad, formal o material, resulta imposible que la persona jurídica adquiera capacidad de acción. Sería por tanto inasumible que pueda reprocharse, en sentido propio, la antijuricidad de un hecho cuya realización es imposible.

Los términos del artículo 31 bis permiten concluir -de manera contradictoria- ésta incapacidad de acción de las corporaciones. El legislador, aún siendo consciente de que la persona jurídica no responde más que por los delitos cometidos por las personas que se enumeran en el artículo 31 bis, subraya que estamos ante una responsabilidad por hecho propio, extremo éste que no deja de ser una mera etiqueta lingüística para impedir la inconstitucionalidad del precepto. Obsérvese el Preámbulo de la LO 1/2015 de Reforma del Código Penal cuando dice que *«se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas ju-*

rídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, [poniendo con ello fin] a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial» (SIC).

El sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica –de doble vía– se circunscribe a los supuestos delitos que se cometan, por un lado, en nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho (entendido éste en sentido directo, como beneficio, o indirecto, como ahorro de costes), por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho (la llamada responsabilidad del hecho personal por representación o tesis del reflejo, a semejanza del Artículo 121.2 del Código Penal francés), y, por otro, por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas (representantes legales y administradores de hecho o de derecho), han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control (artículo 31 bis, n.º 1). En este último caso, añade el precepto, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Esta responsabilidad se genera al constatarse la comisión de dichos delitos por quien ostente los cargos o funciones aludidas, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (artículo 31 bis, n.º 2). Esta posibilidad motivará una auténtica fuga del derecho penal respecto de las personas físicas, y ello aunque estemos en una época en la que el sentido legislativo –por completo discutible– sea diametralmente el opuesto (la llamada expansión hacia el derecho penal).

En los diversos conceptos de acción poco parece encajar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien, y partiendo de la supuesta posición de garante de los administradores que parece establecerse en el artículo 31 bis, (apartado segundo) puede deducirse un concepto negativo de acción⁵. Como señala LUZÓN PEÑA⁶, esta concepción negativa de acción entiende no solo la omisión sino también la comisión como evitación de un resultado pudiendo hacerlo⁷. Sin embargo, y como afirma el citado autor

5 Concepto propuesto por la doctrina alemana por Herzberg y Behrendt.

6 L. PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2012, 135.

7 En el mismo sentido POLAINO NAVARRETE señala que la concepción negativa de acción define la conducta humana como la no evitación de un resultado existiendo posibilidad de haberlo evitado

este concepto debe ser rechazado al ser totalmente normativo, es decir, que esta pensando solo en delitos (centrándose además casi exclusivamente en delitos de resultado), y en su significado de delitos de comisión o de omisión respecto de la producción de un resultado típico, y no en la simple conducta como tal, con independencia de sus ulteriores características relativas a la producción de resultados típicos. Dicho de otra manera, se acude a un concepto de significado normativo, el de inevitabilidad o inevitabilidad del resultado, para resolver ya en la acción cuestiones que realmente son de antijuridicidad o ausencia de la misma (caso fortuito por inevitabilidad general), o de culpabilidad o inculpabilidad (incapacidad individual de previsión o de evitación).

La persona jurídica no tiene capacidad de acción, dado que ésta solo es predicable de la persona física, en tanto sujeto único con capacidad de razonar y elegir un determinado comportamiento (activo u omisivo de tipo doloso) y/o advertir peligros (en la imprudencia). En última instancia, la persona jurídica no es sino un patrimonio organizado en torno a una actividad, dirigida y administrada por personas físicas, siendo imposible aislar e independizar la titularidad de la conducta (que recae jurídicamente sobre la persona jurídica) del autor real y material de esta (que exclusivamente recae sobre personas físicas). En definitiva, la persona jurídica no puede ser considerada más que un instrumento –de corte jurídico– en el iter criminis de los autores.

Solo desde perspectivas funcionalistas de difícil aceptación puede atribuirse responsabilidad penal a la persona jurídica, en la medida en que esta corriente sociológica (abstraída de la fenomenología jurídica) aboga por aplicar la consecuencia de la pena a cualquier sujeto o ente con implicaciones en el delito (bastando una implicación instrumental). Aceptar tal concepción conduce a un derecho penal simbólico que desnaturaliza esta disciplina como instrumento último del Estado para responder a los ataques más graves hacia los bienes jurídicos relevantes.

Hemos de señalar que la persona jurídica solo puede ser responsable de los delitos expresamente previstos en el Código Penal. Por tanto, no cabrá inferir responsabilidad penal alguna sino solo de aquellos delitos en los que exista una previsión expresa para la persona jurídica (sucede lo mismo que con los delitos imprudentes en el artículo 12 del Código Penal, el perdón del ofendido en el artículo 130.5 del Código Penal, etc.).

En consecuencia, se establece un número cerrado de figuras delictivas en las que, solo y con carácter exclusivo, se podrá declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Es aquí precisamente donde se produce el escollo aplicativo del artículo 162 del código penal. La actual configuración

del ámbito de responsabilidad penal corporativa impide imputar delitos a la persona jurídica si, con carácter previo y expreso, no se ha previsto esta posibilidad en el delito en cuestión. No son por tanto válidas las anteriores configuraciones indirectas o accesorias de responsabilidad de la persona jurídica, y si algún precepto del código penal ha quedado inalterado tras la reforma de la LO 5/2010, es el caso del artículo 162 del código penal, debe entenderse derogado en aplicación coherente y sistemática del principio de legalidad penal.

2.2. Por otra parte, yún cuando la culpabilidad es un segmento del Derecho Penal cuyo alcance será cuestionado siempre por la doctrina, no puede negarse que, desde el propio concepto de antijuricidad, el hecho culpable debe ser realizado por una persona física, en tanto tiene capacidad de acción, es decir, tiene capacidad de modificar el mundo –dolosa o imprudentemente- mediante un hecho/omisión individual y analizable en términos valorativos y prácticos. Y esto con independencia de las divergencias que surjan a la hora de decidir cómo se entiende la culpabilidad. Dicho de otro modo, culpable solo puede ser el autor natural (no artificial o ficticio) del hecho típicamente antijurídico.

Con la aparición de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la culpabilidad se torna claramente en un análisis metafísico, esto es, la culpabilidad se ciñe a una afirmación que escaparía por completo a toda posibilidad de experimentación sensible por el ser humano, de tal forma que la culpabilidad en la persona jurídica está llamada a estructurarse en estantes predefinidos y cuya acreditación real escaparía a cualquier esfuerzo probatorio. Una culpabilidad así conduce de manera inexorable hacia una responsabilidad penal objetiva, y resulta abiertamente contraria al marco constitucional.

Tal es así que, como señala VELASCO NUÑEZ⁸, *dado que sin voluntad no hay culpabilidad, la acción realizada en nombre de la persona jurídica, en principio, tampoco puede ser susceptible de reproche social, ni realmente le puede ser imputable, pues se trata de un mero patrimonio para un fin mercantil.*

Dentro de la reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos destacar el hecho de que no existen conductas dolosas, y ello por mucho que el delito de referencia (aquel que puede ser atribuido a la corporación) esté concebido para esta modalidad de culpabilidad. Esta relevante

8 E. VELASCO NUÑEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*, en *Diario La Ley*, n. 7883, 2012, 2.

circunstancia no solo modifica el elemento subjetivo del delito sino que pone de manifiesto que la vinculación de la persona jurídica con el delito, más allá de su discutible capacidad de acción (ausencia de hecho propio) y de su culpabilidad directa, persigue la aplicación mecánica y estricta de la pena por el mero hecho de que las personas físicas enumeradas en el artículo 31 bis han infringido la norma penal.

Solo se establecen conductas valorables desde una concepción imprudente de la culpabilidad, consiguiendo desnaturalizar por completo la estructura general del delito, ya que, con clara infracción del artículo 12 del Código Penal, a la persona jurídica se le pueden atribuir conductas que no contienen ninguna modalidad típica basada en la imprudencia. También, y como se ha dicho más arriba, se instaura una ilimitada posición de garante, autorizando con ello a imputar en masa una serie de conductas activas que fuerzan, y por tanto desnaturalizan, el propio y preciso concepto dogmático y legislativo de omisión. En España, se ha optado por establecer un estatuto general de responsabilidad de la persona jurídica, con abstracción del elemento subjetivo concreto establecido en el delito a imputar. Así, mientras que la persona física debe traspasar dos límites valorativos -el elemento objetivo (conducta propia y resultado) y el subjetivo del tipo- nos encontramos con que a la persona jurídica (además de no actuar en sentido propio, eliminando con ello el elemento objetivo de la conducta) se le ha suprimido completamente el elemento subjetivo para la atribución de culpabilidad. Así las cosas, la persona jurídica solo responde por la causación del elemento objetivo del resultado del delito -que además ha realizado una persona física-.

Con tales antecedentes, no cabe la menor duda de que el legislador, siguiendo criterios de política criminal, ha tenido a bien instaurar un sistema de responsabilidad en el que la pena -que en la mayoría de las veces será de multa- se convierte en un instrumento de retribución económica por la comisión delictiva. Dicho de otra manera, se cambia radicalmente el concepto de retribución de la pena, concretándose éste, a diferencia del tradicional, en el provecho económico que el Estado, y no solo la persona jurídica, podrá percibir por los delitos cometidos en la empresa .

El debate en torno a la culpabilidad de las personas jurídicas ha partido de tres ideas básicas. De un lado, la propuesta por SCHÜNEMANN⁹ que, aún

9 SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.

admitiendo la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica, sostiene que el fundamento del reproche se halla en un estado de necesidad del bien jurídico¹⁰; De otro, la propuesta por TIEDEMANN¹¹ que elabora toda una teoría de culpabilidad sobre la base del defecto de organización. Y una tercera fundamentación de la culpabilidad en general –y que ha querido extrapolarse, en algún caso, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas– se sustenta en criterios funcionalistas elaborados desde la perspectiva de la prevención de la pena. Casi todas las teorías existentes son meras derivadas de las dos primeras formulaciones señaladas (así, HIRSCH, KORTE, EIDAM, etc.).

En el ámbito de este funcionalismo, nos encontramos, a su vez, con dos teorías sobre la culpabilidad: De un lado, la propiciada por ROXIN¹², que desde perspectivas de prevención especial y bajo un funcionalismo moderado¹³, parte de la necesaria existencia de un sujeto persona física (único capaz de resocialización), por lo que, en modo alguno, satisface la culpabilidad colectiva y, de otro, la sostenida por JAKOBS que, fundamentando la culpabilidad en la función preventiva general y conforme a un funcionalismo radical¹⁴, admitiría, partiendo de una metateoría sobre los sistemas de Luhmann, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Son diversas las categorías empleadas por la doctrina para fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica (conciencia especial de la persona jurídica, espíritu normativo, conducción de la actividad empresarial, etc.) siendo la teoría del defecto de organización (debida a Tiedemann) la más seguida. La base de esta teoría se encuentra en una concepción amplia de la culpabilidad tendente a renunciar a cualquier reproche ético personal centrándose en una dimensión estrictamente socio-jurídica¹⁵ (Responsabilidad social, en palabras del propio TIEDEMANN¹⁶).

10 Entiendo que resulta inadmisibile un modelo de responsabilidad de la persona jurídica basado en lo que algunos han denominado “la defensa a ultranza del bien jurídico”, porque una posición tan defensista quiebra la idea de última ratio del derecho penal. En la medida que la persona jurídica no es capaz de asumir la función preventiva especial de la pena, las penas establecidas en el código no son más que un catálogo de sanciones que bien pudieran haberse establecido en el ámbito administrativo

11 TIEDEMANN, *Die «Bebufung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*

12 ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1972.

13 Influido por el funcionalismo de PARSONS

14 Influido por el funcionalismo de LUHMANN

15 J. GÓMEZ, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, en *Civitas*, 2012, 163.

16 TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, 1993, 233.

Sin embargo, es inviable concebir una concepción de la culpabilidad sin ni siquiera hacer referencia a la acción y ninguna de estas teorías funda la posible culpabilidad de la persona jurídica en un hecho real propio (en sentido real y no figurado). Tampoco se mencionan ni el dolo ni la imprudencia, ya sean consideradas éstas como formas de culpabilidad o como elementos subjetivos de la tipicidad. Lo que sí establecen prácticamente todas estas teorías, como factor común, es la idea de posición de garante de la persona jurídica, y si bien podemos compartir parcialmente esta posición (cuando, según el caso concreto, queda referida a los miembros de un órgano colegiado o de una persona física dependiente), en modo alguno es sostenible cuando se refiere a un ente sin capacidad autónoma de decisión y, por tanto, incapaz de hacer o evitar. En definitiva, ante la improbable posibilidad de acción en la corporación (dada la imposibilidad de evitación de la misma) y su ausente culpabilidad resulta imposible que se de, en su definición neoclásica¹⁷, cualquier forma de aparición delictiva atribuible a una persona jurídica.

Absolutamente nada queda al margen de las personas físicas, y solo su capacitación profesional, el fondo económico de que dispongan, etc., serán las que decidan el devenir de las personas jurídicas en su relación con el mundo y, concretamente, con el Derecho. Por tanto, estas personas físicas, y no el ente, son quienes llegan al abuso de la personalidad jurídica, concepto creado precisamente para definir el uso fraudulento de la corporación por los individuos que la dirigen. Como indican JÜRGEN LOUIS y MARTIN PAUL WASSMER¹⁸ *la opinión tradicional discute la capacidad de culpabilidad de la asociación, porque la culpabilidad debería determinarse en términos ético-sociales; sólo el hombre podría, a partir de una autodeterminación libre y responsable, decidirse contra el derecho, sólo contra el hombre podría formularse el reproche de la falta ética*. Otra cosa es que se admita –y parece poco compatible constitucionalmente– una responsabilidad penal por hecho ajeno, fundamentada tan solo en reproche y en reafirmación de la norma infringida.

17 Como señala COBO DEL ROSAL, en la actualidad se habla de especiales formas de aparición del delito en un sentido totalmente disintió del adoptado por la sistemática neoclásica en la que la antijuridicidad y lo injusto eran básicamente idénticas para todas las clases de delitos. COBO DEL ROSAL, *Instituciones de Derecho Penal Español*, Madrid, 2004, 217. Actualmente, y aunque no resulta pacífico en la doctrina, dentro de las especiales formas de aparición del delito se analiza el iter criminis, la autoría, participación y el concurso.

18 JÜRGEN, M. P. WASSMER, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Sistemas Penales comparados*, en *Revista Penal*, n. 17, Wolters Kluwer España, S.A., 2006, 205.

En definitiva, el modelo de responsabilidad establecido en el Art. 31 bis sostiene una responsabilidad por transferencia en modo alguno basada en un hecho propio de la persona jurídica. Tal modelo instaura una responsabilidad objetiva corporativa en la medida que queda predeterminada en el Código Penal de manera estática y desconectada absolutamente del hecho delictivo y de la culpabilidad, que solo son predicables de las personas físicas determinadas en el citado precepto.

2.3. El legislador penal del año 2010 tampoco ha definido una teoría sobre la autoría de la persona jurídica, haciéndola responsable sin ser, en sentido estricto, autor o partícipe. Esta conclusión puede extraerse del propio artículo 31 bis cuando establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos «por», es decir, se acepta que la corporación no ha realizado conducta delictiva alguna. La desafortunada redacción de este precepto no es sino una inaceptable mezcla de puras referencias a conceptos comunes que después no se compadecen, en absoluto, con el articulado correspondiente del Código Penal referido a la persona física.

La persona jurídica solo es un ente creado y diseñado para un fin. Un fin que, además, debe ser posible, lícito y determinado. Es decir, que se pretende extender la eficacia de los actos de un ente, que está diseñado para unos fines y dirigido por personas físicas, a supuestos no solo no amparados dentro de su objeto lícito sino que pueden incluso ser calificados de delictivos. Una cosa es que a una corporación se le exija responsabilidad en el ámbito económico (si ese es uno de sus fines) por sus actos «económicos» incorrectos, y otra muy distinta es que pretenda incluirse como sujeto para poderle atribuir penalmente las conductas que han realizado las personas físicas que la dirigen o gobiernan o administran para defraudar, etc. Dicho con otras palabras, los actos son formalmente de las personas jurídicas, pero las decisiones reflexivas que dan como resultado esos actos no. La persona jurídica carece por tanto de sustantividad material y necesita de una persona física que «obre o actúe» por ella (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 11 de mayo de 2013), siendo el «derecho de voto» de estas personas físicas el único instrumento jurídico de formación de voluntad corporativa. Cómo se emplee este derecho a votar solo puede afectar penalmente a su titular (accionista, consejero, partícipe, etc.) pero nunca a la entidad jurídica gestionada (instrumento inerte).

A lo máximo que se puede llegar es a la aplicación de consecuencias jurídicas para evitar los beneficios –no buscados precisamente por la persona jurídica– que la conducta delictiva le haya podido procurar, incluso

llegando a la disolución si se entiende que la persona jurídica no ha sido constituida para obtener fines lícitos, pero nada más.

No son en absoluto satisfactorias las tesis sociológicas esgrimidas por quienes defienden la responsabilidad corporativa (apoyadas en autores como Habermas o Luhmann), y que basan la responsabilidad penal de la personas jurídicas en la interacción (capacidad comunicativa) que los actos corporativos producen en el mundo jurídico merced a la eficacia que tales actos les reconoce el Derecho. Aunque consideremos que la existencia de acción comunicativa válida entre sujetos implica una interacción entre éstos que permite producir efectos jurídicos en el mundo, debemos concluir que la selección de sujetos es, en todo caso, natural y no artificial o selectiva. Cuando cierto sector de la doctrina aboga por esta capacidad comunicativa para entender que las personas jurídicas son sujetos con capacidad de responsabilidad penal en realidad está seleccionando o corrompiendo la teoría para hacer un claro supuesto de la cuestión, y ello, porque, siendo estrictos y no selectivos, los menores también tienen capacidad comunicativa y no por eso se les atribuye capacidad jurídica plena. Es más, no la tienen no porque carezcan de capacidad comunicativa sino porque el legislador -atendiendo a puros elementos de incapacidad intelectual y volitiva de estos sujetos para comprender y ordenar su voluntad- considera que son inimputables. Por eso no los somete a una reprobación personal e individual por sus actos.

Entendemos que, en sede penal, la capacidad comunicativa se debe relacionar con las bases que definen la imputabilidad. Siguiendo el anterior ejemplo, el menor tiene capacidad comunicativa pero no penal comunicativa, porque es incapaz de entender la trascendencia de su conducta y de la infracción en que consiste esta conducta sobre el bien jurídico que pretende proteger la norma (ausencia de capacidad para motivarse con la norma). No obstante, esa inimputabilidad (imaginemos que un menor de 9 años ha causado la muerte de un sujeto) no supone, en modo alguno, que el Derecho, que no solo es Derecho Penal, quede impasible ante tal hecho.

En el ámbito de la persona jurídica se pretende atribuir en términos de reprobación penal la conducta exteriorizada por una corporación, olvidando que quien dirige y controla la misma no es sino una persona física, única a la que, en todo caso, podrá someterse a un reproche personal en el ámbito penal.

3. La situación que se genera por el incomprensible olvido del art. 162 del Còdigo Penal es evidente: En la medida que el sí modificado artículo 129 solo resulta de aplicación residual para los supuestos de organizaciones

y grupos que, por carecer de personalidad jurídica, no están comprendidos en el estatuto de la responsabilidad penal de la persona jurídica del artículo 31 bis, será imposible, a la luz de los principios básicos del Derecho penal y de la obsoleta redacción vigente del artículo 162 CP, la aplicación de consecuencia alguna a la propia organización a la que pertenezca el autor. Por tanto, el artículo ha quedado vacío de contenido.

Dicha situación, de enorme relevancia práctica, no varía con la LO 1/2015 de reforma del Código Penal, demostrando el desprecio que el legislador tiene por la coherencia sistemática y estructural que todo cuerpo normativo debe tener. En realidad, las numerosas reformas realizadas en el código penal desde su instauración en el año 1995 –de diferente corte ideológico y jurídico– han quebrado el espíritu legislativo que motivó su aprobación, iniciándose, con tanta reforma de parche, un claro síntoma de vejez prematura, que abocará sin duda a una inseguridad jurídica inevitable, solo paliada con la temible interpretación judicial ad hoc. Tal situación solo podrá corregirse con una refundición del texto penal que vuelva a coordinar (pues actualmente se encuentran desconectados) los principios esenciales que contiene con las diversas modalidades delictivas que tipifica. El mejor ejemplo de ello es, sin duda alguna, el artículo 162, que pretendiendo depurar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito de los delitos contra la manipulación genética no encuentra sin embargo acomodo en el actual marco legal de este tipo de responsabilidad criminal.

Es más, la propia redacción penológica del artículo 162 del código penal, aun cuando se quisiera forzar su interpretación, excluiría actualmente su posible aplicación práctica, pues remite de manera genérica al catálogo de sanciones previstas en el artículo 129 (« [...] *la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código* [...]»). Dicha remisión, que solo fue admisible cuando dicho artículo establecía consecuencias accesorias, resulta hoy en día contraria al principio de legalidad, en tanto esas medidas indirectas o accesorias son en la actualidad penas en sentido estricto. (Art. 33.7 Código Penal).

Dicho precepto, para quedar ajustado al artículo 31 bis, y siempre que el legislador pretenda continuar con la responsabilidad penal de la persona jurídica, y con la extensión de la pena que entienda proporcional, debería redactarse de la siguiente manera: «*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este título, se le impondrán las siguientes penas*[...]».

Mientras el artículo 162 del código penal no quede redactado así, de los delitos relativos a la manipulación genética solo responderán las personas físicas o naturales.

4.

- ADAN NIETO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados*. Revista Penal, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.
- BENÍTEZ ORTUZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Edersa, Madrid, 1997.
- M. COBO DEL ROSAL, *Instituciones de Derecho Penal Español*, Editorial Cesej, Madrid, 2004.
- COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÒN, *Derecho penal. Parte general*.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo código penal español*, 1995.
- GARCÍA GONZÁLEZ, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Edersa, Madrid, 2001.
- GÓMEZ JARA, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Civitas*, Thomson Reuters. 2012.
- GONZÁLEZ CUSSAC, *Manipulación genética*, en VV.AA, Derecho Penal, Parte especial.
- GRACIA MARTÍN, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en comentarios al Código Penal, parte especial.
- HIGUERA GUIMERÀ, *El Derecho penal y la genética*.
- JURGEN, MARTIN PAUL WASSMER, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados*, Revista Penal, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.
- LACADENA CALERO, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: Un comentario genético*. Revista Derecho y Genoma Humano, 1996.
- LUZÓN PENA, en *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Valencia, 2012.
- MACÍÀ GÓMEZ, ROIG ALTOZANO, *Nuevo Código penal de 1195*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- F. MANTOVANI, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*, Revista Derecho y Genoma Humano, núm. 1, 1994, 93-135.
- S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª Edición, Barcelona, 2011.
- MORILLAS CUEVA, BENÍTEZ ORTUZAR, *Límites penales a la experimentación humana, en El Derecho ante el Proyecto de genoma humano*, Vol. III, Madrid, 1994.
- MORILLAS CUEVA, CASTELLÒ NICÁS, *Comentario al artículo 159 del Código Penal*, en *Comentario al Código Penal*, dirigidos por Cobo del Rosal, Tomo V, Madrid, 2002.
- MORILLAS CUEVA, *Manipulación genética. Límites jurídico-penales y frontera penal. La respuesta al código penal español*, en *Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, 2002.
- MORILLAS CUEVA, *Clonación y Derecho Penal*, en *Societas & Lex*, 2002.
- MORILLAS CUEVA, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en curso de Derecho Penal español, Parte especial, obra dirigida por Cobo del Rosal, Dykinson. 2005.
- L. MORILLAS CUEVA, *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Anales de Derecho (Universidad de Murcia), Núm. 29, 2011.
- MORA ALARCÓN, *Suma de Derecho penal. Parte especial*, Edisofer, Madrid, 1996.

- MUNOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 1996.
- J. PÉREZ ARIAZ, *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 2014.
- PERIS RIERA, GARCÍA GONZÁLEZ, *Delitos relativos a la manipulación genética. Artículos 159, 160, 161 y 162*, en COBO DEL ROSAL, M Comentarios al Código Penal, Tomo V, Edersa, Madrid, 2001.
- J. PERIS RIERA, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en Sistema de Derecho Penal Español, Parte especial (Coor. Morillas Cueva), Madrid, 2011.
- J. PERIS RIERA, *Delitos relativos a la manipulación genética* en ROMEO CASABONA, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo. I, 1057-1071, editorial Comares, Granada, 2011.
- J. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética* en España, Civitas, Madrid, 1995.
- J. PERIS RIERA, *Orden biológico versus orden jurídico*, Madrid, 1997. 128.
- M. POLAINO NAVARRETE, *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, 2009, Grijley. Perú
- L. PORRAS DEL CORRA, *Biotechnología, Derecho y Derechos humanos*.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal. Parte especial*.
- RODRIGUEZ RAMOS, *Un buen código para reformar*, Le Ley, 1996.
- ROMERO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.
- ROMERO CASABONA, *Genética y Derecho Penal. Previsiones del Código penal español de 1995*, Editorial Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2001.
- ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal*, editorial Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2006.
- ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Ed., 1972.
- SÁNCHEZ JUC-JUNCO MANS, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en código penal de 1995, comentarios y jurisprudencia.
- SÁNCHEZ MORELO, SOLER MATUTES, *Consideraciones sobre el delito de manipulación genética*.
- SCHUNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.
- TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, 1993.
- VALLE MUNIZ, TAMARIT SUMALLA, *Delitos relativos a la manipulación genética* en Quintero Olivares-Morales Prats, comentarios al nuevo código Penal, Aranzadi, 2004.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código penal comentado*, Madrid, 1996.
- E. VELASCO NUNEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*. Diario La Ley, núm. 7883, de 19 de junio de 2012.