

NATURALEZA JURÍDICA Y CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129 CP



Jesús Martínez Ruiz

Becario postdoctoral en Derecho Penal
del M.E.C.
Universidad de Granada

A estas alturas, todos sabemos que el CP de 1995, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, calificado por algunos, sin mucho fundamento, el CP "de la Democracia", tuvo a bien introducir, con carácter general, en su Libro I, Título VI, rubricado <<De las consecuencias>>, un precepto, el artículo 129 del CP, encaminado en principio a contrarrestar los efectos un principio que, al día de la fecha (1), mantiene todo su esplendor en nuestro Ordenamiento jurídico-penal: el principio *societas delinquere non potest* (2). En su virtud, como indica la propia literalidad del referido precepto, el Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en el Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) la disolución de la sociedad, asociación o fundación; c) la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y, e) la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

Pues bien, con independencia de otras cuestiones a las que ulteriormente nos referiremos, desde este momento quisiéramos ya indicar que resulta sumamente discutible, desde las exigencias derivadas del principio de taxatividad y certeza, inmanentes al propio principio de legalidad, la genérica referencia practicada por el legislador en algunos tipos penales (v. gr., el artículo 294 del CP) al artículo 129 del CP, objeto de nuestra atención, haciendo surgir la duda en el intérprete y, lo que es más grave, en el juez o tribunal que tenga que enfrentarse a su aplicación, no sólo respecto a qué consecuencia en concreto puede resultar de recibo, sino también en torno a si llegado el caso, resultaría factible aplicar cumulativamente varias de las medidas enumeradas en dicho precepto (3). Por ello, consideramos que hubiera sido más respetuoso el legislador con los mencionados principios si hubiese determinado en cada uno de los delitos en los que reclama su aplicación (4), qué específica consecuencia resulta aplicable, máxime cuando éste ha sido el procedimiento seguido en la regulación de otras figuras delictivas (5).

De otro lado, una de las múltiples cuestiones objeto de discusión suscitada en torno a estas

consecuencias accesorias, aparte, claro está, del eterno debate en el que se encuentra inmersa su propia naturaleza jurídica, estriba en la determinación de respecto a qué sean accesorias. Sobre este particular, un sector doctrinal encabezado por ZUGALDÍA ESPINAR (6), se ha decantado por defender que su accesoriedad debe entenderse "en el sentido de la participación criminal, bastando, en consecuencia, una acción u omisión típica y antijurídica -accesoriedad media o limitada-, sin que sea necesaria la culpabilidad y la imposición de una concreta pena al sujeto o sujetos activos del delito. Otros autores (7), por el contrario, las entienden como consecuencias "accesorias de las penas", exigiendo, de este modo, la imposición de una pena al sujeto activo del delito. Ahora bien, siendo cierto que esta última postura cuenta a su favor con el apoyo del elemento gramatical de interpretación extraíble, no tanto directamente de la cláusula general del artículo 129, como de los concretos tipos de la Parte Especial en que su adopción se prevé -así, en lo que afecta, por ejemplo al ya citado artículo 294 del CP, resulta meridianamente clara tal accesoriedad respecto de la pena, por cuanto literalmente indica el precepto que <<además de las penas (...) podrá adoptar algunas de las medidas (...)>>, debemos reconocer que desde una perspectiva político-criminal resultaría más racional no exigir para su adopción, la accesoriedad en relación a la pena impuesta al sujeto activo individual, permitiéndose su imposición en aquellos casos en los que, como ha tenido ocasión de subrayar certeramente SILVA SÁNCHEZ (8), pueden resultar "desde una perspectiva preventiva, más necesarias: concretamente, aquéllos en que puede constatarse la comisión del delito en el ámbito de la empresa, pero no uno o varios responsables concretos del mismo, por problemas de imputación o probatorios" (9).

Una postura tal se nos reputa en la actualidad, y conforme hemos defendido en otro lugar (10) al hilo de la paralela problemática de la *corresponsabilidad administrativa entre personas jurídicas y administradores*, contemplada en toda la legislación administrativa aplicable en los mercados financieros (LDIEC, LMV, LOSSP. LIIC, LPFP etc...), la más respetuosa con un conjunto de garantías que no debieran ser minoradas en la argumentación jurídica, máxime cuando tememos que los intentos de aplicar el principio de culpabilidad a las personas jurídicas en general, y a los operadores societarios de los mercados financieros en particular, resulta una falacia conceptual, lo cual nos obliga a inclinarnos por fundamentar su responsabilidad administrativa, en simples necesidades preventivas (11), para evitar, así, prostituir el referido principio con argumentaciones como la sustentada por TIEDEMANN (12), a través de su <<culpabilidad por defecto de organización>> -*Organisationsverschulden oder Organisationsfehler*-, o, en la simple necesidad de imponer una pena por exigencia del "restablecimiento de la vigencia de la norma", en la línea recientemente postulada por BACIGALUPO SAGGESE (13). Ahora bien, no quisiéramos que cayese en el olvido que si bien aceptamos tal conclusión respecto a la responsabilidad (administrativa) de la persona jurídica, correlativamente, propugnamos la conveniencia o, incluso, la necesidad de que cuando se acredite la habilitación en el seno de una de ellas de un sistema razonablemente efectivo, tendente a evitar la infracción de bienes jurídicos en el desarrollo de su actividad, ésta puede quedar exenta de responsabilidad (14), lo que acontecería, principalmente, en aquellas situaciones en las que existieran personas físicas con cargos de administración o dirección en la entidad (15), que por su intervención en los hechos constitutivos de infracción administrativa (o, penal), pudieran ser reputados como sus autores. En esta última situación, la imputación de la responsabilidad administrativa a la persona jurídica debía ceder respecto a la de los órganos previstos, por ejemplo, en el artículo 4.1 de la LDIEC, ya que, en caso contrario, el ente social nunca podrá desvirtuar la imputación objetiva de responsabilidad por el hecho necesariamente ajeno que la ley lleva a cabo, infringiéndose respecto a ella, no ya el **principio de culpabilidad**, inexistente para las personas jurídicas en general y para las Entidades de Crédito en particular, sino el **principio non bis in idem** (16). Por el contrario, cuando la lesión de bienes jurídicos producida en el curso de la actividad de la empresa no fuese directamente imputable a los referidos cargos de administración o dirección, entendemos que, moviéndonos en el ámbito de la responsabilidad administrativa, sería admisible la imputación directa a la persona jurídica, pero, no porque ésta hubiese demostrado una capacidad de culpabilidad, sino por estrictos motivos de necesidad de defensa de tales bienes jurídicos, o, si se prefiere, por la necesidad de restablecer "la vigencia de la norma" (17).

De lo anterior puede inferirse que en una perspectiva de *lege ferenda*, y para concretas figuras delictivas, estaríamos dispuestos a dar un salto cualitativo que constituyera un verdadero cambio de paradigma, sin duda necesitado de ulteriores fundamentaciones que exceden el marco del presente

trabajo, introduciendo la responsabilidad penal directa y exclusiva de las personas jurídicas, respondiendo así, en buena medida, a las modificaciones, si se prefiere a la expansión (18), que a nivel de intereses jurídico-penales ha impuesto el legislador en todo ese sector que tiene a bien denominarse <<Derecho Penal moderno>>, modificando el tradicional paradigma de corte antropocéntrico, al aventurarse a la protección de los nuevos intereses supraindividuales, generales, difusos o de nueva generación, bienes jurídicos de amplio espectro o, si se prefiere, bienes jurídicos intermedios espiritualizados, por emplear algunas de las múltiples formulaciones acuñadas a nivel doctrinal (19), generando, como ha tenido ocasión de afirmar SCHÜNEMANN (20), una sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada. Ante tal realidad, un cambio dogmático y legal en la línea que dejamos señalada, sería quizás el único camino que nos evitaría la construcción de "ficciones jurídicas generadoras de hipocresías dogmáticas y sofismas en la praxis judicial", por emplear las afortunadas palabras de RODRÍGUEZ RAMOS (21), permitiéndonos, además, respetar formal y materialmente principios tan fundamentales en el Derecho sancionador como el de presunción de inocencia, la imputación objetiva o la responsabilidad subjetiva de las personas físicas.

Ahora bien, en tanto que a nivel legislativo no se produzca dicho cambio, debemos aceptar y reconocer que la responsabilidad jurídico-penal prosigue siendo reino exclusivo de las personas físicas, constituyendo ésta, en consecuencia, la perspectiva desde la que debe ser examinada la naturaleza jurídica de las mencionadas consecuencias accesorias del artículo 129 del CP.

II

Como veremos a continuación, la pluralidad de opiniones vertidas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica de dichas consecuencias, sólo resulta parangonable con las diversas cartas de naturaleza concedidas a este tipo de "reacciones" del *ius puniendi* estatal frente a las personas jurídicas. Así, si en el artículo 132 del Proyecto de Código Penal de 1980 (22), la clausura de empresas, locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo, la disolución de asociaciones, sociedades o empresas, la suspensión de sus actividades y la prohibición de realizar determinadas actividades, operaciones o negocios, con carácter temporal o definitivo, fueron consideradas **medidas de seguridad**, encuadradas con carácter general (23) en su artículo 135, tal naturaleza resulta abandonada y sustituida por el actual *nomen iuris* en el resto de los Proyectos de CP (24), siendo destacable en este sentido la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, por cuanto señalaba que <<*sin dudar de su carácter represivo*, no tendrían fácil acomodo ni entre las medidas de seguridad ni entre las penas, pues, en ocasiones, son adiciones posibles a las penas o medidas directamente derivadas del hecho cometido, y en ocasiones son reacciones frente a quienes, como ocurre con las empresas, no son aptas para soportar las penas o medidas (...)>>. Ante este panorama prelegislativo, el Título VI del CP de 1995, bajo la rúbrica <<De las consecuencias accesorias>>, ha dispuesto definitivamente en su artículo 129 una relación de las mismas, que responden a las siguientes características generales:

a) En primer lugar, la adopción de un sistema de *numerus clausus* en su aplicación, en base al cuál sólo podrán ser aplicadas en los supuestos expresamente contemplados en el Libro II (25).

b) Igualmente conviene resaltar su carácter *potestativo* (26), por lo que su imposición resulta contingente, introduciéndose de este modo el *principio de oportunidad*, que, en principio, casa mal con el carácter esencialmente perentorio de las penas (27).

c) Como tercera característica general puede señalarse el requisito de la *audiencia previa a los titulares o representantes legales* (28) de la entidad a la que, en su caso, serán impuestas las consecuencias accesorias, requisito procesal que, con buen criterio, ha sido calificado por BACIGALUPO SAGGESE (29) de superfluo, por constituir tal exigencia una consecuencia directa de la garantía constitucional recogida en el artículo 24. 2 de la Constitución. Ahora bien, mientras que algún sector de la doctrina (30) defiende que este requisito podría entenderse cumplido con el mero ofrecimiento a los interesados, con independencia de que éstos comparezcan o no ante la autoridad judicial, otro, más sensible a la necesidad de revestir la imposición de estas medidas de las máximas garantías inherentes al proceso penal, estiman necesario que la misma persona jurídica comparezca en el proceso como verdadera <<parte>> (31). Siendo ésta, sin duda, la línea interpretativa más

garantista, bajo nuestro personal punto de vista consideramos, no obstante, que las exigencias del derecho de defensa, del derecho a ser informado de la acusación formulada y, prioritariamente, del derecho a la presunción de inocencia, contemplados en el artículo 24. 2 del Texto Constitucional (32), se ven satisfechos ya con la primera comparecencia ante la autoridad judicial, prevista en el artículo 486 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conclusión que podría venir corroborada, en buena medida, por el sentido del artículo 793 de la Ley rituarial citada, precepto que, como es sabido, prescribe que <<la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente o en su domicilio o en la persona a que se refiere el apartado 41 del artículo 789, no será **causa de suspensión** del juicio oral, si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de *un año* de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de *seis años*>>. Desde este punto de vista, y dejando a salvo las medidas de *clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, la disolución de la sociedad, asociación o fundación*, las restantes, por cuanto su duración temporal es siempre inferior a límite de los *seis años*, podrían, en principio, ser impuestas en la Sentencia, no obstante la situación de rebeldía en que se hallare la asociación, sociedad o fundación en cuestión.

De otro lado, y en lo que se refiere a la representación de la persona jurídica en el proceso penal, entendemos que habría que habilitarse alguna vía que nos permitiera, en la medida de lo posible, que la misma recayera en personas *diversas* a los administradores de derecho o representantes legales o voluntarios personalmente imputados por idénticos hechos, en el intento de maximizar la capacidad de deslindar las responsabilidades entre éstos y aquélla. A tal efecto, a título meramente ejemplificativo y sin carácter exhaustivo, podría procederse a la celebración, a instancia de la propia autoridad judicial, de una Junta General de accionistas (en el caso de las sociedades anónimas), procediéndose en su seno a la designación de un representante *ad hoc*, que se personara en nombre del ente jurídico en el proceso penal; designación que podría estar, incluso, prevista de antemano en los propios Estatutos de la sociedad en favor de quien en cada momento ostentase el cargo de Presidente de la citada Junta, con la salvedad ya indicada de que éste no coincida, a su vez, con el cargo de Presidente del Consejo de Administración.

d) Otra de las características generales que debe revestir la eventual adopción de estas consecuencias accesorias estriba en su sujeción a las exigencias dimanantes del *principio acusatorio* (33), aspecto éste que, por su parte, coadyuvará a la materialización del *principio de oportunidad* al que antes hacíamos referencia. En este sentido, interesa subrayar que, a nuestro juicio, la sumisión al principio acusatorio les afectará no sólo cuando sean decretadas en la Sentencia, sino también cuando al amparo del párrafo 21 del artículo 129 del CP pretendan acordarse <<durante la tramitación de la causa>>, lo que será sólo procedente respecto de la *clausura temporal* y de la suspensión para realizar determinadas actividades; dicho de otro modo: el principio acusatorio vincula la adopción judicial de estas medidas tanto si son <<consecuencias accesorias>> como si adoptan la forma de <<medidas cautelares>> (34), conclusión que, a nuestro entender, no merece mayor argumentación que la propia remisión a la nueva redacción dada al artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Disposición Final 20. 5 de la Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado (35).

e) Al hilo de esta última cuestión, quisiéramos indicar que encontramos una cierta discordancia entre los presupuestos propios de las medidas cautelares penales y la finalidad subyacente a las consecuencias accesorias adoptadas en el transcurso del proceso. Así, si aquéllas vienen informadas por el *fumus boni iuris*, materializado en el proceso penal, en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del imputado en el hecho punible y, por el *periculum in mora* o peligro de fuga del imputado durante el transcurso de la tramitación del proceso (36), las consecuencias accesorias adoptadas durante la tramitación de la causa contra una empresa, sus locales o establecimientos, tienden más contundentemente hacia la neutralización de la misma actividad delictiva, con lo que corren el riesgo de suponer una suerte de adelantamiento de una eventual Sentencia, conforme reconoce, sin mayor reparos, algún penalista (37). Probablemente, esta discordancia entre los presupuestos y fines propios de las medidas cautelares penales y las referidas consecuencias accesorias acordadas en el *interin* del proceso, son la causa que ha conducido al reducido sector de la doctrina procesalista (38) que se ha pronunciado respecto del artículo 129. 21 del CP, a negarles el carácter de medidas cautelares, considerando que ésta, siendo aparentemente próximas a las medidas cautelares, en puridad, no lo son y encuentran dudosa justificación que, en su

caso, se limita a cumplimentar una "función preventiva de futuros delitos".

En esta situación, entendemos que el celo y la prudencia en su adopción debe ser extremado por la vía de la proporcionalidad y la motivación, en el intento de preservar todos los derechos y garantías patrimonio de la propia persona jurídica potencialmente afectada y, primordialmente, su derecho a la presunción de inocencia. Por ello, propugnamos la admisibilidad de que contra el Auto en el que sean adoptadas, no sólo medidas cautelares contra las personas físicas presuntamente responsables del delito en cuestión, sino, también, la clausura temporal o la suspensión de las actividades de la sociedad al amparo del referido artículo 129. 2 del CP, aquélla tenga la posibilidad de instar la revisión de tal resolución no sólo mediante los recursos de reforma y subsidiaria apelación (artículo 504 de la LECrim) o, de queja (art. 787. 1 de la LECrim), si nos hallásemos en el procedimiento abreviado, sino también el recurso de amparo directo, sin esperar a la firmeza de la Sentencia, en la medida en que hayan podido verse conculcados derechos fundamentales de la propia persona jurídica.

f) Del mismo modo, en lo que atañe a la adopción durante el proceso de las consecuencias accesorias, conviene subrayar que a tenor de lo dispuesto en el párrafo 21 del artículo 129 del CP, tal posibilidad podrá ejercitarse exclusivamente respecto de dos de las cinco medidas legalmente previstas; concretamente, la clausura temporal de la empresa, sus locales o establecimientos del apartado a) del artículo 129. 1 y la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por plazo no superior a cinco años, del apartado c), quedando, en consecuencia, excluidas las demás, entre las que se encuentran la disolución de la sociedad, asociación o fundación, la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y, por último, la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores por el tiempo necesario, que no podrá exceder de los cinco años, cuya no inclusión en el párrafo 21 del artículo 129 del CP ha sido especialmente lamentada (39).

g) Por último, en esta referencia sumaria a las características generales de todas las consecuencias accesorias hay que atender a su fundamento, aspecto que entendemos estrechamente vinculado a la exigencia legal y, sobre todo, constitucional (40), relativo a la motivación de su imposición por parte de la autoridad judicial. A este respecto, el único dato legal lo constituye el apartado 31 del referido artículo 129, en el que el legislador indica que las consecuencias accesorias <<estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma>>. Ahora bien, a partir de esta previsión, también en este punto la opinión doctrinal se encuentra dividida; así, mientras algunos consideran que la fundamentación estriba en las <<razones de prevención especial>>, delimitadas en referido apartado 31 del artículo 129 del CP, constituyendo al unísono el objeto de la motivación de su imposición (41), otros (42), en cambio, entienden que el contenido de la motivación consiste en poner de relieve la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, basada en un defecto de organización, que facilita la comisión de delitos. Bajo nuestro personal punto de vista consideramos que el juez o tribunal que pretenda imponer alguna de las consecuencias jurídicas accesorias, de conformidad con el artículo 129. 3 del CP, deberá motivar cumplidamente el nexo causal existente entre la adopción de la concreta medida de que se trate y la prevención de la continuidad delictiva en el seno de la actividad de la persona jurídica, empresa, asociación, fundación etc..., en una línea análoga a la indicada en el artículo 138. 1 de la PANCP de 1983, texto en el que se reconocía, expresamente, que la aplicación de aquélla procedería <<si el hecho fuera cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades y empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos>>, con lo que deviene a un primer plano su verdadera *ratio legis*: privar a las personas físicas que dirigen o controlan el instrumento delictivo que pueda suponer la misma persona jurídica, empresa, asociación o fundación (43). Si ésto es así, creemos que no puede afirmarse que se haya incorporado a nuestro Ordenamiento jurídico-penal el principio *societas delinquere potest*.

III

Una vez esbozadas las características generales que debe revestir la adopción de las <<consecuencias accesorias>>, procede ahora hacer referencia a un aspecto que en el actual marco legal consideramos de importancia secundaria: *su naturaleza jurídica*. Es ésta una cuestión discutida

y discutible, en torno a la que han sido barajadas a nivel doctrinal todas las opciones posibles. Así, hay autores que defienden que nos encontramos ante auténticas **penas**, siendo destacable a este respecto la opinión de ZUGALDÍA ESPINAR (44), quién afirma que las consecuencias accesorias del artículo 129 CP deben ser tratadas como si fuesen penas, "porque, en realidad, son penas", punto de vista al que se ha adherido BACIGALUPO SAGGESE (45), autora de la primera monografía patria en torno al problemático tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, añadiendo por su parte que "su aplicación debe revestirlas mismas garantías que la imposición de una sanción penal a un sujeto individual".

Otro sector doctrinal (46), alejándose de la anterior solución, opta por considerar que las medidas a las que hacemos referencia constituyen verdaderas **medidas de seguridad**, apelando a tal efecto al apartado 31 del artículo 129 del CP que, como sabemos, prescribe su orientación a la prevención en la continuidad delictiva y los efectos de la misma.

Junto a estas dos posiciones, nos encontramos con una tercera línea interpretativa que partiendo de la propia incapacidad de acción o de omisión, en el sentido del Derecho Penal, de las personas jurídicas, defiende la naturaleza de **medidas de carácter administrativo** (47) respecto de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP, sin que sea óbice a tal naturaleza el que las mismas traten de <<prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma>> o, como afirman MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (48), porque 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". Cercana a esta concepción se encuentran aquellos que, como GRACIA MARTÍN (49), consideran que las medidas a adoptar frente a la <<peligrosidad objetiva de las personas jurídicas y agrupaciones>> constituyen **medidas preventivas**, bien de carácter asegurativo, bien de carácter coercitivo.

Por último, frente a las concepciones anteriores, que podrían ser calificadas como <<puras>>, en el sentido de decantarse por naturalezas jurídicas preexistentes en nuestro Ordenamiento jurídico, se sitúa la mayoría de la doctrina (50), quienes, sin desconocer lo discutible que puede resultar su naturaleza jurídica, da por válida la nomenclatura de **consecuencias jurídicas accesorias** empleada por el legislador en la rúbrica del Título VI del CP de 1995, afirmándose, incluso, que estamos en presencia de una "tercera categoría de consecuencias derivadas del delito" (51), situada junto a las penas y las medidas de seguridad. En favor de esta concepción aboga el convencimiento, de una parte, de que tales medidas no son penas, por cuanto no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor, y, de otra, de que tampoco constituyen medidas de seguridad, ya que no se fundamentan en un juicio de la peligrosidad personal del responsable, argumentos que se unen al más genérico de la propia incapacidad de acción, en sentido jurídico-penal, de las personas jurídicas, aspecto que cercena, *ab initio*, no sólo la posibilidad de imponerles penas por la realización de un hecho típico y antijurídico, sino también de aplicarles medidas de seguridad, desde el momento en que éstas tienen que basarse necesariamente en una peligrosidad criminal (52), o, si se prefiere, en la previa comisión de un delito por parte del sujeto peligroso, lo que precisamente en el actual sistema normativo no puede ser predicado de las personas jurídicas.

Pues bien, sin perjuicio de la proposición de *lege ferenda* anteriormente expresada, debemos reconocer que en el marco de los actuales parámetros de nuestro sistema jurídico-penal resulta ciertamente difícil la legitimación de las medidas previstas en el artículo 129 del CP; por ello, desde una perspectiva general, nos adherimos a la corriente doctrinal mayoritaria que, forzada por el mandato del principio de legalidad, las reconoce como una "tercera categoría de consecuencias derivadas del delito", con alma y cuerpo de verdaderas sanciones administrativas, que deberán ser aplicadas por los jueces y tribunales penales en base a los criterios expuestos en el presente apartado, quedando tendencialmente orientadas y limitadas a privar a las personas físicas condenadas por un delito del instrumento peligroso que representa la persona jurídica o asociación en la que se insertan o de la que se benefician, sea patrimonialmente, sea para ocultar o dificultar la comisión de sus propios hechos delictivos (53), cuando, además, sea objetivo y racionalmente fundado el pronóstico de que, en el futuro, el ente societario seguirá sirviendo a tales fines.

Es más: debemos concluir la presente reflexión reconociendo que las consecuencias jurídicas accesorias articuladas en el precitado artículo 129 del CP, constituyen, de una parte, una primera aproximación del legislador orgánico a lo que ya ROXIN (54) ha baticinado como uno de los puntos neurálgicos del Derecho Penal de los próximos cien años: las sanciones contra los entes colectivos;

debate que siendo sin duda uno de los más sugerentes para el científico del Derecho Penal, ha de reconocerse, como hace el autor citado, que "se encuentra todavía en sus inicios". Es por ello que, de otra parte, consideremos que en el actual estado de la discusión dogmática, estas "consecuencias jurídicas accesorias" son, primordialmente, una muestra de lo que SILVA SÁNCHEZ (55) reputa como "la sociedad de la <<inseguridad>> (o la sociedad del miedo)", que pretende buscar las soluciones (todas las soluciones), no en su, por así decirlo, "clásico <<lugar natural>> -el Derecho de policía-, sino en el Derecho Penal", pretensión que a buen seguro desborda los límites de lo eficaz, para adentrarse en el terreno de lo meramente simbólico.

Es por ello, por lo que, en particular en lo que respecta al delito de negativa o impedimento a las actuaciones inspectoras o supervisoras desarrolladas por los órganos de control de los respectivos Mercados Financieros, contemplado (¿de momento?) En el artículo 294 del CP, nos hayamos visto obligados a manifestar nuestro disenso con la previsión de las referidas consecuencias accesorias para dicha infracción, en base a dos motivos diferentes: En primer lugar, por la desproporción que puede subyacer entre el injusto penalmente tipificado y la mayoría de las reacciones contempladas en el artículo 129 del CP contra la persona jurídica (especialmente, la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo, la disolución de la sociedad, asociación o fundación y la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito), con una eventual vulneración del principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad (56) al afectar a los intereses de socios, trabajadores y acreedores de la persona jurídica, quienes, difícilmente, pueden controlar la actividad potencialmente delictiva de los administradores de la sociedad (57). En segundo lugar, porque entendemos que para el ámbito de protección propio de este ilícito penal, existen en nuestro Ordenamiento jurídico instancias de control (el Banco de España, la Dirección General de Seguros, la Comisión Nacional de Valores y el propio Ministerio de Economía y Hacienda) (58) que, por su misma razón de ser, se encuentran en una situación más óptima para evaluar la necesidad y la conveniencia de la adopción contra la propia persona jurídica de medidas como las contempladas en las referidas consecuencias jurídicas accesorias, sin que estimemos de recibo los frecuentes recelos expresados en torno al hecho de que su imposición por parte de las autoridades administrativas (59) conlleve una minoración de garantías, toda vez que su adopción, siempre y en todo caso, sería susceptible de revisión jurisdiccional en el orden Contencioso-administrativo.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que todas y cada una de las medidas contempladas en el artículo 129 del CP se encuentran, a su vez, previstas de modo análogo en las respectivas legislaciones sectoriales aplicables en los Mercados Financieros, bien con carácter de sanción administrativa (60), bien con carácter de medidas de intervención y de sustitución (61), en los casos de excepcional gravedad que pongan en peligro la efectividad de los recursos, la estabilidad, liquidez o solvencia de las entidades y, en última instancia, de los ahorradores-inversores, como últimos destinatarios de la protección que brinda nuestro Ordenamiento jurídico en este sector, cabe concluir, de *lege lata*, afirmando que en el plano jurídico-penal, el juez o tribunal que con ocasión de la aplicación del delito tipificado en el artículo 294 del CP se vea en la tesitura de aplicar, a su vez, las precitadas consecuencias jurídicas accesorias, una vez depuradas las responsabilidades penales individuales que deban predicarse respecto de los administradores de derecho o de hecho, podrá hacer valer el *carácter facultativo* que reviste su imposición, renunciando a las mismas en todos aquellos casos en los que las respectivas autoridades supervisoras de los Mercados Financieros hayan, o bien adoptado ya alguna medida respecto a las personas jurídicas o, incluso, renunciado a su imposición por la misma improcedencia de su adopción, puesto que revistan el carácter que revistan, ésto es, se impongan las sanciones contra la propia persona jurídica en el procedimiento sancionador administrativo o en el proceso penal, consideramos una necesidad ineludible que, cuando aquélla acredite la puesta en funcionamiento de un sistema razonablemente efectivo con la finalidad de prevenir la potencial infracción de bienes jurídicos en el desarrollo de su actividad, debe quedar abierta la posibilidad de resultar exonerada de cualquier género de responsabilidad, sea cuál sea la etiqueta con la que se le denomine, puesto que, en caso contrario, será difícil conciliar dicha sanción impuesta a la propia persona jurídica con principios tan fundamentales en un Estado de Derecho, como son el principio *ne bis in idem*, sobre todo, en su vertiente material, y el propio derecho a la presunción de inocencia, tiñéndose, por contra, tal responsabilidad de un marcado carácter objetivo por hecho ajeno, la cuál, en principio, rompe la filosofía que hasta la fecha ha inspirado nuestro

Derecho sancionador, sea en su modalidad administrativa, sea en su faceta extrema jurídico-penal.

NOTAS

- (1) Para un pronóstico de futuro, vid. ROXIN, C. *Dogmática penal y política criminal*. Trad., por Abanto Vázquez, M. Edit. Idemsa. Perú, 1998. Págs. 440 y ss. A juicio de este autor, "en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel". Ello, en el convencimiento de que las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, "tienen su origen en empresas grandes y poderosas" y, sobre todo, porque "estas sanciones, cuya elaboración jurídica está todavía en sus inicios, no requieren de una acción y una culpabilidad humana, sino de una acción y una culpabilidad de la propia persona jurídica distintas a aquéllas, por lo que resulta necesario elaborar para las personas jurídicas unas reglas especiales de imputación".
- (2) En sentido contrario, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código Penal)>>, en AA.VV. *Libro Homenaje a José Manuel Valle Muñiz*. Barcelona. (En prensa). En opinión de este autor, "es lícito concluir que el Cp. español de 1995 ha derogado la fórmula tradicional Societas delinquere non potest y ha consagrado justamente la contraria (Societas delinquere potest)". En la misma línea, vid. BACIGALUPO, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Edit. Bosch. Barcelona, 1998. Pág. 286. De la misma autora: <<Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995>>, en BACIGALUPO, E. (Director). *Curso de Derecho Penal Económico*. Edit. Marcial Pons. Madrid, 1998. Pág. 72.
- (3) Vid. JORGE BARREIRO, A. <<Artículo 129 del CP>>, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Director)- JORGE BARREIRO, A. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal*. Edit. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 366. En el sentido indicado, advierte este autor el "excesivo arbitrio judicial y la enorme inseguridad jurídica que se pueden apreciar en las previsiones específicas de la PE del CPN", por cuanto no se determina las particulares modalidades de medidas aplicables en cada uno de los supuestos.
- (4) En concreto, los supuestos en los que el CP de 1995 prevé expresamente la aplicación de las consecuencias jurídicas accesorias contempladas en el artículo 129 son los siguientes: delitos de exhibicionismo, pornografía y prostitución (art. 194); delitos contra la propiedad intelectual (art. 271); delitos contra la propiedad industrial (art. 276); delitos contra el mercado y los consumidores (art. 288); delito de negativa e impedimento a la potestades de supervisión e inspección (art. 294); delito de blanqueo de capitales (art. 302); delitos contra el medio ambiente (art. 327); delitos de fraudes alimentarios (art. 366); delitos de tráfico de drogas (arts. 370 y 371) y delito de asociación ilícita (art. 520).
- (5) Vid, por ejemplo: el artículo 194 referido a los delitos contra la libertad sexual, en dónde expresamente menciona la clausura temporal o definitiva; el artículo 221. 3 respecto a los delitos contra las relaciones familiares, donde alude a la clausura temporal o definitiva; el artículo 271 b), en materia de delitos contra la propiedad intelectual, donde se refiere al cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado; el artículo 276. 2 respecto a los delitos relativos a la propiedad industrial, previendo el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento; el artículo 302 referido al blanqueo de capitales, donde expresamente determina que podrán imponerse "alguna" de las medidas siguientes: disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público, suspensión de las actividades de la organización, o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público o la prohibición de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito; igualmente, en el artículo 327, respecto a los artículos 325 y 326 respecto a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, delimita igualmente las medidas a adoptar de entre el catálogo del artículo 129, designado la clausura temporal o definitiva de la empresa y la intervención de la misma para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores; por último, el artículo 366 respecto de los delitos contra la salud pública, determina en particular la clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local y, en los supuestos de extrema gravedad, el cierre definitivo.
- (6) En este sentido, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<Las penas previstas en el artículo 129...>>, op. cit. Pág. 342. Del mismo: <<La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...>>, op. cit. Pág. 15. También, BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Pág. 308. Efectivamente, esta última autora, sumándose a la postura del autor anteriormente citado, mantiene que se puede imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica "si el órgano actuante actúa de forma ilícita pero no culpable, siempre que la persona jurídica haya actuado al menos de forma culpable". De la misma: <<Las consecuencias accesorias aplicables...>>, op. cit. Págs. 65 y ss. Asimismo, MAPELLI CAFFARENA, B. <<Las consecuencias accesorias...>>, op. cit. Pág. 53. Igualmente, GRACIA MARTÍN, L.- BOLDOVA PASAMAR, M. A.- ALASTUEY DOBÓN, M. C. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 462. Si bien es cierto que la naturaleza afirmada por estos autores respecto de las referidas consecuencias accesorias es diversa al resto de los autores anteriormente citados, si coinciden a la hora de no exigir la imposición de una pena al sujeto activo individual para su adopción, afirmando inclusive que tal exigencia "sería contrario al fundamento de tales medidas", el cuál debe ser ajeno a la culpabilidad y a la peligrosidad criminal del autor individual del hecho. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. <<Comentario al artículo 129 CP>>, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dirección)- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (Jurisprudencia e índices). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Edit. Trivium. Madrid, 1997. Pág. 1563.
- (7) De esta opinión: LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso de Derecho Penal. Parte General. T. I*. Edit. Universitat. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Pág. 233. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. <<Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario. Consecuencias accesorias para la empresa>>, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I.- FONTÁN, M.-

RODRÍGUEZ, J. L. *El nuevo Código Penal y su aplicación a las empresas y profesionales. Manual teórico práctico (I)*. T. 21. Edit. Recoletos cia, Instituto de Estudios Penales Marques de Beccaria, Coopers & Lybrand. Madrid, 1996. Pág. 48.

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. <<Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español>>, en *Fundamentos de un sistema del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*. Edit. Bosch. Barcelona, 1995. Pág. 363.

FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 330.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a. *Los delitos societarios*. Edit. Aranzadi. Pamplona, 1996. Pág. 93.

GUINARTE CABADA, G. <<Artículo 129>>, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995. Vol. I*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 665.

(8) SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. <<Responsabilidad penal de las empresas...>>, op. cit. Pág. 363. Asimismo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico...*, op. cit. Pág. 233. También, BAJO FERNÁNDEZ, M. <<La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español>>, en MIR PUIG, S.-LUZÓN PEÑA, D-M. (Coordinadores). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Edit. Bosch. Barcelona, 1996. Pág. 31.

(9) En este sentido, BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Pág. 367. Esta autora, perfecta conocedora la problemática que rodea a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sostiene que sea cual sea el sistema elegido, la imposición de una sanción a las personas jurídicas "debe permitir establecer un equilibrio a fin de que las personas jurídicas, que sólo pueden actuar por medio de sus órganos o personas competentes, se vean beneficiadas de las ventajas producidas por la comisión de un delito y, a su vez, evitar -ante la falta de posibilidad de imputación del hecho- que no sufran ninguna consecuencia perjudicial que debería tener lugar por no respetar el ordenamiento jurídico, quedando el hecho delictivo impune por falta de determinación de un autor individual concreto".

(10) Vid, MARTÍNEZ RUIZ, J. *La protección jurídico-penal de las potestades de supervisión e inspección de los mercados financieros*. Tesis Doctoral, 1999. (En prensa).

(11) De esta opinión, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M. <<La responsabilidad penal de las personas jurídicas...>>, op. cit. Pág. 31.

(12) TIEDEMANN, K. <<Die Behebung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität>>, en NJW. 1988. Págs. 1174 y ss. En sentido análogo, BRENDER, M. *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*. Recht-Wirtschaft-Gesellschaft-Recht 25. Freiburg/Berlin, 1989. Págs. 110 y ss. Este último autor, asumiendo en esencia la concepción de Tiedemann, pretende fundamentar que la culpabilidad por defecto de organización no se trata de una culpabilidad por el hecho ajeno, esto es, de los administradores o personas físicas que actúan por la persona jurídica, sino que nos encontramos frente a una culpabilidad de la propia persona jurídica. Según esta concepción, el fundamento de la imputación a la persona jurídica, se encontraría en aquellos hechos delictivos cometidos por los órganos o representantes de aquella, que sirven de referencia para determinar una <<organización deficiente>> y, en consecuencia, la propia culpabilidad de la persona jurídica. En sentido análogo, HIRSCH, H. J. <<La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas>>, en ADPCP. 1993. Pág. 1112. También este último autor, considera que en el caso de las asociaciones se da más bien un fenómeno paralelo al de la culpabilidad individual, la <<culpabilidad de la asociación>>, que a su juicio "es suficiente para el concepto de culpabilidad penal". En sentido crítico, vid. GRACIA MARTÍN, L. <<La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas>>, en AP. N1 39. 1993. Págs. 601 y ss. También, ACHENBACH, H. <<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, J. M^a.- SCHÜNEMANN, B.- DE FIGUEREIDO DÍAS, J. *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal...*, op. cit. Pág. 405.

(13) BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad de las personas...*, op. cit. Pág. 398.

(14) En este sentido, NIETO MARTÍN, A. *Fraudes Comunitarios. Derecho Penal Económico Europeo*. Edit. Praxis. Barcelona, 1996. Pág. 209. Mantiene este autor, perfecto conocedor de los problemas que estamos abordando, "que el camino correcto estriba en admitir la falta de culpabilidad de la persona jurídica, en aquellos supuestos en los que se demuestre que la empresa ha puesto toda la diligencia necesaria para que no se cometan ilícitos en su interior." Ahora bien, quisiéramos poner de manifiesto, que este mismo autor, en una publicación ulterior (*El delito de administración fraudulenta*. Edit. Praxis. Barcelona, 1996. Pág. 143), parece haber variado de opinión, pronunciándose, ahora, en los siguientes términos: "Esta forma de fundamentar el principio de culpabilidad de las personas jurídicas se corresponde, a lo que Tiedemann ha denominado <<culpabilidad de organización>>. Este tipo de responsabilidad requiere lo que Brender denomina un <<tipo de contacto>>, es decir un hecho ilícito cometido por una persona física. Ambas infracciones están además separadas en el tiempo, ya que el reproche que se le formula a la persona jurídica deriva de una conducta anterior- la falta de organización- a la comisión de la infracción por parte de la persona natural. (...) Basta, por tanto, con constatar una falta de organización, que tenga como fin impedir el tipo de ilícito que se ha cometido, para que pueda entenderse cometido el tipo sancionador que afecta a la persona jurídica. Esta fundamentación, que necesita aún ser perfilada en muchos aspectos, sirve coherentemente para explicar no sólo la existencia de un reproche autónomo a la persona jurídica, sino también para salvar la objeción referente a la violación del principio *non bis in idem*".

(15) Cfr. Artículo 1. 4 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

(16) Vid, en sentido análogo. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. <<El Derecho penal bancario en España>>, en AP. N° 48. 1995. Pág. 915. Participamos íntegramente en la opinión de éste último autor, que, comentando la problemática expuesta, ha mantenido que, "fundamentar la doble sanción indicando que sólo cabrá en el caso de que tanto la entidad como la persona física hayan faltado a su deber, no deja de ser un eufemismo, pues la única forma que tiene la entidad de faltar a su deber es, precisamente, la conducta contraria a deber de sus directivos o administradores".

- (17) BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad de las personas...*, op. cit. Pág. 398.
- (18) Sobre este particular, vid. ampliamente. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edit. Civitas. Madrid, 1999. Págs. 21 y ss.
- (19) Vid, entre otros: MUÑOZ CONDE, F. <<Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos>>, en Revista Penal. N^o 1. 1997. Pág. 73. MORALES PRATS, F. <<Técnicas de tutela penal de los intereses difusos>>, en BOIX REIG, J. (Director). *Intereses difusos y Derecho Penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Edit. CGPJ. Madrid, 1994. Pág. 82. DOVAL PAIS, A. <<Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios>>, en BOIX REIG, J. (Director). *Intereses difusos y Derecho...*, op. cit. Págs. 27 y ss. CARBONELL MATEU, J. C. <<Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos>>, en BOIX REIG, J. (Director). *Intereses difusos y Derecho...*, op. cit. Pág. 11. TERRADILLOS BASOCO, J. *Delitos societarios. El Derecho penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*. Edit. Akal/Iure. Madrid, 1987. Págs. 37 y ss. MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Edit. Comares. Granada, 1997. Págs. 35 y ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. <<¿Política criminal moderna?. Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español>>, en AP. N^o 23. 1998. Pág. 439. TIEDEMANN, K. <<Il Diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il Diritto penale e per l'economia>>, en RTDPE. 1998. Pág. 5. Del mismo: *Lecciones de Derecho Penal Económico. (Comunitario Español, Alemán)*. Edit. PPU. Barcelona, 1993. Págs. 34 y ss. HASSEMER, W. <<Il Bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale>>, en DDP. 1984. N1 2. Págs. 11 y ss. Del mismo: <<Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos>>, en PE. N1 1. Pág. 32. SCHÜNEMANN, B. <<Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte>>, en JA. 1975. Pág. 798. PADOVANI, T. <<La problematica del Bene giuridico e la scelta delle sanzioni>>, en DDP. 1984. Págs. 117 y ss.
- (20) SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad., por CANCIO MELIA, M. Edit. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, 1996. Pág. 31.
- (21) RODRÍGUEZ RAMOS, L. <<¡Societas delinquere potest!. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión>>, en La Ley. 1996. 5. Pág. 1491.
- (22) Efectivamente, el mencionado artículo 132 del Proyecto de Código Penal de 1980 disponía que <<no obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales aprovechando la organización de tales entes>>.
- (23) Téngase en cuenta que ulteriormente tales medidas de seguridad eran concretadas en el artículo 153, al disponer que <<los tribunales, en los delitos contra el orden socioeconómico o contra el patrimonio, si el hecho fuera cometido en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo podrán aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; b) disolución de la sociedad; c) suspensión de las actividades de la sociedad o empresa; d) prohibición a la sociedad de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio de ha cometido, favorecido o encubierto el delito>>.
- (24) Así, en el artículo 138 de la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, este tipo de medidas quedaban encuadradas en su Título VII bajo la rúbrica de <<De las consecuencias accesorias>>, con el siguiente tenor literal: <<11. El Tribunal, si el hecho fuera cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades y empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos, podrá imponer todas o algunas de las consecuencias siguientes: a) clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de clausura no podrá exceder de cinco años; b) disolución de la sociedad, asociación o fundación; c) suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación que no podrá exceder de dos años; d) prohibición a la sociedad, asociación, fundación o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. En el primer caso, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. 21- Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores>>. Con la misma naturaleza jurídica o, al menos con idéntico *nomen iuris*, fueron previstas este tipo de medidas con ligeras modificaciones en el Proyecto de Código Penal de 1992 (artículo 134), en el Proyecto de Ley orgánica de Código Penal de 1994 (artículo 129) y, finalmente, en el artículo 129 del Proyecto de Ley orgánica de Código Penal de 1995.
- (25) Vid, entre otros: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. <<Artículo 129 del CP>>, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dirección)- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (Jurisprudencia e índices). *Código Penal. Doctrina...*, op. cit. Pág. 1564. TERRADILLOS BASOCO, J.- MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 30 edic. Edit. Civitas. Madrid, 1996. Pág. 218. GRACIA MARTÍN, L.- BOLDOVA PASAMAR, M. A.- ALASTUEY DOBÓN, M. C. *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit. Pág. 460. PRATS CANUT, J. M. <<Artículo 129 del CP>> en QUINTERO OLIVARES, G. (Director).- VALLE MUÑIZ, J. M. (Coordinador). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Edit. Aranzadi. Pamplona, 1996. Pág. 625. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal...>>, op. cit. Pág. 46. BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Pág. 287. De la misma autora: <<Las consecuencias accesorias...>>, op. cit. Pág. 73.
- (26) Vid. GUINARTE CABADA, G. <<Artículo 129>>, op. cit. Pág. 666. MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. 40 edic. Barcelona, 1996. Pág. 790. PRATS CANUT, J. M. <<Artículo 129 del CP>>, en QUINTERO OLIVARES, G.- (Director)- VALLE MUÑIZ, J. M. (Coordinador). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Edit. Aranzadi.

- Pamplona, 1996. Pág. 627. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico...*, op. cit. Pág. 236.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios en el Código Penal Español*. Edit. Dykinson. Madrid, 1998. Pág. 92.
- (27) En sentido parcialmente diverso, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal...>>, op. cit. Pág. 334. En opinión de este último autor, la previsión de las consecuencias accesorias con carácter <<facultativo>>, no tiene porqué suponer un argumento en contra de la naturaleza de "penas" que, a su juicio, revisten "ya que tampoco (algunas) penas se ejecutan si no resultan necesarias desde el punto de vista preventivo especial (suspensión de la ejecución de la pena)". Asimismo, BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Pág. 289.
- (28) Vid, entre otros: SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a. *Los delitos societarios*. op. cit. Pág. 92. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 1565.
- (29) BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad de las personas...*, op. cit. Págs. 288 - 289.
- (30) GUINARTE CABADA, G. <<Artículo 129>>, op. cit. Pág. 666.
- (31) De esta opinión, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<Las penas prevista en el artículo 129 del Código Penal...>>, op. cit. Pág. 341. También, BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Pág. 289.
- (32) Así, por ejemplo, la STC 131/1987, de 20 de julio, en un supuesto análogo en el que al hilo de una condena por delito de prostitución del antiguo artículo 452 bis d) fue decretado <<el cierre definitivo del Club Carabelas>>, entre otros aspectos en lo que no interesa entrar, estimó el amparo argumentando que "en el caso que nos ocupa, la extensión de la condena pena a la recurrente que no fue parte en el proceso seguido contra la arrendataria y encargados del <<Club Carabelas>>, ni fue condenada por delito alguno, viola el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales, que se contiene en el principio de legalidad, y supone desconocimiento del derecho de presunción de inocencia del art. 24. 2 de la C.E."
- (33) En este sentido, vid: SERRANO BUTRAGUEÑO, I. <<Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario. Consecuencias accesorias para la empresa.>>, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I.- FONTÁN, M.- RODRÍGUEZ, J. L. *El nuevo Código Penal y su aplicación a las empresas y profesionales. Manual teórico práctico (I)*. Edit. Recoletos cia, Instituto de Estudios Penales Marques de Beccaria, Coopers & Lybrand. Madrid, 1996. Pág. 49. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal...>>, op. cit. Pág. 341. BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Pág. 289.
- (34) Una interpretación como la propuesta, de otro lado, fue seguida en el Auto de 21 de julio de 1998 dictado por el Juzgado Central de Instrucción N° Cinco de la Audiencia Nacional en el <<Caso Egin>>.
- (35) Vid. GIMENO SENDRA, V.- MORENO CATENA, V.- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Edit. Colex. Madrid, 1996. Pág. 533 y ss. Respecto al mencionado artículo 504 bis 2 de la LECrim, afirman estos autores que ahora resulta necesaria la instancia del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora para la adopción de medidas cautelares (prisión provisional), exigencia que supone "un tributo al principio acusatorio y al principio de contradicción, así como una paulatina redefinición del papel del juez en la investigación penal". Asimismo, MONTERO AROCA, J.- ORTELLS RAMOS, M.- GÓMEZ COLOMER, J. L.- MONTÓN REDONDO, A. *Derecho jurisdiccional. Vol. III. Proceso Penal*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Págs. 443 y ss. Estos últimos autores, en la línea mantenida en el cuerpo de nuestro escrito, si bien entienden que puede resultar dudoso "si los nuevos principios que derivan de esta nueva norma deben afectar también al régimen de adopción otras medidas cautelares penales", concluyen afirmando que por coherencia sistemática la respuesta debería ser afirmativa.
- (36) Sobre este particular, vid, ampliamente. GIMENO SENDRA, V. <<La prisión provisional y el derecho a la libertad>>, en *La Ley*. 1996. T. 6. Págs. 1644 y ss. También, BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Págs. 291 y ss. Asimismo, PRATS CANUT, J. M. <<Artículo 129...>>, op. cit. Págs. 630 y ss.
- (37) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. <<Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal>>, en *Revista Penal*. N° 1. 1997. Pág. 53. Efectivamente, este autor estima que de cara a "una mayor eficacia y agilidad" se dispone también la intervención con anterioridad al fallo condenatorio-firme.
- (38) MONTERO AROCA, J.- ORTELLS RAMOS, M.- GÓMEZ COLOMER, J. L.- MONTÓN REDONDO, A. *Derecho jurisdiccional...*, op. cit. Pág. 475.
- (39) Vid. JORGE BARREIRO, A. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 366. Este último autor, apelando al artículo 138. 2 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 en el que, por el contrario, si se preveía la posibilidad de que el Tribunal propusiera a la Administración que dispusiera la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores, concluye lamentando que el artículo 129. 2 del CP de 1995 no haya incluido la posibilidad de acordar en el curso del proceso la medida prevista en el apartado e) del artículo 129.
- (40) En este sentido, vid. GUINARTE CABADA, G. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 667. También, PRATS CANUT, J. M. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 630. Asimismo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 1565. Finalmente, BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Pág. 290. Esta última autora que la necesidad de motivación constituye un *requisito procesal* que "parece estar de más", dado que toda resolución judicial ha de estar debidamente motivada, como derivación del reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva en los artículos 24 y 120. 3 de la Constitución Española.
- (41) Vid. GUINARTE CABADA, G. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 667. Reconociendo este autor la necesidad de motivación específica de la adopción de estas consecuencias accesorias en la Sentencia, afirma que "esa motivación ha de

pivotar sobre el fundamento que debe orientar su imposición, y que en el núm. 3 de la propia norma se resume en razones de prevención especial". Asimismo, PRATS CANUT, J. M. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 627. También, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 1565. Este último autor dado que la imposición de las consecuencias accesorias deben orientarse a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma, concluye que en la motivación de la resolución habrá de quedar fundado "el nexo entre el funcionamiento de la empresa o persona jurídica, y la posibilidad de ejecución de delitos futuros". En sentido análogo: MAPELLI CAFFARENA, B. <<Las consecuencias accesorias...>>, op. cit. Pág. 53. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. <<Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario...>>, op. cit. Pág. 49.

(42) Por todos, vid. GRACIA MARTÍN, L.- BOLDOVA PASAMAR, M. A.- ALASTUEY DOBÓN, M. C. *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit. Pág. 463.

(43) En esta línea, vid. JORGE BARREIRO, A. <<Artículo 124 del CP>>, op. cit. Pág. 365. También, MIR PUIG, S. *Derecho Penal...*, op. cit. Pág. 789. En sentido análogo, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. <<Responsabilidad penal de las empresas...>>, op. cit. Págs. 362 y ss. Igualmente, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios...*, op. cit. Pág. 92. En opinión de este último autor, el juez deberá ponderar la aplicación de estas consecuencias accesorias y reservarlas para aquellas situaciones de naturaleza criminógena; esto es, "cuando se enfrente a estructuras societarias creadas para delinquir".

(44) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal...>>, op. cit. Pág. 331.

(45) BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Pág. 286.

(46) Por todos, vid. CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 1563.

(47) En este sentido, vid. CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. T. II. Teoría jurídica del delito/1*. 50 edic. Edit. Tecnos. Madrid, 1997. Pág. 69. También, Díez EcheGARAY, J. L. *La responsabilidad penal de los socios y administradores*. Edit. Montecorvo. Madrid, 1997. Pág. 57. Respecto a las medidas previstas en el artículo 129 del CP sostiene este autor que se trata de <<medidas graves>> que pueden adoptarse contra las personas jurídicas, como consecuencias accesorias del delito; afirmado lo anterior, concluye que "no se trata de penas, ni de medidas de seguridad, sino de medidas de carácter administrativo que pueden imponer los jueces penales, si se dan las circunstancias previstas para ello". En la misma línea, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios...*, op. cit. Pág. 92. Este último autor, tras propugnar que tales consecuencias son, a la postre, "medidas de carácter civil o administrativo", concluye afirmando que, quizás debieran ser objeto de regulación en los textos legislativos de esas otras ramas del derecho.

(48) MUÑOZ CONDE, F.- GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. 20 edic. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 631. Estos últimos autores consideran que las consecuencias accesorias recogidas en el artículo 129 del CP no son penas, "porque no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor"; a su vez, entienden que tampoco pueden considerarse medidas de seguridad, toda vez que "no se asientan en un juicio sobre la peligrosidad personal del responsable"; de ahí que se suman a la línea interpretativa que propugna una naturaleza <<próxima a las sanciones administrativas>>.

(49) GRACIA MARTÍN, L.- BOLDOVA PASAMAR, M. A.- ALASTUEY DOBÓN, M. C. *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit. Págs. 456 y ss. También, GRACIA MARTÍN, L. <<La cuestión de la responsabilidad penal de las propias...>>, op. cit. Págs. 607 y ss. En la concepción de este autor las <<medidas de carácter asegurativo>>, son aquellas que sobre la base de fundamentos objetivos de peligrosidad de la propia persona jurídica en cuanto instrumento apto para la realización de ilícitos, pretenden impedir que se consuma una determinada violación del ordenamiento jurídico; a su juicio -no compartido por nosotros-, "la efectiva realización del hecho antijurídico por la persona física que actúa para la persona jurídica (como hecho de conexión) no debe formar parte del supuesto de hecho de estas medidas", sin perjuicio de que normalmente aquella constituirá por lo general Aun síntoma del peligro objetivo de la realización de futuras infracciones. En este primer grupo se incardinaría medidas tales como el cierre de locales y establecimientos, la prohibición o suspensión de actividades, comiso de los instrumentos, cauciones y la intervención judicial o gubernativa de la empresa. En segundo lugar, considera este autor las denominadas <<medidas coercitivas>>, entre las que se encontrarían las multas coercitivas, que serían las adecuadas para hacer frente a la situación objetiva de peligro basada en el defecto de la organización de la empresa y que, a su juicio, "no son sanciones, pues su finalidad no es represiva". En sentido contrario, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas>>, en CPC. N^o. 53. 1994. Pág. 622. Del mismo: <<Las penas previstas en el artículo 129...>>, op. cit. Pág. 332.

(50) Vid, entre otros: SERRANO BUTRAGUEÑO, I. <<Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario...>>, op. cit. Pág. 48. FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. op. cit. Pág. 330. LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso de Derecho Penal...*, op. cit. Pág. 58. MANZANARES SAMANIEGO, J. L. <<Los administradores y altos directivos en el Nuevo Código Penal>>, en AP. N1 13/24. 1997. Pág. 280. GUINARTE CABADA, G. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 665. MIR PUIG, S. *Derecho Penal...*, op. cit. Pág. 789. MAPELLI CAFFARENA, B.- TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit. Pág. 219. JORGE BARREIRO, A. <<Artículo 129...>>, op. cit. Pág. 364.

(51) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.- ARROYO ZAPATERO, L.- FERRÉ OLIVE, J. C.- SERRANO PIEDECASAS, J. R.- GARCÍA RIVAS, N. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Praxis. Barcelona, 1996. Pág. 361.

(52) Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<Las penas previstas en el artículo 129...>>, op. cit. Pág. 333. En este sentido reconoce este autor que considerar que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad obligaría a redefinir, "no el concepto de culpabilidad, pero si el concepto de peligrosidad pasando del biosicológico de la persona física a otro

<<objetivo>>" -no recogido en el CP- para la persona jurídica. En la misma línea: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico...*, op. cit. Pág. 231. FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. op. cit. Pág. 324. MAPELLI CAFFARENA, B.- TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit. Pág. 219. LUZÓN PEÑA, D-M. *Curso de Derecho Penal...*, op. cit. Pág. 58. CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español...*, op. cit. Pág. 70. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. <<Responsabilidad penal de las empresas...>>, op. cit. Pág. 363. MIR PUIG, S. *Derecho Penal...*, op. cit. Pág. 789. BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. Pág. 285.

(53) En este sentido, vid. MIR PUIG, S. *Derecho Penal...*, op. cit. Pág. 789. También, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. <<Responsabilidad penal de las empresas...>>, op. cit. Págs. 363 y ss. En términos análogos, DÍEZ ECHEGARAY, J. L. *La responsabilidad penal de los socios...*, op. cit. Pág. 57.

(54) ROXIN, C. <<Dogmática penal y política...>>, op. cit. Págs. 461 y ss.

(55) SILVA SÁNCHEZ, J. M⁰. *La expansión del Derecho Penal...*, op. cit. Págs. 24 y ss.

(56) Desde una perspectiva general, vid. COBO DEL ROSAL, M.- VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal. Parte General*. 40 edic. Adecuada al Código Penal de 1995 por VALLDECABRES ORTIZ, M. I. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Págs. 75 y ss. También, CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. Págs. 208 y ss.

(57) Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, J. *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*. Edit. Civitas. Madrid, 1996. Págs. 108 y ss.

(58) De esta opinión, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a. *Los delitos societarios*. op. cit. Pág. 93. En torno a la aplicación de las consecuencias jurídicas accesorias respecto del artículo 294 del CP, afirma este autor que tal posibilidad debe juzgarse en términos negativos "por innecesaria y perturbadora", desde el momento en que debiera bastar con el ejercicio de las facultades que en ese sentido tienen conferidas las Autoridades administrativas a quien se le ha encomendado la supervisión.

(59) Entre otros, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. <<Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)>>, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Tiedemann*. Edit. BOE. Serie Derecho Público. Madrid, 1995. Pág. 726. Del mismo: <<Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad...>>, op. cit. Pág. 615.

(60) Cfr, con carácter ejemplificativo, los artículos 9 y siguientes de la LDIEC, 102 y siguientes de la LMV, 41 de la LOSSP y el artículo 36 de la LPFP que se remite a su vez al 41 de la LOSSP.

(61) Cfr, con carácter ejemplificativo, los artículos 31 y siguientes de la LDIEC, el artículo 107 de la LMV, el 39 de la LOSSP y el 34 de la LPFP.

NATURALEZA JURÍDICA Y CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129 CP

Jesús Martínez Ruiz

RESUMEN: *Las consecuencias jurídicas accesorias contempladas en el artículo 294 del CP de 1995, constituyen un mecanismo de intervención contra los entes colectivos, cuyo punto de conexión se residencia en la previa comisión de un delito en su seno. Su naturaleza jurídica se encuentra altamente discutida a nivel doctrinal, oscilando las opiniones entre la naturaleza de penas, de medidas de seguridad, de circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria, de simples medidas preventivas-reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción o, por último, como lo que el legislador ha deseado que sea: consecuencias accesorias. Ante esta situación, lo más fructífero de cara a la praxis, estriba en centrar la atención en cubrir su aplicación con el máximo de garantías procedimentales para los propios entes colectivos eventualmente sometidos a ellas.*

PALABRAS CLAVES: *consecuencias accesorias, personas jurídicas, penas, medidas de seguridad, principio acusatorio, motivación, presunción de inocencia, principio de oportunidad, medidas cautelares.*

FECHA DE PUBLICACIÓN EN RECPC: agosto de 1999