

ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ART. 129 C.P.

MARÍA DEL MAR CARRASCO ANDRINO

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Alicante.

1. Antecedentes

Superada la discusión en torno a las medidas de seguridad¹, el Código penal de 1995 ha abierto la puerta a una nueva polémica, la de las llamadas «consecuencias accesorias». Como ya ocurriera, primero con la responsabilidad civil derivada del delito² y posteriormente

¹ De todos es conocido el debate doctrinal que suscitaba la existencia de medidas de seguridad pre- y postdelictuales, así como la discusión entorno a su naturaleza jurídica. Resumidamente, mientras algunos autores se decantaban a favor de considerarlas meros instrumentos administrativos, ocasionalmente al servicio de una función asistencial o de beneficencia —así respecto a los sujetos mentalmente anormales— (MAYER, H.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart-Köln, 1953, págs. 36 y sigs.); otros defendían su naturaleza penal, cualquiera que fuera su ubicación legal, vinculando su imposición a la probabilidad de comisión de delitos (vid. sobre el particular, extensamente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *Sobre el Concepto de Derecho Penal*, págs. 46 y sigs.; MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, 2002, págs. 13 y sigs.). El nuevo Código penal se ha decantado a favor de su naturaleza punitiva: su fundamento radica en la peligrosidad criminal del sujeto (art. 6.1 y 95.2.º C.p.), manifestada en la previa comisión de un hecho delictivo (art. 6.1 C.p.). Se extienden, así, a estas medidas de forma expresa las garantías político-criminales previstas para la imposición de una pena (arts. 1 y sigs. C.p.). Sobre los problemas que presenta el principio de proporcionalidad adoptado en el art. 6.2 C.p., vid. SILVA SANCHEZ, J. M.: *El Nuevo Código...*, págs. 19 y sigs.; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español, Parte General, I*, 5.ª ed., Madrid, 1996, pág. 38).

² Aunque hoy ya nadie discute la naturaleza civil de la responsabilidad de este tipo derivada del delito, lo cierto es que en épocas pasadas se puso en duda su naturaleza sobre la base de su regulación en el Código penal y su vinculación a la comisión de un delito. Para una exposición de las distintas posturas, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO.

con las medidas de seguridad, la introducción de esta institución en el Código penal ha suscitado una gran controversia acerca de su pertenencia al Derecho penal, de su carácter sancionador y en definitiva, acerca de su naturaleza jurídica.

En efecto, el vigente Código penal incorpora por primera vez bajo esta denominación las «consecuencias accesorias», dando nombre al Título VI del Libro I. Si bien es cierto que algunas de ellas ya se encontraban previstas de forma específica en relación con determinados delitos en el Código penal de 1973³, de manera que la cuestión de su naturaleza jurídica no había pasado desapercibida, no se designaban con esta nomenclatura. La doctrina que se había pronunciado a este respecto sobre tales medidas consideraba que se trataba de *medidas de seguridad de carácter administrativo*, si bien impuestas por Tribunales penales en el marco de un procedimiento penal⁴.

Distinta ha sido la situación respecto a la legislación proyectada, en la que sí se encuentran referencias directas a esta institución. Así, en el *Proyecto de Código penal de 1980* estas reacciones jurídicas se contenían dentro del Título VI del Libro I, relativo a las medidas de seguridad, presentándose, por tanto, como una especie de medidas de seguridad de carácter objetivo⁵. La *Propuesta de Anteproyecto de Có-*

TO, E.: *Sobre el Concepto...*, ob. cit., págs. 59 y sigs.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, págs. 71 y sigs.; MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases...*, págs. 16 y sigs; no obstante, este autor en *Derecho penal. Parte General*, 7.ª ed., Barcelona, 2004, págs. 58 y sigs., reflexiona sobre el sentido de la creciente consideración de la víctima y de la reparación del daño en la distinción entre el Derecho penal y la responsabilidad civil derivada del delito, para acabar modificando su posición inicial y excluir de la definición de Derecho penal las sanciones reparadoras de carácter civil, aún cuando se sigue sosteniendo su carácter de instrumento de política criminal.

³ Así, por ejemplo, en el art. 265 C.p. —tenencia y depósito de armas o municiones y tenencia de explosivos— se preveía la disolución de los depósitos de armas, municiones o explosivos delictivos; igualmente en el art. 344 bis b) —tráfico de drogas— se establecía la disolución de la organización o clausura definitiva o temporal de locales o establecimientos abiertos al público, suspensión de sus actividades o prohibición de realizar determinadas actividades mercantiles o de negocios; en el art. 347 bis C.p. —delito contra el medio ambiente— se disponía la clausura temporal o definitiva del establecimiento; en el 452 bis d) —delitos relativos a la prostitución— se decretaba asimismo el cierre temporal o definitivo del establecimiento o local y la retirada de la licencia; en el 546 bis f) —receptación—, el cierre temporal o definitivo del establecimiento.

⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pág. 118; CEREZO MIR, J.: *Derecho penal, parte general*, t. I., 4.ª ed., págs. 298 y 315; GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en nombre de otro en el Derecho penal*, I, teoría general, págs. 13 y sigs., etc.

⁵ Concretamente el art. 132 del Proyecto de C.p. de 1980 (PCP) disponía, como excepción a la regla general de que el fundamento de toda medida de seguridad era la

odigo penal de 1983 las situaba, en cambio, en un Título nuevo, el VII, en el que se emplea ya la nueva terminología de «consecuencias accesorias»⁶, acaso como efecto de las críticas que había sufrido su anterior designación como medidas de seguridad⁷. Aunque la primera vez que se emplea esta terminología es en la *Propuesta Alternativa de la Parte General del Código penal*, presentada por el Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de Código penal de 1980, en su artículo primero de la enmienda a la totalidad al Proyecto de L.O. de Reforma Parcial del Código penal de 26 de febrero de 1982. De ahí probablemente es recogida por la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983.

Ahora bien, en dicha Propuesta Alternativa tan sólo se acogían como consecuencias accesorias el comiso de los efectos e instrumentos del delito (art. 114) y la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos por sus órganos o dependientes (art. 115); mientras que aparecían como medidas de seguridad: la clausura de empresas, disolución de sociedades, suspensión de actividades o la prohibición de realizar determinadas actividades (art. 98), las cuales podían ser aplicadas a las personas jurídicas (art. 112). Una nomenclatura que se mantiene en los sucesivos proyectos de Código penal.

Específicamente, *el Proyecto de Código penal de 1992*, en su exposición de motivos, manifiesta que «El Título VI, «De las consecuencias accesorias», recoge una serie de medidas que, sin dudar de su carácter represivo, no tendrían fácil acomodo ni entre las penas ni entre las medidas de seguridad, pues en ocasiones son adiciones posibles a las penas o medidas directamente derivables del hecho cometido, y en ocasiones son reacciones frente a quienes, como ocurre con sociedades o empresas, no son aptas para soportar las penas o medidas». Con ello, parece que se estaba otorgando a las consecuen-

peligrosidad criminal del sujeto que había cometido el hecho delictivo (art. 131 C.p.), que «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 o aprovechando la organización de tales entes».

⁶ La posibilidad de aplicar medidas de seguridad a las personas jurídicas se contemplaba como una excepción al régimen general previsto para las personas físicas que hubieren cometido un delito, siempre que, de una parte, sus directivos, mandatarios o miembros hubieren cometido delitos en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes, y de otra, que existiera el peligro de que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos (art. 96 de la Propuesta Alternativa).

⁷ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGESSE, S.: *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001, pág. 146.

cias accesorias naturaleza penal —represiva—, aunque distinta a las penas y a las medidas de seguridad. Ello significaba, en definitiva, reconocer una tercera vía o figura *sui generis*.

Por su parte, el vigente Código penal, aunque no menciona esta nueva institución en su exposición de motivos, le sigue dedicando un Título propio —el VI del Libro I—, y diverso al de las penas y medidas de seguridad —Títulos III y IV, respectivamente—. Se ha dicho que el *nomen* adoptado denota una clara influencia germana⁸, pues en el Código penal alemán se hallan también las *Nebenfolgen* —consecuencias accesorias— como una categoría distinta a las de las penas accesorias —*Nebenstrafe*— y de las medidas de seguridad⁹. No obstante, su contenido difiere del establecido para las consecuencias accesorias en el Código penal español. A saber, las *Nebenfolgen* comprenden la inhabilitación para ejercer cargos públicos y para ejercer los derechos de sufragio activo y pasivo, así como la publicación de la sentencia, prevista respecto de algunos delitos concretos (§§ 103.2, 165, 200)¹⁰. Su naturaleza jurídica también es discutida entre la doctrina alemana. En particular, se sostiene que, aunque existe un elemento represivo en ellas, éste no condiciona su carácter, de manera que la frontera entre las consecuencias accesorias y las penas accesorias no se encuentra nítidamente trazada¹¹. Así, se ha manifestado que estas consecuencias accesorias son verdaderas penas accesorias, a pesar de la distinción legal que se recoge en el Código penal alemán¹². Precisamente, su ubicación sistemática, dentro del

⁸ Ponen de manifiesto esta influencia germana: MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: «Las consecuencias accesorias», en MANZANARES, J.L./CREMADES, J.: *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1996, pág. 56; JORGE BARREIRO, A.: «De las consecuencias accesorias», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A.: *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pág. 361; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 68; FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: «De las consecuencias accesorias», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, t. IV, págs. 934 y 935.

⁹ En el Código penal alemán las penas, las penas accesorias, las consecuencias accesorias, las medidas de seguridad, y el comiso se recogen cada uno de ellos en títulos distintos, si bien formando parte todos ellos de la sección tercera dedicada a las consecuencias jurídicas del hecho.

¹⁰ Resulta interesante destacar que el comiso (*Verfall* y *Einziehung*) se separa tanto de las penas accesorias como de las consecuencias accesorias. No obstante, algunos autores lo califican de consecuencia accesoria de carácter mixto (penal, asegurativo) frente a las así definidas legalmente como consecuencias accesorias, que tienen un carácter penal (vid. ZIPF, H.: «Rechtsfolgen der Tat», en MAURACH, R./GÖSSEL, K.H./ZIPF, H.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Heidelberg 1989, págs. 525 y sigs.)

¹¹ Cfr. STREE, W.: «Vorbemerkungen §§ 38 y sigs. StGB», en SCHÖNCKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24 neubearbeitete Auflage, München, 1991, marginal 30, pág. 602.

¹² JESCHECK, H.H./WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª Auflage, Berlin, 1996, pág. 785.

Título dedicado a las penas y antes de la regulación de la medición de la pena, ha llevado a pensar que se trata de una sanción *sui generis* con un acentuado carácter penal, que nada tiene que ver con las medidas de seguridad¹³. Si bien se apunta que finalmente la naturaleza de pena de dichas consecuencias accesorias dependerá de cuáles sean los criterios que deban sustentar la decisión judicial a este respecto, y especialmente de la consideración de la culpabilidad del sujeto, de manera que si se exige para su imposición una sentencia de culpabilidad, dichas consecuencias tendrán un marcado carácter penal¹⁴.

En consecuencia, la controversia doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de las vigentes «consecuencias accesorias» está abierta. ¿Conservan su carácter de medidas de seguridad de carácter administrativo? ¿son medidas de seguridad penales? ¿constituyen nuevas penas? ¿o representan una institución penal *sui generis*? Una cuestión compleja¹⁵ que, como ya se ha puesto de manifiesto por distintos autores, no resulta en absoluto baladí, dado que de ella dependerá cuáles sean los requisitos o condiciones necesarios para su aplicación a una persona jurídica¹⁶, lo que inevitablemente se conecta con la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁷.

¹³ Así, HIRSCH, G.: «§ 45 StGB», en *Leipziger Kommentar*, 18 Lieferung, 11. Auflage, Berlin, 1994, marginal 1, pág. 70. Si bien el autor distingue entre las consecuencias accesorias del párrafo 1, § 45, de aplicación obligada (consecuencias accesorias) y las del párrafo 2 y 5, § 45, de aplicación facultativa (penas accesorias), dado que sólo las segundas requieren una tarea de medición por parte del juez.

¹⁴ En este sentido, HIRSCH, G.: «§ 45 StGB», en *ob. cit.*, marginal 1, págs. 69 y 70; ZIPF, H.: «Rechtsfolgen der Tat», en MAURACH, R./GÖSSEL, K.H./ZIPF, H.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Heidelberg 1989, marginal 3, pág. 525, y marginal 15, pág. 528, para quien si la culpabilidad del sujeto no entra en consideración, las consecuencias accesorias tienen un evidente carácter de medidas de seguridad.

¹⁵ Aunque sólo sea por la variedad de medidas previstas en los arts. 127 a 129 C.p., en dónde se recogen desde el comiso de las ganancias o de los efectos del delito hasta la disolución de la sociedad o la clausura de la empresa, y por su diverso fundamento.

¹⁶ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «¡Societas delinquere non potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», en *La Ley*, 1996-5, pág. 1491; ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: *Poder Judicial*, 1997, págs. 329 y sigs., menciona diversas cuestiones, a saber, si puede imponerse una consecuencia accesoria a una persona jurídica cuando ésta no ha omitido la adopción de medida alguna de precaución para garantizar el desarrollo legal de la actividad de la empresa, o si es necesario o no el reconocimiento de dolo o culpa respecto de la persona jurídica, o en fin, si puede imponerse la consecuencia accesoria a la persona jurídica cuando el órgano actuante no ha sido elegido por aquélla, sino que viene impuesto de manera obligatoria por un tercero —por ejemplo, una intervención judicial—, etc.

¹⁷ También se señalan como cuestiones abiertas no resueltas por el legislador y que, en cierta forma, dependen de la naturaleza que se otorgue a estas medidas, las siguientes: ¿se deben aplicar las reglas generales sobre prescripción?, ¿su incumpli-

I. La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias

1. La discusión doctrinal: diversidad de posiciones.

El análisis de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias en el ámbito doctrinal se caracteriza por una gran variedad de opiniones. Así, dentro de la que, por una parte, se podría considerar *la doctrina mayoritaria* que defiende la pertenencia de las consecuencias accesorias al Derecho penal —atribuyéndoles por tanto una naturaleza penal¹⁸— hay quienes las consideran auténticas penas¹⁹; quienes, en cambio, abogan por su condición de medidas de seguridad²⁰ y, en fin, quienes afirman que son figuras *sui*

miento puede dar lugar a un delito de quebrantamiento de condena?, etc. (vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Poder Judicial*, 1997, pág. 336; BACIGALUPO SAGGESE, S., en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.): *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, pág. 80 y sigs.).

¹⁸ Bien entendido que con ello no se está aludiendo a su carácter punitivo o sancionador, sino más bien a la idea de que tales consecuencias integran, junto a las penas y a las medidas de seguridad, una forma más de respuesta penal ante el hecho delictivo. En este mismo sentido, advierte MIR PUIG, S. que las consecuencias accesorias estarían dentro de la responsabilidad penal en sentido amplio, pero no de la «responsabilidad penal en sentido estricto de imposición de penas» («Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M., CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, Valencia, 2004, pág. 749).

¹⁹ Les atribuyen esta naturaleza, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Poder Judicial*, n.º 46, 1997, págs. 331 y sigs.; del mismo: «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.): *El nuevo Derecho penal español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñoz*, Navarra, 2001, pág. 895; del mismo: *Derecho penal, parte general*, 2.ª ed. revisada y puesta al día con las recientes reformas penales, Valencia, 2004, págs. 253 y sigs.; BACIGALUPO SAGGESE, S.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pág. 286; de la misma, en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.): *Curso de Derecho...ob.cit.*, págs. 71 y sigs.; de esta opinión parece ser también BUSTOS RAMÍREZ, J.J.: *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, Madrid, 1997, pág. 245; JAÉN VALLEJO, M.: «Criminalidad económica», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria*, 2000, n.º 5, págs. 206 y 207; implícitamente, al admitir de *lege lata* que el art. 129 CP representa un sistema de sanciones de carácter penal que permite hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal, Parte general*, 6.ª ed., revisada y puesta al día, Valencia, 2004, pág. 221.

²⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1997, págs. 1563 y sigs.; GARCÍA ARÁN, M. se refiere a medidas de seguridad *sui generis* (en «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *El Nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos (libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López)*, Granada, 1999, pág. 327. Como medidas de seguridad jurídico-penales las califica también SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «La responsabilidad penal

*generis*²¹. Frente a ellos, por otra parte, existe un sector doctrinal minoritario que sigue manteniendo la naturaleza de medidas de naturaleza administrativa o civil que ya atribuyera a las que de forma

de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal», en *Derecho penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, n.º 14, Madrid, 2001, pag. 347. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. también considera que las consecuencias accesorias del art. 129 CP tienen una naturaleza jurídica próxima a la de las medidas de seguridad, pero unas medidas de seguridad que se vinculan no con la responsabilidad colectiva de la persona jurídica, sino con la responsabilidad individual que se ha servido de un instrumento peligroso que es el ente colectivo. En consecuencia, estas medidas de seguridad peculiares se dirigen a prevenir no la peligrosidad criminal del ente colectivo, sino su peligrosidad objetiva (vid. *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, Madrid, 2002, págs. 142 y sigs.)

²¹ GUINARTE CABADA, G., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, pag. 657, las considera una tercera clase de sanciones penales; LANDROVE DÍAZ, G.: *Las Consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed. Revisada y puesta al día en colaboración con M.ª Dolores Fernández Rodríguez, Madrid, 1996, pag. 123; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, Madrid, 1996, pag. 58; recientemente, el mismo autor habla ya de «tercera vía de sanciones criminales» para referirse a las consecuencias accesorias: «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./GURDIEL SIERRA, E./CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, págs. 545 y sigs.; parece también inclinarse por una naturaleza penal *sui generis* al vincular su carácter accesorio a la pena, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., en MANZANARES SAMANIEGO, J.L./CREMADES, J.: *Comentarios...ob.cit.*, pag. 57; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Nuevo Código penal comentado*, Madrid, 1996, pag. 200, considera que las consecuencias del art. 129 C.p. son «circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria»; JORGE BARREIRO, A., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A. (Dir./coord.): *Comentarios...ob.cit.*, págs. 360 y 361; como consecuencias accesorias de la infracción penal las califica AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Pamplona, 1997, pag. 271; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal Económico, parte general*, Valencia, 1998, pag. 232; MIR PUIG, S.: «Sobre la responsabilidad penal...», *ob.cit.*, págs. 747 y 748, 760, admitiendo que constituyen una tercera vía, distinta a las penas y a las medidas de seguridad clásicas, aunque más próximas en su naturaleza a éstas últimas; del mismo: *Derecho penal. Parte general*, 7.º ed., Barcelona, 2004, pag. 768; MAPELLI CAFFARENA, B.: «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal», en *La Revista Penal*, 1998, n.º 1, pag. 49; SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 1998, pag. 866; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./GARCÍA RIVAS, N./FERRÉ OLIVÉ, J.C./SERRANO PIEDECASAS, J.R.: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, 1999, pag. 427; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, págs. 67 y 68; FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: en COBO DEL ROSAL, M (Dir.): *Comentarios...ob.cit.*, pag. 945; PRATS CANUT, J.M./MORÁN MORA, C.: «De las consecuencias accesorias», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.ª ed., Navarra, 2004, pag. 663; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca, 2001, pag. 981; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: «Las consecuencias accesorias del artículo 129 C.p.», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.): *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pag. 280; sin pronunciarse de forma concluyente sobre su

aislada estaban previstas en algunos delitos del derogado Código penal²².

A favor de su consideración como penas se ha dicho, en primer lugar, que tales consecuencias accesorias tienen, al igual que el resto de

naturaleza penal, DEL ROSAL BLASCO, B./PÉREZ VALERO, I.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español», en HURTADO POZO, J./DEL ROSAL BLASCO, B./SIMONS VALLEJO, R.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Valencia, 2001, pág. 42. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en *La Ciencia del Derecho penal ante el Nuevo Siglo. Libro-homenaje al prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 1134, las considera una nueva categoría de naturaleza penal próxima a las medidas de seguridad. También entiende que se trata de una tercera forma de sanción penal que «pueden ser parcialmente interpretadas como el germen de un futuro sistema de responsabilidad de las personas jurídicas» TAMARIT SUMALLA, J.M.: «Las consecuencias accesorias: del artículo 129 del Código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir, Madrid, 2002, págs. 1163 y 1164; como una sanción de naturaleza propia que se vincula a la imposición de una pena, las califica DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Persona jurídica...», en *RDPP*, 8, 2002, pág.113; DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal (medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales)*, Madrid, 2004, pág. 100, quien entiende que tiene unos caracteres propios y algunos otros son comunes con otras consecuencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico; GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código penal*, Valencia, 2004, págs. 117 y sigs., la autora las identifica con una tercera forma de sanción penal, que permite el reconocimiento de una doble vía en el Derecho penal: la del Derecho penal tradicional para las personas físicas, y la del Derecho penal para las personas jurídicas. Desde la doctrina procesalista, GÓMEZ COLOMER, J.L.: «la terminación del proceso penal», en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III, proceso penal*, 9.ª ed., págs. 336 y 337.—

²² Le atribuye sólo carácter administrativo, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español, Parte general, II, Teoría Jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, 1998, pág. 73; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal...ob.cit.*, 2.ª ed, pág. 237, se refieren a ellas como medidas de carácter administrativo o civil; GRACÍA MARTÍN, L. tanto desde una perspectiva de *lege lata* (cfr. «Las consecuencias accesorias» en GRACÍA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBÓN, MC: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Valencia, 2004, pág. 394) como de *lege ferenda* (cfr. en ROMEO CASABONA, C. (Ed.): *Dogmática Penal...ob.cit.*, págs. 133 y sigs.; aunque MARTÍNEZ RUÍZ, J. («Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], 01-11 (1999), disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01.html, ISSN 1695-0194, parte III) de *lege lata* aboga por considerar que estamos ante una tercera categoría de consecuencias derivadas del delito junto a las penas y medidas de seguridad, aunque «con alma y cuerpo de verdaderas sanciones administrativas». De *lege ferenda* se manifiesta partidario de una responsabilidad penal directa y exclusiva de las personas jurídicas; para BAJO FERNÁNDEZ, M. su condición de medidas de seguridad de naturaleza administrativa está fundada en la peligrosidad objetiva de la cosa (vid. en BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal...ob.cit.*, págs. 152 y 153).

las penas, un contenido aflictivo que coincide, como algún autor ha puesto de manifiesto²³, con lo que en otras legislaciones de nuestro entorno (Holanda, Francia, etc.) son *penas* previstas para las personas jurídicas²⁴. A ello se ha unido, en segundo término, la previsión que, de manera más o menos descuidada, se ha recogido en el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas —art. 262 C.p.—, en el que se impone «al agente y a la persona o *empresa* por él representada *la pena* de inhabilitación especial»²⁵, comprensiva, en todo caso, del derecho a contratar con las Administraciones Públicas por un período de tres a cinco años. Finalmente, en tercer lugar, se ha aducido también que estas *circunstancias* accesorias sólo pueden ser penas, en cuanto que no tienen cabida ni entre las medidas de seguridad ni entre las medidas de carácter reparador ni tampoco entre las medidas administrativas sancionadoras. Lo primero, porque su consideración como medidas de seguridad obligaría a una redefinición del concepto de peligrosidad sobre el que éstas se fundan, que dejaría de ser de orden biopsicológico para transformarse en otro de orden «objetivo»²⁶. Asimismo, el carácter de Ley Orgánica del art. 129 C.p. frente al de Ley ordinaria que, según la Disposición final 6.^a del C.p. corresponde al Título V del Libro I, relativo a la responsabilidad civil *ex delicto*, sitúa a estas medidas fuera del ámbito civil de reparación de daños o de indemnización de perjuicios²⁷. En fin, tampoco se admite su condición de medidas administrativas de carácter sancionador, dado que se regulan en el Código penal, se imponen como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo por Jueces y Tribunales penales²⁸. Son estas consideraciones las que llevan a este

²³ Vid. BACIGALUPO SAGGESE, S.: *La responsabilidad penal...* ob. cit., pág. 284.

²⁴ A ello se refiere de VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 8, año 2002-2, págs. 109 y 110, nota 17, recogiendo los ejemplos del Código penal francés y del Decreto legislativo italiano de 8 de junio de 2001, n.º 231, si bien la autora entiende que las consecuencias accesorias son nuevas sanciones de naturaleza penal distintas de la pena y de la medida de seguridad. Así también GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Responsabilidad penal de...*, ob. cit., pág. 82.

²⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Poder Judicial*, 1997, pág.333. Manifestando sus dudas respecto a que este artículo exprese la *voluntas legislatoris* a favor de su naturaleza de penas y de la supresión del principio *societas delinquere non potest*, vid. MAPELLI CAFFARENA, B *La Revista Penal*, n.º 1, 1998, pág. 48. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: *Sanciones para...* ob.cit., pág. 101, *considera* incorrecta la expresión pena, utilizada en este artículo tanto referida a personas jurídicas como físicas, pues «no se trata de una consecuencia jurídica que se imponga al autor o partícipe en el delito».

²⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Poder Judicial*, 1997, pág. 333.

²⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «La responsabilidad criminal...», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.): ob. cit., pág. 895; del mismo, *Poder Judicial*, 1997, pág. 331. En el mismo sentido, AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas...* ob.cit., págs. 271 y 272.

²⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Poder Judicial*, 1997, pág. 332; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 58, si bien este último autor no sitúa las consecuen-

sector doctrinal ha defender su condición de auténticas penas, sin que a ello obste la falta de capacidad de acción o de culpabilidad de las personas jurídicas para la realización de hechos delictivos. En efecto, de una parte, estos autores admiten que aquéllas tienen capacidad infractora de las normas —aplicando principios inspirados en la coautoría y en la autoría mediata—, y de otra parte se acaba reconociendo, a través de los principios de la comisión por omisión y de la *actio libera in causa*, una «culpabilidad por defecto de organización» respecto de aquellas personas jurídicas que «omiten la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al hecho de empresa»²⁹.

Por el contrario, los que sostienen la asimilación de tales consecuencias a las **medidas de seguridad** penales se apoyan en dos datos: por un lado, la imposibilidad de que las personas jurídicas puedan cometer hechos delictivos, pues siguen defendiendo el principio *societas delinquere non potest*, y por otro, el contenido aflictivo de dichas consecuencias que, indudablemente, las coloca dentro del ámbito de las reacciones penales frente al hecho delictivo³⁰.

Ahora bien, lo cierto es que si se sostiene la vigencia del citado principio *societas delinquere non potest*, la incapacidad de las personas jurídicas existe no sólo para ser sujeto de pena, sino también para

cias accesorias entre las penas, sino que habla de una figura *sui generis* de naturaleza penal.

²⁹ Cfr., por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Poder Judicial*, 1997, pág. 340; del mismo: *Derecho penal...ob. cit.*, págs. 959 y sigs. El establecimiento de un concepto diferenciado de acción y culpabilidad para la persona jurídica constituye la posición doctrinal dominante entre los que abogan por el reconocimiento de responsabilidad penal para esta clase de personas, pero no constituye la única opción doctrinal. Junto a ella hay otra corriente patrocinada por JAKOBS, G.: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, 2003, págs. 18 y sigs.; del mismo: *Derecho penal, Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, págs. 182 y sigs.) y seguida en España por BACIGALUPO SAGGESE, S.: *La responsabilidad penal...ob.cit.*, págs. 148 y sigs., que construye un nuevo concepto de sujeto en el que tienen cabida tanto la persona física como la jurídica, aplicando las teoría sociológica de los sistemas al Derecho penal.

³⁰ A ello alude CONDE-PUMPIDO FERREIRO cuando afirma que su carácter sancionador es evidente, después de señalar lo controvertido de su naturaleza jurídica (cfr. *Código Penal...*, ob. cit., pág. 1547). En este sentido, MIR PUIG, S. considera que, aunque no son medidas punitivas, sí que se sitúan dentro del ámbito de la responsabilidad penal en sentido amplio, y que dado que implican la afectación de derechos deben someterse a los límites constitucionales previstos para el Derecho penal («Sobre la responsabilidad...», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./GURDIEL SIERRA, M./CORTÉS BECHIARELLI, E.: *ob.cit.*, págs. 748 y 749, 763).

ser sujeto de medidas de seguridad. En efecto, no es posible predicar una peligrosidad criminal de tales entes, si la premisa de la que se parte es su imposibilidad para cometer hechos delictivos³¹. Por ello no extraña que algún autor se refiera a ellas como «medidas de seguridad *sui generis*, en el sentido de que pretenden evitar las condiciones materiales que propician, permiten o encubren el delito individualmente cometido»³².

Así las cosas, su pertenencia al grupo de las medidas de seguridad se construye a partir de la finalidad preventiva que expresamente les asigna el art. 129.3 C.p.: prevenir la *continuidad* en la actividad delictiva y los efectos de la misma. De aquí se deduce que el *fundamento* de estas medidas reside en la *peligrosidad de una actividad* manifestada por la comisión de un hecho delictivo, cuya continuidad o efectos son los que se tratan de paliar con aquéllas³³. Se habla por ello de una peligrosidad *objetiva*, distinta de la subjetiva, que tradicionalmente se atribuye a las personas físicas.

Precisamente la imposibilidad de apreciar una peligrosidad criminal respecto de la persona jurídica, debido a su incapacidad de acción penal, es lo que ha llevado a algunos autores a sostener la **naturaleza civil o administrativa** de las consecuencias accesorias³⁴. Ahora sí, fundada en la *peligrosidad objetiva* que deriva de una mala organización de la propia persona jurídica. En consecuencia, la persona jurídica se convierte en el instrumento delictivo de la persona física³⁵. Así,

³¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho...*, ob. cit., págs. 57 y 58; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 70. No obstante, SILVA SÁNCHEZ, J.M. al calificarlas de medidas de seguridad propone que el presupuesto de éstas sea sólo «la realización de un hecho objetivamente antijurídico de carácter penal», de manera que al igual que no requieren de la culpabilidad, tampoco sea precisa una acción en sentido psicológico, ni dolo ni imprudencia. Con ello, el autor está proponiendo una modificación de la comprensión de las medidas de seguridad en general, para cuya imposición debería bastar con la peligrosidad futura de realizar hechos objetivamente antijurídicos de carácter penal, sin necesidad de que constituyan acciones típicamente antijurídicas, ni desde un punto de vista objetivo ni subjetivo (cfr. Consejo General del Poder Judicial, n.º 14, 2001, págs. 344 y 345). En este mismo sentido, MIR PUIG, S., quien no obstante se manifiesta de acuerdo pero desde una perspectiva de lege ferenda, no de lege lata (vid. «sobre la responsabilidad...», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./GURDIEL SIERRA, M./CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.): *ob. cit.*, pág. 748, nota 19.)

³² Cfr. GARCÍA ARÁN, M.: «Algunas consideraciones...», *ob. cit.*, pág. 327.

³³ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal...*, ob. cit., pág. 1563. A esta peligrosidad objetiva se referían ya OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. /HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal, parte general*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pág. 63, en relación con las medidas del mismo tipo previstas en el Código penal derogado.

³⁴ CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho...* ob. cit., t. II, págs. 73 y 74.

³⁵ GRACÍA MARTÍN, L.: *Lecciones de...*, ob. cit., pág. 405; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho penal...*, ob. cit., págs. 152 y 153. DEL ROSAL BLASCO, B./PÉREZ VALERO, I. aunque

por ejemplo, respecto del *comiso* de ganancia se afirma su carácter de *medida civil de compensación*, mientras que en relación con el comiso de los efectos e instrumentos del delito se habla de *medidas de aseguramiento de la colectividad* frente al peligro de que tales cosas sean empleadas para la comisión de delitos³⁶.

No obstante, la mayor parte de la doctrina se ha decantado por la constitución de un *tertium genus* o **figura sui generis**, siempre dentro de la esfera del Derecho penal, dados su indiscutible contenido aflictivo y las dificultades conceptuales expuestas para su inclusión tanto en el ámbito de las penas como en el de las medidas de seguridad.

2. La doctrina jurisprudencial.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia sigue siendo todavía muy escasa. Concretamente, respecto a la regulación anterior ya derogada, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 599, de 28 de septiembre de 1996 se refiere a este tipo de medidas considerándolas *consecuencias accesorias de la pena*, y exigiendo, en consecuencia, «que la persona que las sufre haya sido condenada a sufrir la pena principal» (FD, 1.º)³⁷.

En aplicación del vigente Código penal, tan sólo dos sentencias aluden a la cuestión de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: las sentencias del Tribunal Supremo n.º 342, de 27 de febrero de 2002, y la n.º 867, de 29 de julio de 2002³⁸. La primera manifiesta únicamente que la verdadera naturaleza del comiso de las ganancias del delito en el CP 1995 es la de ser «consecuencias accesorias del delito», sin especificar el alcance de tal afirmación. La última de las sentencias citadas, haciendo hincapié en la con-

adoptan este mismo fundamento de peligrosidad, les atribuyen una naturaleza *sui generis*, sin precisar si cae bajo el dominio del Derecho penal o del Derecho administrativo. Así, acaban afirmando que dicha naturaleza peculiar «no permite calificarlas como penas, medidas de seguridad o medidas administrativas» (vid. «Responsabilidad penal... *ob. cit.*, pág. 42).

³⁶ GRACIA MARTÍN, L.: «Las consecuencias accesorias», en GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBÓN, MC.: *Lecciones ...*, 3.º ed., págs. 487 y sigs.

³⁷ Repertorio Aranzadi, marginal RJ 1996\7562. En dicha sentencia se discute acerca de la aplicación de la «clausura de establecimiento» prevista en el derogado art. 344 bis, b) C.p. 1973. El Tribunal declara inaplicable dicha medida, dado que la titular del establecimiento o ha sido finalmente condenada por el delito objeto de acusación. En consecuencia, por el principio de personalidad de las penas, no puede sufrir una consecuencia accesoria de la misma.

³⁸ Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, RJ 2002\4594, y RJ 2002\6357, respectivamente.

troversia doctrinal que existe sobre el tema, tan sólo se atreve a declarar que su naturaleza es la de ser una «consecuencia accesoria» sin más. A lo que añade que el caso del comiso de la ganancia es una figura que parece encontrarse más próxima a una responsabilidad civil *ex delicto* que a una responsabilidad penal, aunque admite que el CP ha querido distinguir las consecuencias accesorias de las medidas de seguridad y de dicha responsabilidad civil. No obstante, acaba señalando que para la aplicación del comiso es necesario que exista una «condena previa que lleve aparejada la imposición de una pena, por lo que la inexistencia de ésta, por ejemplo, en los casos de prescripción, haría inviable el comiso»³⁹. De aquí que el alto Tribunal haya declarado necesaria su inclusión en el debate procesal, lo que implica el sometimiento al principio acusatorio y a las garantías de contradicción establecidas en el art. 24 CE⁴⁰.

Por su parte, las sentencias de las Audiencias Provinciales no son uniformes. En algunas se manifiesta expresamente que el comiso —ésta es la consecuencia accesoria más frecuentemente aplicada— es una *pena accesoria*⁴¹ vinculada no a la ejecución del delito, sino a la imposición de una pena, a pesar de admitirse que están en una rúbrica distinta llamada «consecuencias accesorias»⁴². En otras sentencias, en cambio, se niega el carácter de penas, aunque sí se afirma

³⁹ La cuestión que se suscita en la sentencia comentada es la de determinar si resulta o no procedente el comiso de los bienes —ganancias del delito— a la vista de su titularidad no recae directamente sobre los condenados, sino sobre personas jurídicas que no han intervenido en el procedimiento, pudiendo funcionar en ese caso la excepción legal de la buena fe. El Tribunal aplica la doctrina del levantamiento del velo para atribuir finalmente la pertenencia real de dichos bienes a los acusados, quienes precisamente habían constituido dichas entidades para encubrir la titularidad de los bienes.

⁴⁰ Además de la STS de 29 julio 2002 ahora comentada, vid. en el mismo sentido STS n.º 328, de 6 de marzo de 2001 (RJ 2001\1989). Sin embargo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 1999 (Repertorio Aranzadi, marginal ARP 1999\850, fundamento de Derecho séptimo) y de 14 de marzo de 2001 (JUR 2001\177687, Fundamento de Derecho cuarto) declaran que el comiso puede ser impuesto sin necesidad de haber sido solicitado por la acusación. Entre la doctrina se han manifestado a favor del sometimiento al principio acusatorio de estas consecuencias accesorias tanto partidarios de su naturaleza de pena (ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Poder Judicial*, 1997, pág. 334), como partidarios de su naturaleza de medida administrativa (BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESSE, S.: *Derecho penal económico...*, ob. cit., pág. 155) o de sanción sui generis (PRATS CANUT, J.M./MORÁN MORA, C.: «De las consecuencias...», en *ob.cit.*, 3.ª ed., 2004, pág. 648).

⁴¹ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 4 de febrero de 2003, en la que se justifica dicha naturaleza en el carácter imperativo de su imposición; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de julio de 2002.

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de julio de 2002.

su *naturaleza sancionadora*⁴³. Finalmente, otro grupo de resoluciones judiciales declara que son «consecuencias accesorias al delito»⁴⁴ o consecuencias accesorias sin más⁴⁵, reconociendo con ello respectivamente la necesidad de su imposición al acusado y la no aplicación del principio acusatorio a las mismas.

De lo expuesto se desprende que la jurisprudencia del TS se muestra más inclinada a estimar que las consecuencias accesorias son medidas de naturaleza penal, aunque distintas a las penas y a las medidas de seguridad —una especie de *tertium genus*—, estableciendo como presupuesto mínimo para su aplicación la existencia de una pena impuesta a un condenado, persona física.

3. Últimas reformas penales

Las últimas reformas en materia penal han introducido cambios significativos que, sin duda, avivarán la polémica doctrinal existente sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias.

De una parte, se producido una extensión de su ámbito de aplicación a delitos en los que inicialmente no estaban previstas. En concreto, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, modifica el art. 318 CP, dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores, estableciendo que «la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 CP». Con ello, no se altera ciertamente el régimen general de aplicación de las consecuencias accesorias, puesto que el art. 318 CP tan sólo representa una especificación de la regulación genérica de las actuaciones en nombre de otro, previstas en el art. 31 CP para evitar las lagunas de impunidad en los delitos especiales. Del mismo modo, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, prevé la aplicación de las medidas del art. 129 CP a los delitos relativos a la manipulación genética (art. 162 CP), a la utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189 CP), al blanqueo de capitales (art. 302 CP), a los delitos contra la salud pública (art. 369.2 CP), falsificación de moneda (art. 386 CP), y corrupción en las transaccio-

⁴³ Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 9 de febrero de 2001 y la de la Audiencia Provincial de Cádiz de 24 de septiembre de 2002, en la que parece querer atribuirse a las consecuencias accesorias el carácter de *tertium genus* entre las sanciones penales, no relevante según se declara para determinar la competencia jurisdiccional.

⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de diciembre de 2002.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 1999.

nes comerciales internacionales (art. 445 CP), cuando el culpable perteneciere a una sociedad, asociación o fundación que se dedicare a la realización de tales actividades delictivas. Esta ampliación de su ámbito de aplicación resulta coherente con el régimen de previsión expresa fijado en el Código penal de 1995, y por ello no añade nada realmente significativo a la discusión sobre su naturaleza jurídica.

Más interesante se presenta, de otra parte, la adición de un segundo número al art. 31 CP por la mencionada LO 15/2003, en el que se dispone que la persona jurídica será *responsable, de forma directa y solidaria, del pago de la multa* impuesta al administrador de hecho o de derecho que actuó en nombre y por cuenta de dicha persona jurídica. Del mismo modo se modifica el art. 369 CP, haciendo posible imponer a la sociedad u organización a través de la que se haya cometido el delito de tráfico de drogas, entre otras medidas, alguna o algunas de las previstas en el art. 129 CP, así como *la privación del derecho* a obtener beneficios fiscales o subvenciones o ayudas públicas, además de asignarle *una multa* del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito. Con ello, según manifiesta la propia exposición de motivos de esta ley, se esta abordando el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁶. Sin embargo, a mi modo de ver ésta es una conclusión demasiado aventurada.

En efecto, el artículo 31 CP regula los casos de actuaciones en nombre de otro, lo que, como es de todos sabido, representa una regla de extensión de la autoría que permite sancionar a personas físicas que, a pesar de ser los verdaderos autores materiales del hecho delictivo, no podrían ser castigadas al no reunir las especiales condiciones de autoría exigidas por el tipo, que sí concurren en las personas jurídicas en nombre o por cuenta de quien actúan. A mayor abundamiento, se trata de evitar una laguna de impunidad respecto de una clase particular de delitos: los especiales. No parece, en consecuencia, el lugar más adecuado para fijar un reconocimiento general de responsabilidad penal de la persona jurídica, sobre todo, porque el origen del art. 31.1 CP es precisamente el inverso: la imposibilidad de la persona jurídica para ser sujeto activo del delito. En otro caso, la intervención delictiva de la persona física podría ser solventada por la vía de la participación delictiva, sin necesidad de acudir a las actuaciones en nombre de otro. Esta regla quedaría sólo

⁴⁶ MIR PUIG, S. propone que esta afirmación de la exposición de motivos se entienda referida a una responsabilidad penal en sentido amplio, en la que tendrían cabida también las medidas de seguridad junto a las penas (cfr. «Sobre la responsabilidad...», *ob. cit.*, pág.763).

para resolver aquellos supuestos de representación, dentro de los delitos especiales, en los que la persona jurídica o física no hubiera tenido ninguna responsabilidad en el hecho delictivo cometido por la persona física.

Por otra parte, si se interpreta que el art. 31.2 CP constituye una suerte de responsabilidad penal de la persona jurídica, a mi modo de ver ello conduciría al quebrantamiento de los principios de personalidad de las penas y de igualdad. De personalidad de las penas porque del texto legal parece deducirse en todo caso la obligación de la persona jurídica de pagar la multa impuesta a su administrador de hecho o de derecho, con independencia de si aquélla ha tenido o no intervención en el hecho delictivo. Dicho de otro modo, no se establece ningún criterio de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica⁴⁷, más allá de la existencia de una condena a la persona física. Adviértase, a este respecto, que el texto legal se refiere a la imposición de una pena de multa al *autor*⁴⁸ del delito, persona física, lo que pone de manifiesto que la persona jurídica a la que se hace responsable del pago de dicha multa no es autora del delito⁴⁹, bien porque no puede serlo —*societas delinquere non potest*—, o bien porque su intervención no ha sido tal. En ambos casos, la persona jurídica estaría sufriendo una sanción por el hecho de otro⁵⁰.

El principio de igualdad, a su vez, puede verse afectado, en primer término, porque la responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa queda estipulada sólo respecto de la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta se actúa, pero no respecto de las actua-

⁴⁷ En este mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: «El nuevo artículo 31.2 del Código penal», en *Revista de Derecho penal*, n.º 12, 2004, págs. 141 y 142, contraponiéndolo al caso italiano, en donde la Ley de 20 de septiembre de 2000, núm. 300 sí que ha recogido los criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, resumidos en la fórmula «en interés propio o en el beneficio» de la entidad.

⁴⁸ En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G. suscita la duda de si la multa que pueda imponerse a otros socios o miembros del Consejo de Administración, condenados como partícipes en el hecho delictivo es también asumida por la persona jurídica (vid. QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al nuevo Código penal*, 3.ª ed., 2004, pág. 337.

⁴⁹ A la misma conclusión llegan LUZÓN PEÑA, D.M.: «Las consecuencias...», *ob. cit.*, pág. 549, en nota 7; MIR PUIG, S.: «Sobre la responsabilidad...», *ob. cit.*, págs. 761 y 762.

⁵⁰ En este sentido, resulta muy significativo el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, emitido el 26 de marzo de 2003, en el que se manifiesta que «a pesar de la justificación dada a la reforma, de la manera en que se redacta el art. 31, más parece privarse a la pena de multa de su carácter personal en cuanto a la persona que debe realizar el pago, que establecer propiamente la responsabilidad de la persona jurídica» (pág. 7 del referido informe).

ciones en nombre de otro, persona física⁵¹. Algo que sólo se entiende desde la idea de la imposibilidad de la persona jurídica para ser sujeto activo del delito, pues en otro caso, no se explicaría la razón del distinto tratamiento dado a la persona jurídica frente a la física. En segundo término, considero que el art. 31.2 CP restringe la posibilidad de aplicación del arresto sustitutorio de la multa a la persona física autora del delito. De este modo, la atribución de dicha responsabilidad a la persona jurídica se convierte en una especie de escudo protector para la persona física que cometió el hecho delictivo, al evitar la posible aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Se quebranta, así, el principio de inderogabilidad de las penas. No puede interpretarse de otro modo cuando, de una parte, la responsabilidad atribuida a la persona jurídica es *directa y solidaria* del pago, y de otra, el cumplimiento de dicho arresto extingue la obligación de pago, según dispone el art. 53.4 CP, aunque mejore la situación económica del penado⁵².

A todo ello se añade el limitado ámbito de aplicación del art. 31 CP, circunscrito a *los delitos especiales*, lo que impide, en consecuencia, la vigencia de esta regulación respecto de los delitos comunes en los que una persona física haya actuado en beneficio de una persona jurídica al cometer el delito⁵³.

Así las cosas, la doctrina que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de este apartado 2.º del art. 31 CP reconoce que ésta es sumamente confusa, pues, recuerda a la responsabilidad civil *ex delicto* que se establece para los distintos autores o cómplices del art. 116.2 CP; pero que como responsabilidad objetiva de pago de una sanción pecuniaria no es admisible en el ámbito del Derecho penal, dónde rige el principio de culpabilidad⁵⁴. En consecuencia, para hacer

⁵¹ Llama la atención sobre este «olvido» también ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Revista de Derecho penal*, n.º 12, 2004, págs. 122 y sigs., rechazando la posibilidad de solventar este error con una hipotética analogía «*in bonam partem*».

⁵² Vid. a este respecto, más ampliamente la magnífica argumentación de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Revista de Derecho penal*, n.º 12, 2004, págs. 124 y sigs.

⁵³ A no ser que se interprete que la expresión «en estos supuestos» está aludiendo a todos los casos en que una persona física actúa como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, lo que no parece adecuado tal y como manifiesta LUZÓN PEÑA, D.M.: «Las consecuencias...», *ob. cit.*, pág. 549, en nota 7. Limita también el significado de esta expresión a los casos contemplados en el apartado 1 del art. 31 CP, esto es, a los delitos especiales, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Derecho penal... ob. cit.*, 2.ª ed., pág. 958, y ello partiendo el autor de que el apartado 2.º del art. 31 CP establece una responsabilidad criminal «indirecta» de la persona jurídica.

⁵⁴ LUZÓN PEÑA, D.M.: «Las consecuencias...», *ob. cit.*, pág. 549, nota 7; MIR PUIG, S.: «Sobre la responsabilidad...», *ob. cit.*, pág. 762; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal...ob. cit.*, 6.ª ed., 2004, pág. 222, aunque reconocen que con las conse-

compatible esta obligación de pagar la multa con el carácter personal de la pena, MIR PUIG propone asimilarla a la categoría de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, y no a la de las penas⁵⁵. Esta misma idea es la que parece inspirar al Consejo General del Poder Judicial al afirmar que el apartado 2.º del art. 31 CP está estableciendo «sólo la consecuencia de que los bienes de la persona jurídica quedan afectos al pago de la multa», y no una verdadera responsabilidad criminal de la persona jurídica⁵⁶. Por ello, el Consejo propone la introducción de un precepto específico que regulase la extensión a la persona jurídica de las obligaciones patrimoniales asignadas a la persona física que actuó en su nombre o representación⁵⁷.

Por lo que se refiere a la multa y demás medidas previstas en el art. 369 CP, la opinión de la doctrina se divide igualmente, entre quien considera que son verdaderas penas⁵⁸ y quien estima que se trata de medidas preventivas de carácter económico, ya que, de una parte, la denominación de multa no es exclusiva de las penas pecuniarias, y de otra, porque su identificación con las penas conduciría a una responsabilidad colectiva, dado que la multa se impone «a la organización»⁵⁹.

cuencias accesorias del art. 129 CP ya hay de *lege lata* un sistema de sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas.

⁵⁵ Vid. MIR PUIG, S.: «Sobre la responsabilidad...», *ob.cit.*, pág. 762. De otra opinión, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Derecho penal... ob cit*, 2.ª ed., págs. 957 y 958, quien entiende que se otorga responsabilidad criminal en sentido estricto (pena), aunque indirecta, a la persona jurídica. QUINTERO OLIVARES, G. sostiene que «este precepto abre de hecho una cierta responsabilidad penal de las personas jurídicas» (cfr. QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al nuevo Código penal*, 3.ª ed., 2004, pág. 337). ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Revista de Derecho penal*, n.º 12, 2004, págs. 136 y sigs., por su parte, rechaza la posibilidad de considerar esta pena de multa como responsabilidad civil o como consecuencia accesoria, optando por atribuirle naturaleza administrativa.

⁵⁶ Cfr. *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, pág. 7, emitido el 26 de marzo de 2003.

⁵⁷ Cfr. *Informe del Consejo...cit.*, pág. 8.

⁵⁸ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Derecho penal... ob cit*, 2.ª ed., 2004, pág. 956; VALLE MUÑIZ, J.M./MORALES GARCÍA, O. sostienen que con esta modificación se está ante auténticas penas que instauran una «responsabilidad penal directa, acumulativa pero no ya por atribución sino por el hecho propio, pues no es presupuesto que el sujeto actúe con un poder de representación de la persona jurídica ni mucho menos en su beneficio» (cfr. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al nuevo Código penal*, 3.ª ed., 2004, págs. 1894 y 1895).

⁵⁹ Vid. MIR PUIG, S.: «Sobre la responsabilidad...», *ob.cit.*, págs. 762 y 763. El Consejo General del Poder Judicial en su informe *sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, emitido el 26 de marzo de 2003, pág. 60, considera estas medidas una extensión de las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

A mi modo de ver, interpretar que con estas medidas se ha instaurado una responsabilidad penal directa para las personas jurídicas es ir demasiado lejos. En primer término, porque lo cierto es que la imposición de las mismas no es independiente de la responsabilidad penal de la persona física en el sentido de que se exige estar en los supuestos de las circunstancias 2.^a, 3.^a ó 4 del art. 369.1 CP, lo que implica una condena a persona física por esos tipos agravados. En segundo término, incluir estas medidas en la categoría de las penas lleva a una responsabilidad objetiva contraria al principio de culpabilidad, pues, el hecho delictivo cometido por la organización, asociación o persona física titular del establecimiento no está descrito en el tipo penal. Ahí tan solo se tipifica el hecho de la persona física culpable de alguno de los tipos agravados mencionados⁶⁰.

Finalmente, la LO 15/2003 ha modificado también la regulación del comiso (art. 127.2 CP), estipulando que si no es posible llevarlo a cabo sobre los bienes señalados en el apartado 1.º, se acordará por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho. Se articula, con ello, una especie de comiso por el valor equivalente, una medida a la que no hay nada que objetar cuando se trata del comiso de las ganancias o efectos del delito, pero que no parece tan acertada respecto al comiso de los instrumentos del delito, pues su fundamento es distinto. Asimismo, en el apartado 3 se otorga al tribunal la posibilidad de que pueda acordar el comiso aún cuando no haya sujeto responsable penal, por estar éste exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita. Con esta modificación parece que se produce una aproximación de esta consecuencia jurídica a la de las medidas de seguridad y a la responsabilidad civil. Es interesante advertir que esta previsión no se ha extendido al resto de consecuencias accesorias del art. 129 CP. No es, por tanto, una medida común al régimen general propio de las consecuencias accesorias y por ello se prevé expresamente.

4. Toma de postura

A la vista de lo expuesto hasta ahora, entiendo que son varios los datos que de *lege data* se oponen a considerar a las consecuencias ac-

⁶⁰ Sorprende, por ello, que, a pesar de reconocerse que el hecho cometido por la persona jurídica no está descrito en el tipo, VALLE MUÑOZ, J.M./MORALES GARCÍA, O. mantengan que estamos ante responsabilidad penal directa de la persona jurídica por su propio hecho (vid. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al nuevo Código penal*, 3.^a ed., 2004, págs. 1894 y 1895).

cesorias como auténticas penas. *En primer lugar*, porque desde un punto de vista formal las consecuencias accesorias no se recogen en el catálogo del art. 33 C.p., sino en un Título específico, distinto y separado tanto de las penas como de las medidas de seguridad. *En segundo lugar*, porque resulta significativo que el comiso —pena accesoria según el art. 48 del derogado Código penal— se haya incluido en el nuevo Código entre las consecuencias accesorias⁶¹, de manera que parece existir una *voluntas legis* de no calificarlas como penas⁶². *En tercer término*, porque, desde un punto de vista material, el presupuesto de aplicación de estas consecuencias accesorias, y específicamente de las fijadas en el art. 129 C.p., no se halla en la culpabilidad de la persona jurídica, como requeriría su pretendida naturaleza de penas. En efecto, el art. 129 C.p. no alude a la culpabilidad de la persona jurídica, sino que tan sólo hace referencia, en su número 3, a la *orientación* de las mismas hacia *la prevención de la continuidad en la actividad delictiva y en los efectos de la misma*, pudiendo ser aplicadas algunas de ellas incluso como medidas cautelares durante el proceso⁶³. Sin olvidar que la posible afectación de derechos de terceros, no responsables del delito, las hace incompatibles con principios básicos de la responsabilidad criminal como los de proporcionalidad y personalidad de las penas⁶⁴. En este sentido, considero que éste último principio constituye uno de los mayores escollos para aceptar

⁶¹ Y ello, como subrayan PRATS CANUT, M./MORÁN MORA, C., a pesar de que en el nuevo Código Penal no ha desaparecido esta modalidad de penas, a la que se hace referencia en los arts. 54 y sigs. C.p. («De las consecuencias accesorias», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.(Dir./coord.): *Comentarios...*, ob.cit., 3.^a ed., 2004, pág. 647).

⁶² En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, B.: *La Revista Penal*, 1998, pág. 48.

⁶³ En este sentido, MORENO CATENA, V. (*Derecho procesal penal*, 3.^a ed., 1999, pág. 544) advierte de la cautela con la que deberá actuar el juez dadas las repercusiones que dichas medidas tendrán sobre terceros distintos del responsable penal. Una repercusión que explica la necesidad de dar audiencia previa a los titulares de los locales o establecimientos.

⁶⁴ Así señala GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 69, su posible repercusión en los trabajadores, socios de la persona jurídica. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 232 y 233; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho...*, ob. cit., pág. 57); MAPELLI CAFFARENA, B.: *La Revista Penal*, 1998, pág. 43; BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGESSE, S.: *Derecho penal económico...*, ob. cit., págs. 120 y 121; en contra, sin embargo, ya se manifestaba BARBERO SANTOS, M.: «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1957, vol. 64, pág. 327, aduciendo que de la misma manera se ocasionan perjuicios a terceras personas inocentes cuando las sancionadas son personas físicas. Si bien, como ha puesto de manifiesto FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. llama la atención que la adopción de la medida de intervención se adopte teniendo en cuenta derechos de los trabajadores y de los acreedores antes que los de la víctima o los del autor del delito (vid. *Sanciones para empresas...*ob.cit., pág. 99).

su naturaleza de penas, y no ya porque el contenido afflictivo de las consecuencias accesorias pueda acabar siendo finalmente trasladado a terceros no culpables, sino porque el hecho base de la persona jurídica al que se vincula la imposición de una consecuencia accesoria del art. 129 CP no está definido en el texto legal como un hecho distinto del de la persona física. Hay que tener en cuenta, además, que la empresa a la que se refiere el art. 129 CP y sobre la que recaen las consecuencias accesorias puede pertenecer a una persona jurídica, pero también a una persona física; de tal manera que —como ha advertido FEJOO SÁNCHEZ— la misma responsabilidad penal que se predica de una persona jurídica debería predicarse cuando se trata de una empresa de titularidad individual, dirigida o administrada por un sujeto distinto⁶⁵.

Finalmente, tampoco dice mucho a favor de su consideración como penas el que no sean de obligatorio acuerdo por parte de los jueces y tribunales (art. 129 C.p.: «podrán imponer, motivadamente»), a pesar de que se haya tratado de restar importancia a su carácter facultativo advirtiendo que también se puede suspender la ejecución de las penas privativas de la libertad⁶⁶. No creo que pueda equipararse la fase de imposición de la pena con la de su ejecución, ni tampoco lo que es una regla general para la categoría de las consecuencias necesarias con lo que se configura como un supuesto excepcional para una clase de penas⁶⁷. Y ello aún cuando se pudiera pensar que su aplicación potestativa se debe a la posibilidad de que la medida resulte o no precisa para cumplir con la finalidad de prevención en la continuidad delictiva que asigna el art. 129.3 CP⁶⁸, pues, las penas privativas de libertad también deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y sin embargo, su imposición no se hace depender del cumplimiento de tales finalidades. A este respecto, quizás la in-

⁶⁵ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, B.J.: *Sanciones para empresas...ob.cit.*, pág. 57. En el mismo sentido, y respecto de la responsabilidad en el ámbito administrativo sancionador, apunta esta idea PEMÁN GAVÍN, I. (*El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Barcelona, 2000, pág. 349) cuando señala que la misma traslación de responsabilidad por las acciones de los empleados a los titulares de las actividades económicas se debe dar si éstos últimos son personas jurídicas o físicas.

⁶⁶ ZUGALDÍA ESPINAR: *Derecho penal...ob. cit.*, 2.^a ed., pág. 956; BACIGALUPO SAGESSE, S.: *La responsabilidad penal...ob.cit.*, pág. 290.

⁶⁷ En el mismo sentido se manifiesta ya FEJOO SÁNCHEZ, B.J.: *Sanciones para empresas...ob.cit.*, págs. 98 y 99.

⁶⁸ En este sentido, aunque sin adscribir su naturaleza a la propia de las penas, vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: «Las consecuencias accesorias...», *ob.cit.*, pág. 550; FEJOO SÁNCHEZ, B.J.: *Sanciones para empresas...ob.cit.*, pág. 155; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Las consecuencias accesorias...», *ob. cit.*, pág. 1132.

terpretación más acertada que se ha propuesto sea la de entender que, en realidad, se trata de una fórmula de estilo y no de una verdadera regulación facultativa, en el sentido de que el juez sólo va a poder aplicar estas medidas cuando así se hayan previsto en los delitos de la parte especial del Código⁶⁹. No obstante, en mi opinión, la expresión «podrán imponer» bien pudiera apuntar además a la idea de su carácter accesorio o dependiente de la responsabilidad penal de una persona física, como se comprobará más adelante. En este sentido, se ha dicho que las consecuencias permitirían reforzar los efectos preventivos de la pena, cuando sea necesario atajar la peligrosidad de la empresa como instrumento delictivo⁷⁰.

Por otra parte, tampoco resulta satisfactoria su adscripción a la categoría de las **medidas de seguridad**, porque parece que su fundamento residiría en una peligrosidad objetiva⁷¹, que no es la que se exige en el art. 6 CP. En efecto, de *lege data* el fundamento de la medida de seguridad está en la *peligrosidad criminal del sujeto* al que se le va a aplicar dicha medida, siempre una persona física⁷². Por otra parte, resultaría desproporcionado imponer a la persona jurídica una de estas consecuencias accesorias para anular la peligrosidad criminal de la persona física, toda vez que para evitar la posible comisión de un nuevo hecho delictivo por ésta última bastaría con una inhabilitación especial de profesión u oficio, sin necesidad, por tanto, de recurrir a medidas para la persona jurídica⁷³, que tampoco tendrían la eficacia preventiva perseguida. Sería suficiente con que la persona física se sirviera de otra persona jurídica distinta.

⁶⁹ DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: *Las consecuencias accesorias...ob.cit.*, pág. 152, con una exposición detallada de las distintas posturas doctrinales sobre la interpretación de la accesoriedad de estas consecuencias (págs. 137 y sigs.)

⁷⁰ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, B.J.: *Sanciones para empresas...ob.cit.*, pág. 155.

⁷¹ Hay que advertir que los autores que se citan a continuación no vinculan necesariamente dicha peligrosidad objetiva con la naturaleza de medida de seguridad, aunque algunos de ellos manifiestan que aquélla está más próxima a la de la medida de seguridad que a la de la pena, GRACÍA MARTÍN, L.: «Las consecuencias accesorias», en GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBÓN, MC.: *Lecciones...ob.cit.*, 3.ª ed., pág. 487 y sigs.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...ob.cit.*, págs. 231 y 232; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.): *ob.cit.*, pág. 280; FEJOO SÁNCHEZ, B.J.: *Sanciones para empresas... ob.cit.*, pág. 139; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Las consecuencias accesorias...», en *ob.cit.*, pág. 1132.

⁷² Entre otros, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho...*, ob. cit., pág. 71; MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, 7.º ed., 2004, pág. 769, marginal 70; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Personas jurídicas...», *ob. cit.*, pág. 977; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Las consecuencias accesorias...», en *ob.cit.*, págs. 1131 y 1132.

⁷³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M. : «La responsabilidad penal de la de las empresas y de sus órganos», en SCHÜNEMANN, B./DE FIGUEIREDO DIAS, F. (Coords.): *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, pág. 363; en este mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, B.: *La Revista Penal*, n.º 1,

De la misma manera resulta difícil admitir que, estando previstas en el Código penal e impuestas como consecuencia de una infracción penal por tribunales penales, las consecuencias accesorias sean **medidas administrativas**⁷⁴. Por otra parte, la aproximación a la naturaleza civil que se predica respecto del comiso pierde fuerza cuando se advierte que los arts. 127 y 128 CP conservan, de acuerdo con la disposición adicional 6.ª C.p, el carácter de Ley orgánica que corresponde a toda norma sancionadora⁷⁵. A lo que se suma el que su aplicación se condicione como regla general a la imposición de una pena, según dispone el art. 127 CP, por lo que parece que, en principio, el comiso se configura como una consecuencia *accessoria de la pena*⁷⁶ y no del injusto cometido. Ello a pesar de que LO 15/2003 haya alterado esta regulación, permitiendo facultativamente al juez su imposición en el caso de que no hubiera pena a la que asociarlo, por concurrir una causa de exención de la responsabilidad criminal o por haberse extinguido ésta. Su limitación a supuestos concretos evidencia su carácter excepcional, que además es potestativo para el juez. En cualquier caso, una previsión semejante no se ha recogido respecto de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, que, como ya se ha advertido, sólo pueden imponerse en los supuestos expresa-

1998, pág. 53; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, pág. 981. Este argumento sirve a ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. para defender su naturaleza de penas a las personas jurídicas, lo que exige la constatación de una culpabilidad propia de la persona jurídica. Con ello, según el autor, se evita quebrantar el principio de personalidad de las penas (Cfr *Poder Judicial*, 1997, n.º 46, págs. 332 y 333; y «la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español», en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñoz*, Navarra, 2001, pág. 889)

⁷⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Poder Judicial*, 1997, pág. 332; LUZON PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 58.

⁷⁵ Junto al Título V del Libro I, relativo a la responsabilidad civil, se mencionan los arts. 193 —declaración de filiación y fijación de alimentos en delitos contra la libertad sexual—, 212 —responsabilidad civil solidaria para el propietario del medio informático en las calumnias e injurias—, 233.3 —medidas de custodia y protección del menor en delitos de abandono de menores—, 272 —remisión a la Ley de Propiedad Intelectual en materia de responsabilidad civil en los delitos relativos a la propiedad intelectual—.

⁷⁶ Cfr. GRACÍA MARTÍN, L.: «Las consecuencias accesorias», en GRACÍA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBÓN, M.C.: *ob. cit.*, 3.ª ed., 2004, pág. 498, comentando la regulación inicial del comiso en el Código penal 1995; GUINARTE CABADA, G., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios...*, tomo I, pág. 657, entiende que tampoco será aplicable el comiso cuando no puede imponerse una pena por concurrir una excusa absolutoria o una causa de extinción de la responsabilidad penal, aunque bastará con que se fije formalmente una pena en la sentencia, sin que importe que ésta se llegue a ejecutar efectivamente. En el mismo sentido, haciendo referencia a la extinción de la responsabilidad criminal por muerte del reo, PRATS CANUT, J.M./MORÁN MORA, C.: «De las consecuencias... en *ob. cit.*, 3.ª ed, 2004, pág. 648.

mente previstos en el Código. En consecuencia, puede afirmarse que no siempre que intervenga una persona jurídica en la comisión de un hecho delictivo, aquéllas les serán de aplicación. Es necesario, por tanto, examinar en particular los tipos de la parte especial en los que estas medidas están previstas⁷⁷, a los efectos de determinar si son consecuencias *accesorias de la pena o del injusto* cometido.

Así, en el art. 194 C.p. la clausura temporal o definitiva de los establecimientos o locales empleados en la realización del delito se vincula a una *sentencia condenatoria* («podrá decretarse en la sentencia condenatoria»), lo que implica la asignación de una pena a una persona física por el delito correspondiente. De la misma forma, en la alteración de precios en subastas y concursos públicos, el art. 221.3 C.p. supedita también la imposición de las consecuencias accesorias a la existencia de una condena, a saber, «si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, *se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos*»⁷⁸. Lo mismo sucede con el art. 288 C.p., dentro de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Es cierto que en éste caso no se alude a sentencia condenatoria alguna ni tampoco se habla de culpables. No obstante, la referencia a la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, que a petición del perjudicado puede extenderse a otros medios informativos «a costa del *condenado*», im-

⁷⁷ Concretamente se encuentran expresamente previstas, salvo error u omisión, en el art. 194 CP respecto de los delitos relativos a la prostitución; en el art. 221.3 CP dentro de los delitos relativos a las relaciones familiares; en el art. 262.2 CP en la alteración de precios en subastas; en el art. 288CP dentro de las disposiciones comunes a los delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial, al mercado y a los consumidores; en el art. 294 CP respecto de la negativa a la actividad inspectora de la administración; en el art. 298.2 CP en la receptación; en los arts. 299.2, 301.1, 302.2 CP respecto de los delitos de encubrimiento; en el art. 318 CP en los delitos contra los derechos de los trabajadores; en el art. 318 bis). 5 CP en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; en el art. 327 CP en los delitos contra el medio ambiente; en el art. 369 CP en el tráfico de drogas; en el art. 386 CP en la falsificación de moneda; en el art. 430 CP en el tráfico de influencias; en el art. 520 CP en las asociaciones ilícitas. Las últimas reformas han suplido algunas de las omisiones que la doctrina había puesto ya de manifiesto, cfr. GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Responsabilidad penal de las...ob.cit.*, pág.133; DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: *Las consecuencias accesorias...ob.cit.*, págs. 130 y sigs. y 249 y sigs.is.

⁷⁸ A la existencia de un culpable, y por tanto, de un condenado persona física vinculan también la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias del art. 129 CP los arts. 262.2 CP y 386CP relativos, respectivamente, a la alteración de precios en subastas y concursos públicos y a la falsificación de moneda.

pone necesariamente la existencia de, al menos, un culpable por el hecho delictivo de que se trate, en el que «además» se podrán adoptar las medidas previstas en el art. 129 C.p. Por su parte, el art. 294 CP también obliga a la existencia de una condena, en cuanto que la imposición de las consecuencias accesorias se suma a la de las penas que se fijan para este delito. A la misma conclusión se llega respecto de los artículos 299.2, 301.1, 302.2 CP, relativos a la receptación, en los que la medida de clausura temporal o definitiva del local o establecimiento y las demás consecuencias accesorias del art. 129 CP se añaden a la pena de inhabilitación especial y/o de privación de libertad. En fin, lo mismo puede decirse de los delitos contra los derechos de los trabajadores —art. 318 CP—, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros —art. 318 bis 5 CP—, contra el medio ambiente —art. 327 CP— o el tráfico de influencias —art. 430 CP—. Tampoco puede llegarse a otra conclusión en el caso del art. 369 CP en el delito de tráfico de drogas, ya que, aunque la aplicación de las medidas del art. 129 CP, en principio, parece recaer sobre «la organización, asociación o persona titular del establecimiento», lo cierto es que los tipos agravados a los que se remite —los de las circunstancias 2.^a, 3.^a, 4.^a del número 1- son cometidos por personas físicas que se sirven de una estructura organizativa u asociativa o de establecimientos abiertos al público para traficar con las sustancias prohibidas.

En este sentido, en algún caso se mencionó el art. 300 CP para apoyar la idea de que para la aplicación de las consecuencias accesorias era suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico, sin necesidad de que fuera culpable⁷⁹, dado que en el mismo se establece la aplicabilidad de las disposiciones de ese capítulo, aún cuando el autor o el cómplice del hecho fueren irresponsables o estuvieren personalmente exentos de pena. Entiendo, sin embargo, que dicha interpretación no es acertada, por cuanto el hecho al que se está refiriendo no es el que motiva la imposición de las consecuencias accesorias —el delito de encubrimiento—, sino *aquel del que provienen los efectos aprovechados*, esto es, el delito encubierto. En consecuencia, lo que se afirma en dicho texto legal no es que las consecuencias accesorias serán aplicables aunque el autor o el cómplice del delito de encubrimiento sean irresponsables, sino algo bien distinto: que dicho delito se apreciará aunque el autor o el cómplice

⁷⁹ Así, limitando su aplicación al capítulo XIV del Título XIII, se pronuncia BACIGALUPO SAGGESE, S., en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.): *Curso...*, ob. cit., págs. 79 y 80. Sin referirse a dicho art. 300 CP, pero manifestándose a favor de limitar el presupuesto de aplicación de las consecuencias accesorias a la realización de un hecho típico y antijurídico de forma general, GRACÍA MARTÍN, L.: *Las consecuencias jurídicas...*, ob. cit., 1.^a ed., Valencia, 1996, págs. 461 y 462.

del hecho delictivo encubierto fueran irresponsables o estuvieren exentos de pena.

Así las cosas, puede sostenerse que las consecuencias a las que se refiere el art. 129 C.p. están vinculadas necesariamente a la existencia de una condena penal⁸⁰. No es suficiente con que se haya realizado un hecho típico y antijurídico, sino que se requiere, además, que éste sea culpable⁸¹. Son accesorias del delito. Sólo cuando una persona física ha sido condenada por el hecho delictivo en cuestión, puede apreciarse por los jueces y tribunales la posibilidad de aplicar la consecuencia accesoria en los delitos en que así se haya previsto expresamente. Pues bien, esta dependencia de la culpabilidad de una persona física constituye, a mi modo de ver, un dato relevante que confirma su carácter penal. Difícilmente puede considerarse que las consecuencias accesorias son medidas administrativas de carácter asegurativo, si para su aplicación no basta con la realización de un hecho antijurídico, en el que, al menos, se haya puesto en peligro el bien jurídico que se trata de proteger con ellas. A ello se añade su contenido afflictivo, en cuanto que consisten en privaciones o restricciones de bienes o derechos —derecho a la libertad de empresa o de carácter patrimonial en el comiso, etc.—⁸². No extraña, pues, que MAPELLI CAFFARENA acabe afirmando que «las personas jurídicas no son penalmente responsables en sentido estricto, pero cuando sus actuaciones infringen la ley penal se dispone de *unas sanciones que sin ser pena se asimilan a ellas* en todo aquello que no presentan sus características propias»⁸³

Entiendo, por tanto, que las consecuencias accesorias tienen naturaleza penal, aunque no como auténticas penas o medidas de seguridad, sino como un *tertium genus*, en el que el reconocimiento de responsabilidad penal a una persona física constituye un elemento in-

⁸⁰ En este sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. califica a las consecuencias accesorias de «circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria», en *Nuevo Código..ob.cit.*, pág. 200.

⁸¹ A esta misma conclusión llega, GUINARTE CABADA, G., en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios ...*, ob. cit., 666, que considera accesorias las consecuencias de la imposición de una pena o una medida de seguridad. En contra, se manifestaba GRACIA MARTÍN, L.: «Las Consecuencias...», en *ob. cit.*, 2.^a ed., pág. 409, quien consideraba aplicables estas consecuencias sólo con la realización de hechos típicos y antijurídicos. La modificación legislativa introducida con la LO 15/2003 permite aplicar el comiso aún en los casos en los que no se imponga pena, si bien ello habrá que conciliarlo con el que, según el referido autor, es el criterio rector de esta figura: la peligrosidad objetiva de la cosa (Cfr., 3.^a ed., 2004, pág. 499).

⁸² En este sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, P., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios...*, ob. cit., págs. 941 y 942.

⁸³ MAPELLI CAFFARENA, B.: *La Revista Penal*, 1998, pág. 48 (el subrayado es mío).

dispensable para su aplicación. De manera que, al igual que para la imposición de las medidas de seguridad se requiere no sólo la peligrosidad criminal del sujeto —su fundamento—, sino también que dicho individuo haya cometido un hecho típico y antijurídico -indicio de aquella—, en el ámbito de las consecuencias accesorias del art. 129 CP será necesario también que, además de reconocerse responsabilidad penal a una persona física⁸⁴, concurra un peligro objetivo —instrumental— que en el texto legal se expresa en la posibilidad de continuidad delictiva o del mantenimiento de sus efectos. Su presupuesto de aplicación abarca, pues, algo más que su fundamento de peligrosidad. Una peligrosidad que no se fija en clave de sujeto, sino de instrumento u objeto peligroso⁸⁵. Esto es, no se trata de prevenir que la persona física que ha delinquido vuelva a hacerlo⁸⁶, sino de que cualquier otra persona física vuelva a servirse de la estructura de medios que representa el ente colectivo para cometer un hecho delictivo. Es, por tanto, una peligrosidad objetiva u instrumental. Ahora bien, qué es lo que hace peligrosa a tal estructura de medios, es lo que habrá que determinar, sin que baste con la comisión de un hecho delictivo por la persona física que actúa en su nombre o representación. El hecho propio de la empresa o ente colectivo no ha sido definido por el legislador. Es la doctrina la que trata de proporcionar criterios para conectar el hecho de la persona física con la persona jurídica a la que representa, y apreciar, entonces, la necesidad de prevención en la continuidad delictiva a la que se refiere el texto legal⁸⁷. En este sentido, se ha señalado que es necesario, en primer lugar, que la persona física haya actuado en beneficio o interés de la empresa y no en su perjuicio o en beneficio exclusivamente propio o de terceros. Asi-

⁸⁴ En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. indica que el mismo texto legal presupone la comisión de un anterior delito al establecer como finalidad de las consecuencias accesorias del art. 129 CP evitar la «continuidad» en la actividad «delictiva» («las consecuencias accesorias...»), en *LH Cerezo Mir*, 2002, pág. 1129. De la misma forma GARCÍA ARÁN, M. entiende que las consecuencias accesorias lo son de la existencia de un responsable penal individual y físico («Algunas consideraciones sobre...»), en *ob. cit.*, 1998, pág. 48. Contrario a esta relación de dependencia con la responsabilidad criminal de la persona física se manifiesta, en cambio, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Personas jurídicas...», *LH Barbero Santos*, 2001, pág. 981.

⁸⁵ Resulta evidente que ésta interpretación no es seguida por quienes otorgan la consideración de penas a las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Vid. sobre las posibilidades de interpretación de este aspecto, vid. GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Responsabilidad penal de las...ob.cit.*, págs. 76 y 107.

⁸⁶ Para esto resulta más eficaz una inhabilitación especial, como ya se ha puesto de manifiesto más arriba.

⁸⁷ Vid., sobre el particular, FELJOO SÁNCHEZ, B.J.: *Sanciones para empresas...ob.cit.*, págs. 168 y sigs.; una exposición de Derecho comparado en GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Responsabilidad penal de las...ob.cit.*, págs. 57 y sigs.

mismo, se ha advertido que la atribución al ente colectivo requiere, en segundo lugar, que la actividad delictiva desplegada tenga que ver con las que corresponden normalmente a la empresa —pertenencia a su ámbito organizativo—, y que ésta haya favorecido el hecho delictivo por un defecto de organización o una gestión empresarial criminógena, de forma que la empresa no hubiera establecido las medidas de control o seguridad que eran exigibles⁸⁸. A nadie se le oculta que este entendimiento aproxima la naturaleza de las consecuencias accesorias del art. 129 CP a las medidas de seguridad, pero sin llegar a identificarse con ellas.

Llegados a este punto, la pregunta es si las consecuencias accesorias constituyen un reconocimiento de responsabilidad penal para las personas jurídicas. La respuesta, a mi modo de ver, debe ser negativa, salvo que dicho concepto se entienda de forma muy amplia, como equivalente a la respuesta del ordenamiento penal al factor criminógeno que pueda constituir una determinada estructura de medios más o menos formalizada jurídicamente.

Ahora bien, si desde una interpretación de Derecho positivo como la realizada hasta aquí, resulta evidente que las consecuencias accesorias no son las nuevas penas para las personas jurídicas, restaría por considerar si desde una perspectiva de *lege ferenda* resultaría conveniente admitir como nuevo infractor del Derecho penal a la persona jurídica.

En este sentido, algún autor⁸⁹ ha manifestado su reserva por lo que puede representar de huida hacia una responsabilidad colectiva ante la imposibilidad de determinar al individuo responsable, en consecuencia, se propone la coexistencia de la responsabilidad penal del ente colectivo y la del sujeto individual. Pero, en ese caso, entiendo que para evitar el *bis in idem* habría que determinar qué hecho comete el sujeto individual y cuál realiza el ente colectivo. Es aquí donde, a mi modo de ver, reside el mayor problema para aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pues, aún cuando se admitiesen las construcciones dogmáticas que se sustentan sobre la idea de la organización defectuosa de la persona jurídica, con ello sólo se habría determinado el aspecto objetivo del tipo, pero en nada se habría avanzado sobre la culpabilidad de la persona jurídica⁹⁰. Quedaría por es-

⁸⁸ Sobre los criterios para establecer la prognosis de peligrosidad, vid. DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: *Las consecuencias accesorias...ob.cit.*, págs. 103 y 104, y 115 y sigs.

⁸⁹ GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Responsabilidad penal de...ob.cit.*, pág. 29; OCTAVIO DE TOLDO Y UBIETO, E.: «Las consecuencias accesorias...», págs. 1138 y sigs.

⁹⁰ En este punto, FEIJOO SÁNCHEZ considera que algunas de estas construcciones representan una vuelta a un Derecho penal de autor basado en la peligrosidad (vid.

tablecer cómo infringe la persona jurídica el mandato o la prohibición, si la decisión contraria a la norma penal ha sido tomada por la persona física. La base psicológica de la culpabilidad penal —art. 5 CP— impide que ésta pueda extenderse a la persona jurídica⁹¹. A mi modo de ver, no sirven, a este respecto, los intentos de traslación al Derecho penal de la culpabilidad reconocida a tales entes en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, sobre la base de un conjunto de garantías comunes al *ius puniendi* del Estado⁹².

En efecto, es cierto que el TC en su histórica Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, ha incluido el principio de culpabilidad entre dichas garantías comunes, extendiendo su aplicación también a las sanciones administrativas que recaen sobre personas jurídicas. Si bien, debido a la naturaleza de ficción jurídica de éstas, reconoce asimismo que el principio se aplicará de forma necesariamente distinta a como se hace respecto a las personas físicas. Además, el alto Tribunal no indica, por un lado, cómo se apreciará el elemento subjetivo respecto de dichos entes colectivos, y por otro, su entendimiento en el caso en cuestión apunta más a una responsabilidad objetiva que a una de carácter subjetivo⁹³. Como ha señalado la misma doctrina administrativista⁹⁴ la argumentación del Tribunal es cuando menos

Sanciones para empresas...ob.cit., pág. 81, nota a pie n.º 45; BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Culpabilidad y persona jurídica», en *I Congreso Hispano-italiano de Derecho penal económico*, Universidad da Coruña, 1998, págs. 17 y 18; SILVA SÁNCHEZ, J.M., en Consejo general del poder judicial, Madrid, 2001, pág. 337.

⁹¹ Como ha señalado FEJOO SÁNCHEZ, el reconocimiento de personalidad jurídica no significa que todas las personas —físicas o jurídicas- tengan las mismas capacidades y los mismos derechos y obligaciones. La naturaleza de ficción jurídica de las personas jurídicas impone unos límites ontológicos que les impiden, por ejemplo, tener el derecho a elegir y ser elegidos (vid. *Sanciones para empresas...ob.cit.*, págs. 83 y 84).

⁹² Entre la doctrina administrativista resulta discutido si es el Derecho administrativo sancionador el que debe someterse a las garantías y principios limitadores que nacen del Derecho penal, o si, en cambio, ambos se encuentran sometidos a un superior Derecho público sancionador (vid. sobre el particular NIETO GARCÍA, A.: *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 1994, pág. 159). Por su parte, la doctrina penal se encuentra igualmente dividida en dos posturas respecto a la aplicación de las garantías penales a las sanciones administrativas. Así, la mayoría propugna unas garantías semejantes para las sanciones penales y las administrativas, mientras un sector minoritario aboga por reconocer menores garantías para las sanciones administrativas (vid. una exposición de ambas corrientes, CID MOLINÉ, J.: «Garantías y sanciones», en *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996, págs. 132 y sigs.).

⁹³ En este sentido, CID MOLINÉ, J.: RAP, n.º 140, 1996, pág. 155, nota 29, señala que el sometimiento al principio de culpabilidad en la aplicación de sanciones administrativas a las personas jurídicas que hace el TC no comprende la responsabilidad personal ni tampoco la exigencia de dolo o imprudencia.

⁹⁴ PEMÁN GAVÍN, I.: *El sistema sancionador...ob.cit.*, págs. 340 y 341. LOZANO CUITANDA, B., se manifiesta de acuerdo con la solución aportada por el TC, si bien reco-

llamativa, porque comienza afirmando la compatibilidad del elemento culpable con la persona jurídica, negando después que ésta tenga una voluntad propia, para finalmente admitir que la toma prestada del empleado autor de los hechos. Una evidente infracción del principio de personalidad de las penas, inadmisibles desde el punto de vista del Derecho penal. Se acaba confundiendo la culpabilidad con la capacidad de infracción de las normas jurídicas⁹⁵.

Esta realidad propia de la persona jurídica lleva a un sector de la doctrina administrativa a negar la existencia de culpabilidad respecto de tales entes colectivos. Se estima, así, que las peculiaridades del Derecho administrativo (protección de bienes jurídicos a través de ilícitos de peligro abstracto y de mera actividad o de omisión pura)⁹⁶ hacen que lo relevante sea la determinación de la responsabilidad, a la que se llega «no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción»⁹⁷.

noce que falta una adecuada argumentación sobre el fundamento de la imputación de la responsabilidad a la persona jurídica. Según dicha autora éste se encuentra no en un deber genérico de vigilar a los empleados, sino en el deber específico que el ordenamiento establece para la empresa de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad («La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)», *Revista de Administración Pública*, n.º 129, 1992, págs. 224 y sigs.)

⁹⁵ Un análisis de esta sentencia puede verse en FEJOO SÁNCHEZ, B.J.: *Sanciones para empresas...ob.cit.*, págs. 60 y sigs.; GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Responsabilidad penal...ob.cit.*, págs. 97 y sigs.; para una valoración de la jurisprudencia constitucional relativa a las garantías de las sanciones, vid. CID MOLINÉ, J.: *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996, págs. 152 y sigs.

⁹⁶ Así, se sostiene que la diferencia entre la culpabilidad propia del Derecho penal y la del Derecho administrativo reside en su intensidad, de manera que éste último exige una diligencia más intensa, según unos, al generalizar los ilícitos de peligro abstracto y de mera conducta u omisión por sus propias necesidades de protección. Se llega así a confundir en estos casos la mera voluntariedad de la acción y la previsibilidad y evitabilidad del resultado antijurídico (vid. DE PALMA DEL TESO, A.: *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1996, págs. 127 y sigs.). Según NIETO GARCÍA, A., por la distinta consideración del elemento de la conciencia de la antijuridicidad, y por tanto del funcionamiento del error de prohibición, dado que en el Derecho administrativo se establece una obligación genérica de «procurar conocer» la ilicitud dentro de la actividad que se desarrolla, en la que tiene un papel fundamental la propia actuación de la Administración que puede modular o excluir la responsabilidad del sujeto de buena fe (vid. *Derecho administrativo...ob.cit.*, págs. 347 y sigs.).

⁹⁷ Cfr. NIETO GARCÍA, A.: *Derecho administrativo sancionador...ob.cit.*, pág. 359. Esta idea es la que parece apuntar también entre la doctrina penalista QUINTERO OLIVARES, G., al analizar el distinto alcance los principios penales aplicados al ámbito administrativo sancionador, vid. «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», en *Revista de Administración Pública*, n.º 126, 1991, pág. 280.

Esa sería, pues, la justificación de la responsabilidad administrativa en el caso de las personas jurídicas, apoyada en la teoría (civil) de la imputación⁹⁸.

En el otro extremo, se sitúan los que sí consideran compatible el elemento de la culpabilidad con la persona jurídica, afirmando que su voluntad está presente a través de la negligencia reconocida de sus empleados. Un entendimiento equivocado del art. 31 CP por parte de este sector doctrinal les lleva a estimar semejante esta traslación de responsabilidad a la que se produce en el texto penal⁹⁹.

Un posición intermedia entre la doctrina administrativa es la que vincula el elemento de la culpabilidad a las propias necesidades de protección de cada sector del ordenamiento, de manera que en unos casos la responsabilidad ilimitada u objetiva vendrá justificada por el interés público de la actividad que se está desarrollando, exigiendo un cumplimiento riguroso de la normativa —se intensifica el deber de los titulares de la actividad—; mientras que en otros, bastará con formulas legales compatibles con el elemento de la culpabilidad. Una heterogeneidad que se defiende por la distinta función que se otorga al Derecho administrativo y al Derecho penal en la protección de los bienes jurídicos¹⁰⁰.

En conclusión, la culpabilidad que se reconoce a las personas jurídicas en el ámbito administrativo sancionador es un elemento cuestionado por la propia doctrina administrativa, y cuando es admitido su contenido es objetivado, bien identificándolo con la capacidad infractora de las personas jurídicas o con la capacidad de soportar la sanción, o bien realizando una traslación de responsabilidad de sus miembros al ente colectivo. Algo que aunque puede resultar admisible para el Derecho administrativo por su distinta finalidad, no lo es para el Derecho penal.

Por tanto, las consecuencias accesorias del art. 129 CP no son ni conviene que sean penas para las personas jurídicas.

⁹⁸ NIETO GARCÍA, A. distingue así entre el infractor y el responsable. Respecto de éste último admite una responsabilidad objetiva basada en la mera inobservancia de obligaciones legalmente impuestas (vid. ampliamente, *Derecho administrativo sancionador...ob.cit.*, págs. 392 y sigs.

⁹⁹ LOZANO CUTANDA, B.: *Revista de Administración Pública*, n.º 129, 1992, pág. 225.

¹⁰⁰ Vid. PEMÁN GAVÍN, I.: *El sistema sancionador...ob.cit.*, págs. 359 y sigs.

