

## Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: Principales problemas de aplicación

Laura Zúñiga  
Rodríguez

*Sumario: I. Delimitación de la problemática y consideraciones metodológicas. II. ¿En qué medida es importante la discusión sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias? III. Fines que se persiguen con las consecuencias accesorias: El fundamento en la prevención de conductas de la persona jurídica o la de sus miembros. IV. ¿A qué personas jurídicas se pueden aplicar? V. El supuesto de hecho de las consecuencias accesorias. VI. El proceso de imposición de las consecuencias accesorias. 1. Situación procesal de la persona jurídica en el procedimiento penal. 2. Medidas definitivas o medidas cautelares. 3. Motivación judicial. 4. ¿Quién tiene la carga de la prueba? 5. Posible vulneración del non bis in idem. VII. Conclusiones: necesidad de la construcción de criterios de imputación y de un procedimiento para la imposición de sanciones a personas jurídicas.*

### I. Delimitación de la problemática y consideraciones metodológicas

(p. 473) Entender qué son las consecuencias accesorias contempladas en el art. 105 CP y cómo deben ser aplicadas en la realidad son cuestiones nada fáciles (p. 474) de dilucidar. Las dificultades no sólo provienen de las discusiones sobre su interpretación, su naturaleza o en definitiva su sustrato como institución jurídica, sino también —y como no podía ser de otra manera— del mundo de la realidad de su aplicación práctica. Lo que resulta particularmente cierto, más allá de cualquier debate académico, es que aun después de más de 10 años de vigencia del CP y 7 del Código Penal español (su precedente legislativo en fase de proyectos), los jueces no poseen herramientas teóricas para establecer con nitidez en qué casos se aplican, bajo qué criterios y con qué procedimiento, como se podrá comprobar seguidamente. ¿Es que se han estudiado poco estas consecuencias accesorias? ¿Resultan verdaderamente útiles o necesarias para la realidad de la persecución penal para la que fueron ideadas? ¿Se aplican regularmente durante las decisiones judiciales? De todo ello me ocuparé en el presente trabajo, no sin antes realizar una salvedad importante. Las consecuencias accesorias previstas en el art. 105 CP no son novedosas en el ordenamiento penal peruano, como ya han puesto en evidencia Hurtado Pozo<sup>1</sup> y Prado Saldarriaga<sup>2</sup>. Medidas similares, aunque no utilizando dicho nombre, fueron contempladas en la legislación penal especial sobre contrabando y defraudación de rentas de aduanas. Lo que es realmente reciente, entonces, es su incorporación a la Parte General del CP, como una regla general aplicable a cualquier clase de delito que se realice bajo el amparo de una persona jurídica<sup>3</sup>. Y lo inédito también dentro del

<sup>1</sup> Hurtado Pozo 1996, p. 148.

<sup>2</sup> Prado Saldarriaga 2000, p. 180.

<sup>3</sup> El CP peruano, a diferencia del español, no ha consignado en la Parte Especial los delitos en los que se faculta la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 105 CP. Si bien existe una regla general que faculta al juez a aplicarlas en cualquier delito, hubiera sido recomendable la contemplación expresa de los casos en que por el tipo de delito, por ejemplo los delitos societarios, contra el medio ambiente, alimentarios, monetarios, bursátiles, contra los trabajadores, etc., su comisión resulta favorecedora dentro del ámbito organizativo de la persona jurídica. Ello, aunque se corra el riesgo de que se presente una omisión, al existir la regla general no favorece ninguna laguna de punibilidad y, más bien, redundante en la seguridad jurídica, en la medida que los inculpados saben que pueden ser objeto de sanción también por el ámbito de la esfera organizacional. Otra

ordenamiento penal peruano es su catalogación como consecuencias accesorias, siguiendo la línea marcada por el Anteproyecto del Código Penal español de 1983. (p. 475)

Cuestionarse por los principales problemas de aplicación de estas medidas, que han adquirido una vigencia más amplia en la persecución penal y que han pretendido ser conceptuadas como una suerte de consecuencia jurídica general ideada para los delitos cometidos en el ámbito de estructuras organizativas, resulta importante después de una década de vigencia de la norma<sup>4</sup> y teniendo en cuenta la escasa jurisprudencia generada por la misma<sup>5</sup>. Tal pareciera que los especialistas nos hemos centrado en debates bizantinos y poco hemos aportado para absolver los problemas prácticos de aplicabilidad, o quizás, como sucede con algunas normas del CP, han entrado en desuso por su inaplicabilidad. Sin embargo y lamentablemente, la necesidad de responder con medidas contundentes contra la criminalidad que (p. 476) proviene del ámbito de las sociedades, empresas o personas jurídicas<sup>6</sup> es cada vez más acuciante. Hoy incluso se insiste en que la criminalidad socioeconómica (en la que como es por todos conocidos, las empresas constituyen su centro neurálgico) está cada vez más vinculada a la criminalidad organizada, con unos vasos comunicantes en los que las organizaciones empresariales jurídica, social y económicamente implantadas en el mercado son sus verdaderos valedores<sup>7</sup>. Es decir, la necesidad de intervención penal con sanciones para las personas jurídicas no es sólo una necesidad político-criminal de la lucha contra los delitos socioeconómicos, sino también contra la propia criminalidad organizada que tantos estragos está ocasionando en el mundo actual<sup>8</sup>.

---

diferencia destacable entre la regulación peruana y la regulación española es que ésta última no constriñe el ámbito de aplicación a la persona jurídica, sino va más allá contemplando supuestos de asociaciones, sociedades de hecho, muy recurrentes en la esfera de la criminalidad organizada.

<sup>4</sup> Quizás todavía suceda lo que denunciaba Caro Coria 1992, p. 75, al constatar el desconocimiento de estas medidas por parte de los operadores jurídicos, y como él sostiene: «...su operatividad no parece responder principalmente de una campaña de información sino, como siempre, del efectivo convencimiento y voluntad de aplicación, difíciles de encontrar en nuestro medio tratándose de instituciones nuevas».

<sup>5</sup> Resulta llamativo el reducido número de decisiones judiciales que aplican consecuencias accesorias tanto en Perú (art. 105 CP), como en España (art. 129 del Código Penal español). En Perú destaca el Auto de 26 de febrero de 2002 por el que se resuelve la solicitud del Procurador Público *Ad-hoc* del caso Fujimori-Monstesinos de comprender como parte pasiva del proceso penal a la empresa América Televisión S.A., para posibilitar en su día la aplicación de las consecuencias accesorias a dicha persona jurídica. En España se dispone en la Base de Datos de Aranzadi de dos resoluciones que aplican las nuevas consecuencias accesorias. En una de ellas (ARP 2001\418), la Audiencia Provincial confirma la Sentencia recurrida por la que se condena a una empresa unipersonal constituida en persona jurídica a la prohibición de realizar en el futuro las actividades de alquiler ilegal de discos musicales compactos (CD) (art. 129.d CP), actividad que venía haciendo el acusado desde 1997 reiteradamente. En otra (ARP 1999\2608), la Audiencia Nacional desestima el recurso de Queja interpuesto por el representante de una serie de empresas, entre ellas una periodística y otra radiofónica, contra los Autos del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de febrero y 11 de marzo de 1999, que dispusieron la prórroga hasta el próximo día 1 de septiembre de la medida de clausura de empresas y suspensión de actividades. Recientemente destacan el auto de 26 de agosto de 2002 del juzgado n. 5 de Madrid (juez Baltasar Garzón), por el que se suspende por tres años las actividades del partido vasco Batasuna, se dispone la clausura de sus locales culturales, negocios, empresas vinculadas, etc. Este auto ha sido confirmado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha 8 de octubre de 2002. Nótese, sin ánimo de agotar los fundamentos de estas resoluciones, objeto de análisis a lo largo de este trabajo, que las consecuencias accesorias se aplican en el caso español de manera diversa: mientras que en los autos de 2001 y 2002 sí es impuesta como sanción después de una condena (juicio de culpabilidad de su autor), en el auto de 1999 son aplicadas como medidas cautelares, cuestión prevista expresamente en el párrafo 2 del citado art. 129.

<sup>6</sup> Véase epígrafe IV.

<sup>7</sup> Véase más ampliamente: Prado Saldarriaga 1993, p. 13 ss.; Zúñiga Rodríguez 2000, p. 82-85; Albrecht 2001, p. 274-276. Siguiendo esta vinculación entre criminalidad organizada y empresas, la Acción Común de Lucha contra la delincuencia Europea de 21 de diciembre de 1998 establece en su art. 3 que los Estados miembros garantizarán que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables penalmente, o en su defecto, responsables de los delitos contemplados en el apartado 1 del art. 2 de la misma (tráfico de drogas, tráfico de personas, corrupción, tráfico de armas, etc.).

<sup>8</sup> El reportaje de *El País* de 21 de octubre de 2001, titulado «ETA después del 11 de septiembre», destaca que en las últimas operaciones antiterroristas se han incautado documentos que comprueban la existencia de una verdadera trama financiera, de empresas «satélites» de la organización, así como empresas legales que constituyen estructuras para blanquear dinero y

Pero la preocupación por la aplicabilidad de las consecuencias accesorias se convierte ya en desazón cuando nos percatamos de que en Francia, país donde hace diez años admitieron expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aún se posee importantes dudas sobre los criterios a tener en cuenta para aplicar las correspondientes sanciones<sup>9</sup>, con (p. 477) clara merma de la seguridad jurídica. Esto significa que el tema va más allá de unos simples problemas de aplicación y quizás se trate de sustanciales problemas de imputación<sup>10</sup>. Es decir, si no está clarificado cuál es el supuesto de hecho al que corresponde dichas consecuencias accesorias, mal podemos saber cómo y cuándo se aplican. Precisamente esto es lo que intento demostrar con este trabajo: los problemas de aplicación de las consecuencias accesorias provienen de que, en el fondo, lo que no está resuelto y mantiene los vaivenes de las decisiones judiciales, es que no se han desarrollado unos criterios de imputación propios para sancionar directamente a las personas jurídicas, más allá de que las adjetivemos como penales o administrativas. En la medida que resolvamos el problema del supuesto de hecho, podremos absolver las cuestiones concernientes a las consecuencias jurídicas<sup>11</sup>.

Y es que el debate sobre la naturaleza jurídica de las nuevas consecuencias accesorias, que tanto ha enfrascado a la doctrina, posiblemente no haya estado exento —como todo estudio jurídico, por otra parte— del parecer ideológico de quienes han intervenido, señalando si se trata o no de verdaderas sanciones penales según estén de acuerdo o no con la viabilidad de una propia responsabilidad de las personas jurídicas<sup>12</sup>. Es decir, todo estudio al respecto ha estado influido por el prejuicio acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pareciera que con este proceder, en el que (p. 478) personalmente me incluyo, estamos quizás confundiendo dos planos distintos: el de lege lata, esto es lo que realmente el legislador considera que son las consecuencias accesorias imponibles a las personas jurídicas y, otro, el de lege ferenda, lo que en una futura reforma sería deseable para solucionar la demanda de sanción a las personas jurídicas. Sin embargo, a pesar de que en la discusión se suelen mezclar ambos planos, lo cierto es que el legislador tampoco da luces respecto a lo que son las consecuencias accesorias; esto es, en el plano de lege lata tampoco la norma permite interpretar cuáles son los criterios de atribución, para resolver los problemas que plantea su aplicación. Prueba de ello es justamente las divergencias existentes en su resolución.

En realidad, como ya se ha puesto en evidencia reiteradamente en la doctrina española, pero es plenamente aplicable para la discusión peruana, el legislador ha soslayado una discusión de fondo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo una serie de medidas aplicables a las mismas, sin regular bajo qué criterios se imponen ni cómo. Esto es,

---

proveerse de dinero negro. La caída de la cúpula de ETA en Bidart (Francia) el 29 de marzo de 1992, permitió desvelar el Proyecto Udaletxe: el diseño teórico de una estructura financiera legal para crear fondos a partir del desarrollo económico de las organizaciones y empresas afines, situando a militantes de ETA en los consejos de administración. De ahí que las últimas intervenciones penales hayan ido por el camino de «estrangular económicamente» a la organización, estableciendo el cierre de empresas vinculadas a la organización terrorista como el auto de 1999 citado, tendencia que, como se desarrollará más adelante, se ha acrecentado con las medidas europeas adoptadas después del 11 de septiembre de 2001.

<sup>9</sup> Véase Pradel 1996, p. 91-92, donde pone de manifiesto sentencias disímiles, unas estableciendo la necesidad de determinar primero la responsabilidad de un autor del delito para sancionar a la persona jurídica (responsabilidad derivada) y otras estableciendo que puede existir responsabilidad directa de la persona jurídica sin necesidad de comprobar previamente la responsabilidad de un autor individual (responsabilidad directa). Hay un trabajo más reciente del autor en español, en el que incorpora nueva jurisprudencia: Pradel 1999, p. 665-667. Véase más ampliamente epígrafe V.

<sup>10</sup> Conceptualmente *imputación* se entiende como un juicio de atribución de responsabilidad consensuado por la sociedad, de acuerdo a sus coordenadas histórico-culturales, en el que intervienen criterios empíricos y normativos. Véase uno de los fundadores de la teoría de la imputación en Alemania Hardwig, 1957, *passim*. También Hassemer 1999, p. 158-162, últimamente Mir Puig 2001, p. 66-67. En sentido similar para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Heine 1995, p. 265; Hurtado Pozo 1996, p. 157; Zúñiga Rodríguez 2000, p. 220 ss.

<sup>11</sup> Aunque parezca redundante anotar, la consecuencia jurídica debe estar conectada a un supuesto de hecho (lesión de un bien jurídico y juicio de responsabilidad de un sujeto), por lo que es importante definir cuál es el supuesto de hecho que desencadena las consecuencias jurídicas del art. 105 CP. En los últimos tiempos, la Política Criminal centrada en la eficacia, soslaya la cuestión lógica previa de la discusión sobre el supuesto de hecho, pretendiendo resolver la demanda de prevención de determinadas conductas regulando simplemente las consecuencias jurídicas aplicables.

<sup>12</sup> Véase infra notas 19 y 20.

acogiendo una demanda de necesidad de responder a la creciente criminalidad que se efectúa bajo el manto de las personas jurídicas, el legislador dispuso una serie de consecuencias, dejando de lado las reglas de aplicación, problema al cual ahora nos enfrentamos crudamente. Para no comprometerse dogmáticamente, utilizó el término de «consecuencias accesorias», creyendo con ello obviar la discusión de fondo.

No creo que sea sustancial decir qué son las consecuencias accesorias atribuyéndole un nomen iuris, «pena», «medida de seguridad» o «sanción administrativa» como tradicionalmente se suele hacer, pues no existe un concepto ontológico de cada uno de ellos y, en todo caso, siempre estamos ante atribuciones de sentido cambiantes e intersubjetivas, nunca ante conceptos cerrados y acabados<sup>13</sup>. Más que pretender definir lo que son encuadrándolas dentro de una categoría conocida, por lo demás esfuerzo que parece haberse mostrado infructuoso, considero importante establecer qué función cumplen dentro del sistema de sanciones en que fueron diseñadas, detectando las bondades y dificultades que presentan para lograr los objetivos propuestos. En definitiva, más que aplicar un método deductivo (p. 479) de análisis buscando deducir características generales en las consecuencias accesorias que permitan conceptualizarlas dentro de una categoría dogmática, propongo un método inductivo de análisis de las mismas, desentrañando de la realidad práctica sus principales problemas de aplicación. Para ello he tomado como fuente de análisis la (escasa) jurisprudencia generada en el Derecho Comparado que contempla medidas similares.

Con ello se logran dos objetivos: primero, soslayar una discusión academicista teñida por consideraciones preconcebidas que están entrapadas en el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, segundo, avanzar en la resolución de los problemas más acuciantes de aplicación dotando de utilidad a la norma. Como objetivo indirecto, mediato, se pondrá en evidencia los límites del modelo de imputación de responsabilidad penal personal para sancionar los delitos cometidos en el ámbito de personas jurídicas. En suma, investigar la función real que cumplen las consecuencias accesorias y si se logran los objetivos político-criminales de la institución. Además, esta opción metodológica no es más que expresión de una concepción abierta del sistema penal, inaugurada por el Profesor Roxin<sup>14</sup>, a la cual me adscribo; concepción funcional del Derecho Penal más acorde con las modernas necesidades de intervención en una sociedad cambiante como la que vivimos.

Por otro lado, no hay que perder de vista que la introducción en la Parte General de unas medidas para las personas jurídicas, junto con el decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente (arts. 104 y 105 CP) responde a una tendencia actual dentro de la política criminal moderna que, incidiendo en los fines preventivos de la pena, pone énfasis en el tipo de sanciones a aplicar, sin reflexionar detenidamente sobre el supuesto de hecho desencadenante de dicha consecuencia jurídica<sup>15</sup>. Bajo esta tendencia, el desarrollo (p. 480) de sanciones no personales de tipo patrimonial ha sido espectacular, especialmente después de lo atentados del 11 de septiembre de 2001<sup>16</sup>. Ello va en congruencia, también, con el auge de la criminalidad

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, pretender catalogar a la multa como pena o sanción administrativa puede llevar a resultados bastante frustrantes. Una vez que la multa entra en el catálogo de penas y que la Administración en la realidad puede imponer multas más graves que las que impone un juez penal, se han relativizado las fronteras entre una y otra.

<sup>14</sup> A propósito, el Maestro de Munich ha sido tradicionalmente reacio a admitir la posibilidad de penas para las personas jurídicas. Sin embargo, en su trabajo sobre el futuro del Derecho Penal (Roxin 1998, p. 462-463) admite que en el mañana las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel. Con sus palabras. «Ellas constituirán medidas que van desde considerables pagos de dinero hasta el cierre de la empresa. Estas sanciones contra entes colectivos, cuya elaboración jurídica todavía está en sus inicios, tampoco constituyen verdaderas penas... la pena contra entes colectivos constituye en todo caso una sanción similar a la penal, vinculada con la realización de tipos penales...».

<sup>15</sup> Tal cambio de perspectiva se debe a las demandas actuales político-criminales de satisfacer y reparar los intereses de la víctima, mientras que hasta ahora la pena se había centrado en sus efectos preventivo-generales para el autor y la Sociedad. Cfr. Dölling 1992, p. 265. En otros ámbitos delictivos también se observa esta tendencia, que demuestra el desencanto de los fines resocializadores y el aumento de la sensibilidad de la opinión pública por el riesgo y la seguridad. Cfr. Silva Sánchez 2001, p. 701. Más adelante este autor señala (p. 707): «El debate acerca de las consecuencias jurídicas específicas de la sociedad de la inseguridad no ha hecho, probablemente, más que empezar».

<sup>16</sup> Destacan en este ámbito las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo internacional, por la Comisión europea (Documento 501PC0596), la cual ha propuesto una serie de medidas para enfrentarlo, atajando la financiación de las organizaciones terroristas, sin que existan criterios claros

de grupo, especialmente la criminalidad organizada y de tipo empresarial, vinculadas al lucro ilícito, a las que se intenta hacer frente con medidas de embargo de su patrimonio<sup>17</sup>, con el objeto de estrangularlas económicamente y así impedir u obstaculizar el ciclo económico de las actividades ilícitas.

## II. ¿En qué medida es importante la discusión sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias?

Dentro de este proceso de transformaciones de la Política Criminal de las consecuencias jurídicas, en el que las respuestas del legislador no se centran en sanciones personales como tradicionalmente lo ha sido, sino en sanciones de tipo patrimonial no vinculadas directamente con la persona que realiza el delito, indagar cuál es el sustrato de las consecuencias accesorias para a partir de esta categorización deducir los criterios de aplicación, resulta un esfuerzo un tanto inútil; sobre todo porque, como ya se ha dicho, esta búsqueda está teñida de las preconcepciones que cada autor tiene sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, podríamos encontrar una relativa<sup>18</sup> correlación entre quienes, por un lado, consideramos la necesidad (p. 481) de sancionar penalmente a las personas jurídicas, para los que estas consecuencias accesorias constituirían materialmente una pena o una sanción punitiva<sup>19</sup> y, por otro lado, quienes no ven posible pensar en la punibilidad de las personas jurídicas, para los que de ningún modo estaríamos ante consecuencias de tipo penal<sup>20</sup>. Es decir, lamentablemente no salimos del círculo vicioso<sup>21</sup> de asociar la naturaleza jurídica de la consecuencia jurídica a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sosteniendo que son o no penas, según estemos de acuerdo o no con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En realidad, así se avanza muy poco en la resolución de los problemas prácticos que la norma plantea, olvidando que hay un principio de realidad: el legislador contempla una serie de medidas aplicables a las personas jurídicas en cuyo seno se cometen delitos, la realidad (p.

---

de atribución de responsabilidad que previamente sirvan para determinar cuándo estamos ante una organización terrorista, con clara merma de la seguridad jurídica y del derecho de asociaciones.

<sup>17</sup> Cfr. Vervaele 1998, p. 67, quien pone de manifiesto la tendencia de las normas internacionales y especialmente europeas, orientadas a perseguir el patrimonio criminal, mediante el embargo y la confiscación, con clara influencia del modelo norteamericano, configurándose ésta última como sanción independiente.

<sup>18</sup> Y digo *relativa* porque no siempre, como es lógico, es posible clasificar una opinión en esta dicotomía. Así Fernández Teruelo 2001, p. 280-281, por un lado sostiene que «nos encontramos ante una *nueva categoría penal* con características propias... porque las mismas *están previstas en el Código Penal y consecuentemente deben ser impuestas por el juez penal, con todas las garantías jurisdiccionales que ello supone*» y más adelante afirma «Sin embargo, siendo cierto que éstas no admitieren indefectiblemente naturaleza penal sólo por estar ubicadas en el CP, entiendo que las mismas sí *obtienen una presunción («iuris tantum») de penalidad* que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario» (los subrayados son del autor). Asimismo, para varios autores se trata de medidas *sui generis*, como Del Rosal Blasco/Pérez Valero, 2001, p. 42 (aunque después señalan que algunos supuestos del art. 129 CP sí pueden ser considerados como sanciones a personas jurídicas, p. 46).

<sup>19</sup> Cfr. a favor de la naturaleza penal de las consecuencias accesorias, en la doctrina peruana: Hurtado Pozo 1996, p. 151; Abanto Vásquez 1997, p. 158; Prado Saldarriaga 2000, p. 179-178. Cfr. en la doctrina española, Zugaldía 1997, p. 327, Bacigalupo 1998, p. 278; Muñoz Conde, 1998, p. 71; Zúñiga Rodríguez 2000, p. 214.

<sup>20</sup> Cfr. en contra de la naturaleza penal de las consecuencias accesorias, en la doctrina peruana: Caro Coria 1992, p. 76; Peña Cabrera 1995, p. 587-588; Meini Méndez 1999, p. 192-193. En la doctrina española esta postura es dominante Cfr. Gracia Martín 1996, p. 457, para quien serían «medidas preventivas, que pueden tener un carácter asegurativo o coercitivo». Citando sólo la doctrina más actual: Del Rosal Blasco y Pérez Valero 2001, p. 41 según los cuales «ni son penas ni medidas de seguridad, lo cierto es que guardan más semejanza con éstas últimas».

<sup>21</sup> Círculo vicioso que, por otro lado, está patente en toda la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: las personas jurídicas no son capaces de acción y/o culpabilidad, por lo tanto no pueden ser sujetos activos de delito y no se les puede imponer una pena. Para una resolución real de las demandas de prevención de la criminalidad de empresa y de acuerdo con las insuficiencias del sistema de responsabilidad penal fundado en una persona individual, es necesario salir de esa argumentación circular, fundamentando un sistema de imputación penal propio para las personas jurídicas. Cfr. más ampliamente Zúñiga Rodríguez 2000, p. 228 y p. 174-176 (la construcción de un injusto personal ha dominado toda la teoría del delito).

**482)** criminológica nos muestra una cantidad importante de delitos de estas características y, por tanto, el juez tendrá que aplicar dichas medidas<sup>22</sup>.

Tampoco considero relevante discutir si la incorporación al catálogo de consecuencias jurídicas del delito de medidas aplicables a las personas jurídicas supone o no el reconocimiento de su responsabilidad penal. Aunque conviene recordar que el catálogo de consecuencias accesorias previstas por el legislador corresponde prácticamente con las penas dispuestas por los ordenamientos que sí asumen la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>23</sup>. Si bien, como decía von Kirschmann «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel de desecho»<sup>24</sup>, en este caso concreto parece suceder todo lo contrario: el legislador ofrece pocas luces sobre los criterios de atribución de estas consecuencias, incluso en legislaciones que como la francesa optan claramente por la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Lo que hay que discutir, más que la naturaleza jurídica, son los criterios de aplicación, esto es, los principios que rigen el proceso de atribución de las consecuencias accesorias. Esto es, los presupuestos de imputación de las mismas. No sólo porque en la realidad se soslayan los principios o garantías que deben regir todo proceso de aplicación de una consecuencia jurídica<sup>25</sup>, que suponga limitaciones graves de derechos, como lo son las consecuencias accesorias previstas en el art. 105 CP, sino porque incluso el debate de los últimos tiempos sobre el alcance de las garantías aplicables está en función de la clase de consecuencia jurídica aplicable<sup>26</sup>. **(p. 483)**

En realidad, dado que se trata de medidas aplicables a las propias personas jurídicas por un juez penal, dentro de un proceso penal, por la comisión de delitos (hechos punibles), y tenemos un sistema penal basado en la responsabilidad personal, nos enfrentamos ante una serie de problemas que es importante dilucidar para lograr una cierta seguridad jurídica, necesaria si se quiere alcanzar los efectos preventivos invocados por la norma.

Considero importante esclarecer y llegar al consenso, al menos, sobre los siguientes temas:

- 1.- ¿A qué personas jurídicas se pueden aplicar?
- 2.- ¿Cuál es el supuesto de hecho que da lugar a la imposición de una consecuencia jurídica: la responsabilidad individual de una persona o de la propia persona jurídica?
- 3.- ¿Qué principios rigen el proceso de imposición de las consecuencias accesorias?
- 4.- ¿Cómo se ejecutan estas consecuencias accesorias?

Dado que se ha optado por una metodología de análisis funcional de la institución consecuencias accesorias, antes de responder a dichas cuestiones, debe abordarse los alcances de los fines que el legislador pretende lograr con dichas medidas, esto es, qué objetivos pretende cumplir dentro del sistema de penas del ordenamiento penal. Un Derecho

---

<sup>22</sup> Como pone de manifiesto Arroyo 1998, p.14: «la responsabilidad es ya un hecho, sea mediante sanciones administrativas sea a través de consecuencias accesorias».

<sup>23</sup> El art. 131 del Código Penal francés establece el catálogo de «penas aplicables a las personas morales»: multa, disolución, prohibición de actividades, intervención judicial, cierre temporal, prohibición de concurrir a manifestaciones, comiso, publicación de sentencia, etc.

<sup>24</sup> Citado por Kaufmann 1999, p. 129, haciendo clara alusión al carácter acientífico de una ciencia que tiene por objeto algo tan azaroso como la ley positiva.

<sup>25</sup> Véase Vervaele 1998, p. 71, quien destaca sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que la imposición de la confiscación, se ha sustraído peligrosamente a los principios y garantías tradicionalmente reconocidos en el Derecho penal.

<sup>26</sup> No le es extraño a nadie que la rigidez de los principios penales ha estado asociada tradicionalmente a la gravedad de la sanción penal pena privativa de libertad. La discusión sobre repensar los principios de acuerdo al tipo de sanción ha sido introducida en España por Silva Sánchez (1999, p. 116 ss.), quien postula un Derecho Penal de dos velocidades: un sistema de reglas de imputación rígido en cuanto a las garantías cuando el hecho esté sancionado con pena privativa de libertad, y otro, sistema de imputación con principios más flexibles cuando se trata de penas no personales como las que estamos estudiando. Uno de los tantos problemas que podría traer esta propuesta es que con base en una decisión del legislador de no sancionar con pena privativa de libertad, podría rebajarse el nivel de garantías. Véase más ampliamente los inconvenientes de una rebaja del nivel **garantístico** en los nuevos ilícitos, Zúñiga Rodríguez 2001, p. 1437-1441.

Penal orientado por el fin (Zweckrationalität), sólo puede encontrar respuesta a las cuestiones fundamentales de sus instrumentos penales indagando qué objetivos político-criminales persigue con ellos. En suma, el fundamento de las consecuencias accesorias se halla en sus fines, en lo que con ellas se pretende alcanzar. (p. 484)

### III. Fines que se persigue con las consecuencias accesorias: El fundamento en la prevención de conductas de la persona jurídica o la de sus miembros

Aunque el CP no hace expresa mención de los fines, el Código Penal español —cuyos anteproyectos le sirvieron de inspiración— sí lo hace inequívocamente. El párrafo 3º del art. 129 dice: «Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

Esta mención de ley ha dado pie a entender, como fundamento de las mismas, el fin de prevención especial perseguido con estas medidas. En efecto, hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en entender que las medidas de intervención deben estar encaminadas a evitar la continuidad de la actividad delictiva y de sus efectos, por tanto, este fin debe ser expresado en la motivación de la sentencia, vinculando la medida al fin perseguido<sup>27</sup>. Sin embargo, cuando pretendemos desentrañar qué actividad delictiva se pretende prevenir, la de la persona jurídica o la de sus miembros, los acuerdos ya son mucho menores. Creo que este es un tema fundamental para establecer si el supuesto de hecho se refiere a la responsabilidad de la propia persona jurídica o de las personas que actúan bajo su amparo.

Nuevamente estamos, indefectiblemente, ante un tema teñido por las preconcepciones que se tiene sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Quienes sostenemos que las personas jurídicas son capaces de delinquir, no dudamos en afirmar que las mismas, en tanto sujetos distintos de sus miembros, son capaces de motivarse por la norma, esto es, se puede predicar de ellas los efectos preventivo-generales que el legislador demanda<sup>28</sup>. En cambio, para quienes las personas jurídicas no pueden realizar delitos, aquéllas simplemente serían un instrumento en manos de los miembros con poder de decisión, a quienes el Derecho Penal debe dirigirse. (p. 485)

Dentro de este último grupo, destaca la postura de Gracia Martín<sup>29</sup>, que ha tenido mucha acogida en la doctrina peruana<sup>30</sup>. Fundamenta este autor la imposición de estas medidas sobre la base de la «peligrosidad objetiva de la cosa», esto es que la reacción penal responde a la peligrosidad de la persona jurídica, puesta de manifiesto a través de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ella. Según esta postura, claro está, las personas jurídicas no tendrían ninguna virtualidad para el Derecho Penal en tanto son meros instrumentos en manos de personas individuales que es a quienes debe sancionarse.

No creo que proceda ahora debatir sobre si las personas jurídicas son una ficción o una realidad, para así fundamentar si la norma penal debe dirigirse a las personas físicas que actúan en el seno de las personas jurídicas o a éstas mismas. Este camino es a todas luces infértil. Nino<sup>31</sup> nos ofrece desde la Filosofía Analítica del Derecho una concepción funcional de lo que debe entenderse por persona jurídica. «El enfoque correcto consiste en desistir de intentar definir la expresión «persona jurídica» de tal modo que ella denote algún tipo de entidades —sean seres humanos, organismos supraindividuales, o entes ficticios—, y centrar en cambio el análisis en las funciones que esta expresión cumple en distintos contextos, mostrando en cada caso cómo puede traducirse las frases en que ella aparece en otras frases que hacen referencia a hechos observables»<sup>32</sup>. En tal sentido, lo importante es si en el contexto

<sup>27</sup> Cfr. por todos Prats Canut 1996, p. 627-628.

<sup>28</sup> Cfr. Zúñiga Rodríguez 2000, p. 227-231, especialmente p. 230. Zugaldía 2001, p. 886; Incluso desde posiciones finalistas Hirsch, 1993, p. 1113 reconoce que la prevención general y la prevención especial puede predicarse de las asociaciones de personas. Para Bacigalupo (1998, p. 366), el fin primordial de la pena a la persona jurídica, al igual que a la persona física, es el establecimiento de la vigencia de la norma.

<sup>29</sup> Gracia Martín 1996, p. 457.

<sup>30</sup> Muy próximos Meini Méndez 1999, p.195; Prado Saldarriaga 2000, p. 184.

<sup>31</sup> Nino 1991, p. 232.

<sup>32</sup> Véase en similar sentido Kaufmann 1999, p. 216-217. «Correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, sólo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (de acuerdo con la *teoría de la finalidad patrimonial* una personalidad con finalidad) la cual, en comparación con

actual podemos sostener que las actividades de las personas jurídicas se asemejan a la de la persona física en cuanto capacidad criminógena y capacidad de determinación por la norma. En la medida que la norma de determinación está vinculada no a la voluntariedad del comportamiento humano, sino a los destinatarios de la norma (Normadressaten), lo importante es a quién se pretende motivar con la misma. Es decir, a qué sujetos motivables se dirige la norma<sup>33</sup>. De hecho, (p. 486) la mayoría de delitos socioeconómicos se dirige a la contención de riesgos en el ámbito de empresas, como los delitos laborales, financieros, societarios, contra la libre competencia, etc. Incluso puede sostenerse que las empresas y otras asociaciones, por moverse en el mundo jurídico y económico, son sujetos enormemente motivables pues sus comportamientos se rigen por la reputación, la fama, en suma, por la fiabilidad de sus consumidores<sup>34</sup>.

En todo caso, considero que debe distinguirse dos supuestos muy distintos<sup>35</sup> desde el punto de vista teórico, aunque en la práctica muchas veces las fronteras se diluyen:

1.- La persona jurídica es un mero instrumento en manos de unos sujetos individuales que poseen fines criminales.

2.- La persona jurídica posee fines lícitos, pero por un defecto de organización pone en peligro o lesiona bienes jurídicos importantes.

En el primer caso, la instrumentalización de la persona jurídica es clara y se configura como un objeto peligroso en manos de unos sujetos que actúan dolosamente. Este actuar es propio de la criminalidad organizada que crea, mantiene, transforma y disuelve sociedades según sus fines ilícitos. En estos casos es de aplicación el tipo penal de asociación para delinquir del art. 317 CP. Nótese que en este supuesto está claro que la finalidad de la norma es prevenir la continuidad de la propia asociación, en tanto organización que tiene como fines o medios la comisión de delitos<sup>36</sup>.

Distinto es el supuesto en el que una persona aprovecha el contexto de una persona jurídica para cometer un delito o éste se produce por un defecto (p. 487) de organización o por políticas de empresa que desbordan los riesgos para bienes jurídicos. En estos casos es más fácil ver que la persona jurídica no es un mero instrumento en manos de unos determinados sujetos, sino que se produce un injusto de organización; es decir, una lesión a bienes jurídicos fruto de un contexto de organización defectuosa<sup>37</sup>. Ejemplo de éstos serían los delitos por infracción de las normas de prevención de accidentes laborales, los delitos contables de los casos Enron o Ercross, etc. Parece claro que aquí sí estamos ante actividades de empresa que se pretenden prevenir (defecto de organización, omisión por los delitos cometidos por los subordinados, etc.). El fundamento de prevenir la actividad delictiva de la propia empresa o de las actividades de los miembros que la conforman determinará un supuesto de hecho distinto, como se desarrollará en el epígrafe V. En todo caso, no se puede desconocer la capacidad real de dominio en el mercado y en el poder político de las grandes empresas, en momentos históricos en los que existen empresas multinacionales que poseen un volumen de negocios superior al

---

los hombres, se puede caracterizar como *persona en sentido analógico*» (los subrayados son del autor).

<sup>33</sup> En sentido similar Bacigalupo 1998, p. 368; Zugaldía 2001, p. 889.

<sup>34</sup> De hecho los escándalos económicos de los últimos tiempos en los Estados Unidos, Casos Enron, Ercross han dado lugar a una crisis de fiabilidad tal en los consumidores que ha revertido en una caída de los mercados bursátiles. Incluso, se han tipificado nuevos delitos de control de entidades financieras para atajarlos. Ello prueba que las empresas se mueven por su reputación y que ésta es fundamental para sus logros económicos.

<sup>35</sup> Véase más ampliamente Zúñiga Rodríguez 2000, p. 170-171. Siguiendo a Lampe 1994, p. 706-713, quien hace esta clasificación de injustos de sistemas complejos, aunque considera los dos supuestos enunciados más un tercero que sería el caso de las corporaciones criminales estatales (aparatos de poder organizados), a las que se les puede dar el mismo tratamiento que el de las asociaciones ilícitas, pero criminológicamente tienen algunas peculiaridades. A los efectos de la aplicación de las consecuencias accesorias que nos interesa, para las que claramente están fuera del supuesto de hecho las organizaciones estatales, nos basta con ambos supuestos.

<sup>36</sup> Cfr. Reaño Peschiera 2002, p. 300.

<sup>37</sup> Sobre los problemas de injusto, culpabilidad y penalidad, véase más ampliamente Zúñiga Rodríguez 2000, p. 231-243.

de muchos Estados<sup>38</sup>. Dicha capacidad real de las grandes empresas, las centra como eje de la criminalidad empresarial y la criminalidad organizada dentro del mercado internacional de nuestros días. Se estima que la criminalidad económica ligada al mundo financiero y a la gran banca, recicla sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, más que el producto nacional bruto (PNB) de un tercio de la humanidad<sup>39</sup>. Sostener que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera del alcance de sanciones graves a los sujetos económicos y políticos más importantes de nuestra era.

Por otro lado, debe resaltarse que el fundamento de las consecuencias accesorias del art. 105 CP es preventivo (general y especial) y no reparatorio<sup>40</sup>, lo cual las acerca a las sanciones punitivas<sup>41</sup>. Significa esto que la **(p. 488)** amenaza de restricciones de derechos juega un papel motivador en los sujetos que la pueden padecer a los efectos de que se abstengan de delinquir. Hay dos elementos que deben analizarse para determinar el alcance preventivo de las medidas: la gravedad de las mismas y cómo éste elemento redunde en la necesidad de proporcionalidad en su aplicación.

La gravedad de las consecuencias accesorias puede analizarse bajo dos aspectos acumulativos: primero, constituyen una grave restricción de derechos para la propia persona jurídica; segundo, despliegan una serie de efectos —incluso no buscados expresamente— para personas distintas de la persona jurídica objeto de sanción. En primer lugar, las medidas dispuestas por el art. 105 CP, pese a ser muy limitadas, si tenemos en cuenta las posibilidades existentes en el Derecho Comparado<sup>42</sup>, constituyen cuatro modalidades de graves limitaciones para el ejercicio social de la persona jurídica<sup>43</sup>, llegando incluso a la posibilidad de la disolución, que en términos **(p. 489)** análogos constituiría su pena de muerte. En segundo lugar, es preciso reconocer que la aplicación de dichas medidas despliega una serie de efectos a otras personas físicas o jurídicas, trabajadores, acreedores, socios minoritarios, consumidores, personas que han negociado con la persona jurídica, etc. Esto puede plantear serios problemas en la ejecución de la sentencia, incluso no previstos expresamente en la resolución de la medida. Por ejemplo, con la medida de suspensión de actividades se producen una serie de efectos, según sea el objeto social de la asociación. Es el caso del Auto de suspensión de las actividades del partido político vasco Batasuna, que ha tenido como efectos la suspensión del derecho de reunión y manifestación, la suspensión de la actividad parlamentaria de sus

<sup>38</sup> Cfr. Ramonet 2002, p. 20: «El volumen de negocios de General Motors es superior al PIB de Dinamarca; el de Exxon Mobil excede al PIB de Austria. Cada una de las cien empresas globales más importantes del mundo vende más de lo que exporta cualquiera de los ciento veinte países más pobres. Estas macro-empresas controlan el 70% del comercio mundial».

<sup>39</sup> Ramonet 2002, p. 14.

<sup>40</sup> Como sí parece serlo el decomiso de los beneficios obtenidos por la persona jurídica del art. 104 CP, cuando se cometan delitos en su seno, pues están encaminados a cubrir subsidiariamente la responsabilidad civil. Sobre los aspectos sustantivos del comiso, véase Aguado 2000, *passim* y, sobre los aspectos procesales y el carácter cautelar, San Martín Castro 2002, p. 394-412.

<sup>41</sup> No es pacífico este concepto, pero mayoritariamente se entiende que las sanciones que suponen graves restricciones de derechos y tienen efectos preventivos, son de *naturaleza punitiva*, al margen de que se encuentren en el ordenamiento penal, penal especial o administrativo. Esta es una concepción que responde al Derecho Comparado que intenta establecer criterios comunes para las sanciones más allá del tipo de legislación. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la confiscación es una pena por lo que le es de aplicación los principios del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, atendiendo a que la medida se impone después de la acusación por una infracción, la naturaleza y finalidad de la medida y la gravedad de la misma. Cfr. Aguado 2000, p. 81; Vervaele 1998, p. 79.

<sup>42</sup> Por ejemplo, en otros ordenamientos se prevén las medidas de multa, pérdida de subvenciones, pérdida de beneficios fiscales, aplicación de beneficios económicos a fines sociales, publicación de la sentencia, prohibición de contratar con empresas públicas, reparación del daño causado, etc.

<sup>43</sup> La titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas es un tema también hoy discutido en el Derecho Constitucional. Ni la Constitución Peruana ni la Constitución Española han contemplado ninguna disposición al respecto, pero el TC ha reconocido, en relación con ciertos derechos fundamentales vinculados a la tutela judicial efectiva, la titularidad de las personas jurídicas. Cfr. Figueruelo 1990, p. 62: «...la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de éstos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se insertan en grupos y organizaciones. De este modo se reconoce la titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica de derecho privado (art. 18.2 CE) —Cfr. sentencia del TC 137/1985, de 17 de octubre». Precisamente éste es uno de los argumentos fundamentales de quienes consideramos recomendable la punibilidad de las personas jurídicas, el del reconocimiento de sus derechos y garantías.

miembros, embargo de sus cuentas, cierre de los locales vinculados a la actividad terrorista, suspensión de las subvenciones estatales que tenía, etc. En el caso de la suspensión de las actividades de cualquier empresa nos podemos enfrentar a limitaciones en los derechos de los trabajadores, como restricciones salariales, suspensión de pagos a acreedores, suspensión de las obligaciones contraídas con los consumidores, suspensión de reparto de beneficios a los accionistas, etc. Nótese que las medidas pueden tener efectos para terceras personas absolutamente ajenas a la comisión de delitos, como puede ser un proveedor de un bien legal para la persona jurídica.

Dado el extraordinario despliegue de efectos que puede tener la aplicación de las consecuencias accesorias contempladas en el art. 105 CP, sólo pueden ser legítimas en un Estado de Derecho en la medida que sean idóneas para prevenir la actividad delictiva que desarrollan, esto es, sólo están justificadas cuando cumplan con el principio de proporcionalidad que rige toda forma de intervención que suponga una grave restricción de derechos como es el caso.

En efecto, dado el extraordinario poder criminógeno que pueden desplegar las personas jurídicas, sujetos centrales de muchos delitos socioeconómicos, el fundamento de las sanciones como las contempladas en el art. 105 CP no puede ser otro que la intervención proporcional (idónea y necesaria) para prevenir la continuidad de la actividad delictiva de la misma. Así lo establece expresamente el legislador español en el párrafo 3º del art. 129 del Código Penal español<sup>44</sup>. El principio de proporcionalidad posee una **(p. 490)** triple dimensión<sup>45</sup>: la intervención restrictiva de derechos por parte de los poderes públicos debe ser adecuada, necesaria y proporcionada. Adecuación o idoneidad significa que la consecuencia accesoria seleccionada debe ser apta para alcanzar el fin de prevenir la actividad delictiva de la persona jurídica<sup>46</sup>. Necesidad, denota que el juez no podía optar por otra medida igualmente eficaz para lograr el fin de prevenir la continuidad delictiva de la persona jurídica<sup>47</sup>. Proporcionalidad

---

<sup>44</sup> También la jurisprudencia española lo entiende así. En el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 26 julio 1999, Recurso de Queja núm. 55/1999 (ARP 1999\2608, Base de Datos Aranzadi), por el que se desestima la medida consistente en la clausura y suspensión de las actividades de las empresas «Orain, SA», «Ardatza, S.A.», «Hernani Imprimategia, SA» y «Irigane, SL», que se extiende a los medios de comunicación «Egin» y «Egin Irratia», medios de prensa y propaganda vinculados a la organización terrorista ETA, el juez argumenta «... resulta lógico que el art. 129.3 CP condicione la aplicación de las medidas consistentes en la clausura de la empresa y la suspensión de sus actividades, a que se encuentre orientada a prevenir la continuidad de la actividad delictiva, único fin que, consiguientemente, puede justificar su adopción y mantenimiento.

<sup>45</sup> Véase más ampliamente, Aguado 1999, p. 147 ss.

<sup>46</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 23/2001 Salamanca (Sección Única), de 12 marzo (ARP 2001\418, Base de Datos Aranzadi), que acordó el cese de la actividad ilegal de alquiler de toda clase de fonogramas, prohibiendo al condenado expresamente su reanudación en lo sucesivo, ya sea bajo su titularidad personal ya bajo la cobertura de la Asociación Charra del Compact, a la cual se deberá hacer extensiva dicha prohibición o cese de la actividad y acordando el comiso de todos los fonogramas del establecimiento y la publicación, fundamenta la adecuación de la medida en los siguientes términos. «En cuanto a la finalidad de la medida es evidente que se hace necesario en el presente caso, dado el tiempo de permanencia del acusado en la ilícita actividad, articular un mecanismo encaminado a prevenir la continuidad en la misma así como sus efectos. Pero esta finalidad difícilmente se consigue si sólo se acuerda el cese de la actividad llevada a cabo respecto de los compactos a que se refiere la presente causa, pues no cabe duda de que el acusado podrá continuar alquilando fonogramas con otros títulos de los mismos o de distinto sello de las mismas o de otras casas discográficas y esto hace necesario que la medida a adoptar sea la de prohibición temporal de realizar en el futuro cualquier actividad, operación mercantil o negociar con cualquier fonograma (CD de contenido musical, ya que en el establecimiento se realizan otras actividades lícitas) con carácter temporal durante 2 años y 6 meses, según lo puesto en el art. [129.1.d] del Código Penal».

<sup>47</sup> Nótese que la temporalidad de las medidas de los arts. 105, inc. 1º, 2º y 4º, debe fundamentarse en este subprincipio de necesidad. Así, fundamenta el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 26 julio 1999, Recurso de Queja núm. 55/1999 (ARP 1999\2608, Base de Datos Aranzadi): «Hemos de insistir ahora en que la situación de necesidad que justifica la limitación del derecho debe estar presente no sólo en el momento mismo de la adopción de la medida, sino también durante todo el tiempo en que ésta despliega sus efectos, cuestión fundamental cuando, como sucede en este caso, se trata de la aplicación de medidas con efectos duraderos. De ahí, nuestra preocupación por imponer una evaluación constante de la necesidad de mantener la clausura del medio de comunicación, aquilatando al máximo la temporalidad de la intervención, pues lo que en un determinado momento puede resultar necesario y, por tanto, justificado, puede dejar de estarlo transcurrido un cierto tiempo por la desaparición de los elementos fácticos que constituyen la

estricta, significa que el sacrificio (p. 491) que se impone al derecho correspondiente debe guardar una razonable proporción o equilibrio con los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar, esto es, que el juez deberá tener en cuenta si la medida seleccionada, los efectos restrictivos de derechos que supone para la propia persona jurídica y otras personas, guardan razonable equilibrio con el fin preventivo de impedir la continuidad delictiva de la persona jurídica. Todos estos extremos han sido tenidos en cuenta en la jurisprudencia española, fundamentalmente en lo atinente a la criminalidad organizada terrorista<sup>48</sup>.

#### IV. ¿A qué personas jurídicas se pueden aplicar?

El precepto analizado contempla la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias cuando un hecho punible fuere cometido «en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización». (p. 492)

Un primer aspecto a analizar para establecer el ámbito de aplicación de estas medidas es qué sujetos pueden ser objeto de este tipo de consecuencias accesorias. El segundo aspecto, «el actuar en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica» va a ser analizado en el siguiente epígrafe. El legislador es bastante formalista al establecer como sujeto de imputación para estas medidas sólo la persona jurídica, pues los términos «o utilizando su organización» tienen que entenderse referidos siempre a una persona jurídica, ya que una interpretación disyuntiva que permitiese su aplicación a una sociedad de hecho sería realizar una interpretación extensiva impropia cuando se trata de extender la punibilidad. Los términos «en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización» deben entenderse simplemente como las dos modalidades de actuación delictiva en el ámbito de personas jurídicas antes reseñadas: delito en el ámbito de organización-persona jurídica o delito instrumentalizando la persona jurídica.

El Código Civil en la Sección Segunda del Libro I de Personas, regula las personas jurídicas de Derecho privado, pues las de Derecho Público se rigen por su ley de creación (art. 76), señalando como clases de personas jurídicas a la asociación, la fundación y el comité. El CP (art. 105.2) se refiere también a otros entes colectivos susceptibles de personalidad jurídica como la sociedad y la cooperativa. La Ley General de Sociedades y el Código de Comercio tampoco ofrecen muchas luces. Dado que la legislación no parece brindar un concepto definido de lo que es persona jurídica, conviene acudir a la doctrina especializada.

Federico De Castro<sup>49</sup>, una de los mayores especialistas en el tema, define la persona jurídica como «un conjunto de personas (tipo asociación) o en una organización (tipo fundación), que constituyen unidades cerradas herméticamente, con propia e inviolable zona íntima; y, siempre, como la persona física, con la capacidad de sujeto de derechos y obligaciones, participando como tal en el tráfico jurídico por medio de sus órganos». El mismo autor señala que «La

---

base jurídica de la medida, de tal modo que desaparecida la situación de peligro, una vez se haya alcanzado el fin o incluso cuando resulte patente que el fin ya no podrá ser alcanzado, dicha medida dejará de estar justificada por inadecuación temporal sobrevinida de la situación de necesidad».

<sup>48</sup> Así, fundamenta el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 26 julio 1999, Recurso de Queja núm. 55/1999 (ARP 1999\2608, Base de Datos Aranzadi. «Por último, hemos de señalar que el hecho de que una medida sea adecuada y suponga el menor menoscabo posible para los derechos de los particulares y los intereses de la generalidad no significa que se encuentre indefectiblemente justificada. En efecto, también es preciso que la eventual lesión sobre los derechos afectados no se encuentre fuera de toda proporción con relación a los beneficios derivados de la efectiva realización del fin puesto en peligro y a cuya protección se atiende. Rebasado dicho límite, la medida no puede considerarse justificada por provocar unos efectos negativos sobre los bienes o intereses de los particulares o de la generalidad, manifiestamente desproporcionados en relación con los efectos positivos derivados de la realización del fin. Lógicamente, desde esta perspectiva, cuanto más importante sea el fin y más inminente y grave la situación de riesgo mayores serán las limitaciones admisibles. De igual modo, cuanto mayor sea el interés jurídico del particular o de la comunidad afectado por la injerencia, mayor deberá ser la importancia del fin y más actual e inminente la situación de riesgo para que resulte justificada la medida adoptada por la situación de necesidad. De esta forma, a través de la noción de proporcionalidad en sentido estricto se proscriben cualquier medida que provoque un perjuicio fuera de toda proporción en relación con el resultado pretendido».

<sup>49</sup> De Castro 1991, p. 268.

energía intrínseca de la persona jurídica se ha visto en el aislamiento de su patrimonio, respecto al que tendrán condición de terceros los patrimonios de sus miembros. Bautizar de persona jurídica una organización cualquiera, llevaría siempre consigo el mismo efecto mágico, la irresponsabilidad personal de quienes la manejan y se aprovechan de **(p. 493)** ella... Este resultado, no puede negarse, producirá grandes ventajas prácticas en el campo financiero e industrial. Los socios confían sus aportaciones a los gerentes de la empresa, se desentienden de todo lo que no sea embolsar las ganancias, y lo hacen con la tranquilidad de no poner en riesgo su patrimonio personal; mientras que los administradores pueden actuar con la libertad que da el utilizar dinero ajeno. Procedimiento de capitalización de las empresas, tan facilitado por la figura de la Sociedad Anónima persona jurídica, que hace de ésta un instrumento de la mayor eficacia, decisivo, para el desarrollo económico moderno<sup>50</sup>».

La meridiana claridad de las palabras del autor nos demuestra la utilidad de la institución persona jurídica precisamente para el ámbito de las sociedades que se constituyen como tal, esto es, con la inscripción en el registro respectivo (art. 77 CC), por lo que no creo que queden dudas sobre la aplicabilidad de las consecuencias accesorias a las mismas<sup>51</sup>. El CC español sí contempla claramente entre las personas jurídicas tipo asociación a las asociaciones mercantiles o industriales (art. 35).

Sin embargo, dada la formalidad que supone la constitución de una persona jurídica (inscripción en los registros), las asociaciones de hecho, las organizaciones no formalizadas, las sociedades de hecho no podrán ser sujetos de aplicación de las consecuencias accesorias. En todo caso, se les podrá aplicar el tipo penal de asociación ilícita del art. 317 CP.

## V. El supuesto de hecho de las consecuencias accesorias

De acuerdo a que se entienda que el fundamento de las consecuencias accesorias es la prevención de la actividad de la propia persona jurídica o la de los miembros que son responsables del delito, se podrá establecer que dichas medidas tienen como supuesto de hecho la imposición de una pena a un sujeto responsable (responsabilidad derivada) o no requieren la previa imposición de una pena a un sujeto, sino la existencia de un delito en el seno de la persona jurídica (responsabilidad directa). **(p. 494)**

La cuestión va más allá de la mera descripción legal como se ha puesto en evidencia en el caso francés, pues aunque el legislador contemple la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas y/o, como es nuestro caso, establezca un catálogo de medidas aplicables a las mismas, lo que no está resuelto de ningún modo es si se requiere previamente la imposición de una pena a un sujeto responsable o si se pueden aplicar independientemente de la responsabilidad personal. En realidad, como enseguida se verá, se trata de un problema de fondo, de concepción sobre el supuesto de hecho que da lugar a la consecuencia jurídica.

Es de destacar la experiencia francesa que ante la misma disposición legal (art. 121 Código Penal francés), la jurisprudencia ha resuelto en diferentes casos de manera disímil. En algunos supuestos ha requerido la imposición de una pena, y en otros, ha dispuesto la aplicación de la medida independientemente de la responsabilidad personal de los autores. En el primer caso, la mayoría de resoluciones judiciales francesas han dispuesto que la persona jurídica sólo puede incurrir en responsabilidad si se ha identificado una persona física en la que pueda apreciarse dolo o culpa. Según esta postura la responsabilidad del ente jurídico no es más que una responsabilidad por reflejo. No obstante, hay casos en que se presentan dificultades para determinar la persona física responsable, en cuyo caso la práctica judicial francesa no ha duda en admitir que «basta con que la infracción pueda ser imputada a una persona física, aunque no esté identificada, para que la persona jurídica sea condenada»<sup>52</sup>.

Nuevamente la decisión sobre el supuesto de hecho tiene como presupuesto la concepción que se tenga sobre la posibilidad de imputar responsabilidad penal al propio ente jurídico. Cabe afirmar que la mayoría de autores, siguiendo esa lógica, consideran que las consecuencias accesorias requieren previamente de la imposición de una pena, teniendo como juicio previo la

---

<sup>50</sup> De Castro 1991, p. 270.

<sup>51</sup> En sentido similar Meini, 1999, p. 73: «Optamos pues por un concepto empresarial de persona jurídica que nos permita, sobre la base de su participación en el mercado, evaluar la posibilidad de imponerle sanciones».

<sup>52</sup> Cfr. Pradel, 1999, p. 668-669.

irresponsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>53</sup>. Sin embargo, es preciso hacer ciertas matizaciones. Hay autores que, aunque no admiten la responsabilidad penal de las asociaciones de personas consideran como un supuesto de hecho la actuación antijurídica del ente, esto es, la comisión de un delito sin necesidad de determinar la responsabilidad personal basándose en la peligrosidad propia del mismo<sup>54</sup>. También hay autores que aún admitiendo **(p. 495)** la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas consideran que es necesario buscar un sustrato humano, esto es que la persona jurídica sólo es responsable de manera derivada de la responsabilidad de la persona física<sup>55</sup>.

Precisamente uno de los temas más controvertidos, incluso entre quienes estamos a favor de diseñar criterios de imputación para sancionar penalmente a las personas jurídicas, es el tema del hecho de conexión. Quienes asumen la necesidad de un hecho de conexión de una persona física para sancionar a la persona jurídica se encuentran con el problema de determinar la actuación de quiénes puede vincular a la persona jurídica<sup>56</sup>. Normalmente se entiende que quienes representan a la persona jurídica u ocupan cargos de dirección en la misma, vinculan con su actuación dentro de los fines de la empresa, a la misma. Mayores problemas plantea el llamado «representante de hecho», la persona que aún no siendo representante legal ni miembro del equipo de dirección actúa en nombre de la empresa y la vincula con su actuación; por ejemplo, un contable, un asesor fiscal, un asesor legal, etc. Esta cuestión se ha analizado detalladamente respecto a la figura del actuar en nombre de otro, y cobra vigencia la tesis de considerar vinculante la actuación de estos miembros de la persona jurídica, en tanto realicen funciones relevantes en la misma (teoría funcional del representante)<sup>57</sup>. Para aquellos que consideran que se trata de una responsabilidad derivada, este sería el contenido de «actuar en el ejercicio de la actividad de una persona **(p. 496)** jurídica», ya sea que se asuma simplemente el representante formal o el representante funcional; para aquellos que fundamentamos la responsabilidad directa de la persona jurídica habría que establecer si se da un injusto de organización, como un injusto atribuible a la persona jurídica por defecto de organización u omisión del deber de vigilancia de la empresa<sup>58</sup>. Siempre la responsabilidad de un ente jurídico tiene que ser una responsabilidad vicaria<sup>59</sup>, esto es indirecta, pues el ente como es lógico no actúa por sí solo. Ello plantea de suyo problemas con la responsabilidad personal que ha caracterizado tradicionalmente al modelo de imputación penal, en el que coincide el sujeto que cometió el injusto y el que es objeto de sanción. Sin embargo, ya se ha visto como la proliferación de nuevas sanciones y la complejidad de las organizaciones en cuyo seno se cometen delitos, hacen que hoy no siempre coincida el sujeto que actúa con el que es objeto de sanción, sino se imponen sanciones de tipo patrimonial a las propias organizaciones, como las consecuencias accesorias que comentamos y el decomiso. Esto es, la aplicación de las consecuencias accesorias siempre puede conculcar el principio de personalidad de las penas, en tanto afecte intereses de terceros ajenos al comportamiento delictivo. Este no puede ser, entonces, un argumento para fundamentar la necesidad previa de imposición de una pena.

Lo importante es si desde el punto de vista del fundamento de las consecuencias accesorias, esto es de la prevención de conductas delictivas que se realizan en el seno de personas

---

<sup>53</sup> En este sentido Pradel, 1999, p. 669-670.

<sup>54</sup> Cfr. Gracia Martín, 1996, p. 457: «su aplicación no debe encontrar su principio legitimador en la comisión real del hecho antijurídico sino únicamente en el *peligro* de que éste se realice y concretamente, a partir de él, en la *necesidad de protección de bienes jurídicos*».

<sup>55</sup> Cfr. Pradel 1999, p. 670. Aunque admite que en casos de extrema dificultad, «si por ejemplo, del examen del organigrama de la sociedad no permite determinar al responsable, podría adoptarse un sistema de presunciones (simples) de responsabilidad en cascada, como en materia de prensa».

<sup>56</sup> Cfr. Meini 1999, p. 207-208.

<sup>57</sup> Esta es la postura seguida por Meini 1999, p. 207: «... cualquier persona puede, en principio, ser el autor del hecho punible a que se refiere el supuesto de hecho del art. 105 CP, esto es, no sólo quienes representan a la empresa u ocupan cargos de dirección o gerenciales al interior de ella, sino incluso una persona que no tenga relación alguna con la persona jurídica». Sobre el representante de hecho en el Derecho Penal, véase García Cervero 1999, *passim*. La tesis del representante funcional como hecho de conexión de la responsabilidad de la organización ha sido asumida por el Corpus Juris (art. 14 de la primera versión de 1997 y art. 13 en la versión 2000), el cual constituye el resultado del trabajo de un grupo de expertos encargados de armonizar los principios generales penales de los Estados miembros de la UE, en clara influencia del Profesor Tiedemann.

<sup>58</sup> Cfr. Zúñiga 2000, p. 231-234 y 237-239.

<sup>59</sup> Cfr. sobre las clases de responsabilidad en la Teoría general de Derecho, Nino 1991, p. 187 ss.

jurídicas, debe requerirse previamente la individualización de la pena para su imposición o es posible imponerlas al margen de la responsabilidad individual de sus miembros. Silva Sánchez<sup>60</sup>, ya denunció en España que si se requiere la individualización previa del delito cometido, el alcance efectivo de la regulación del art. 129 del Código Penal español es bastante limitado, pues precisamente no se podrá aplicar cuando más se necesita, cuando no se ha logrado individualizar la responsabilidad de los autores del delito, cuestión que es precisamente la dificultad mayor de los delitos cometidos en el ámbito de organizaciones.

Cabe afirmar que cuando hablamos de la dificultad para individualizar la responsabilidad penal en los delitos cometidos en el seno de organizaciones, **(p. 497)** no estamos hablando de un problema de prueba, sino de auténticas dificultades de imputación. Esto es, en muchos casos el comportamiento delictivo está dissociado en su parte volitiva y ejecutiva en muchas personas que actúan aportando diversas clases de conductas que dan lugar a la lesión del bien jurídico<sup>61</sup>. Esta complejidad se hace aún más evidente cuando hablamos de la moderna empresa en la sociedad de la información y en el mercado globalizado, donde la organización de la misma ya no es vertical-jerárquica como tradicionalmente lo ha sido, sino que se organiza en redes multidireccionales, la mayoría de las veces vinculadas a una gran empresa, donde las estructuras son altamente descentralizadas y muy flexibles de acuerdo a la flexibilidad de los mercados<sup>62</sup>. Siguiendo la definición de Castells<sup>63</sup>: «La `empresa horizontal´ es una red dinámica y estratégicamente concebida de unidades autoprogramadas y autodirigidas basadas en la descentralización, la participación y la coordinación». Es decir, el modelo organizativo propiciado por el cambio tecnológico y las nuevas necesidades de un mercado muy competitivo y cambiante, donde los riesgos se diversifican en la red, ya no se define como un conjunto de medios orientados a unos fines comunes, sino que la empresa-red está constituida por un sistema de redes interconectados, pero a la vez autónomos en sus fines.

En una red-horizontal, flexible, autónomamente regulada, con fines propios, pero vinculados a una gran empresa, difícilmente se puede establecer el núcleo de decisión de los comportamientos ilícitos. Precisamente parece ser éste nuevo modelo organizativo el que ha propiciado el avance de la gran criminalidad organizada internacional en la última década<sup>64</sup>. La mafia de corrupción y poder de Fujimori-Montesinos, la red terrorista de Osama Bin Laden o la organización terrorista ETA<sup>65</sup> son ejemplos paradigmáticos **(p. 498)** de este nuevo modelo en red, en el que empresas y asociaciones lícitas y organizaciones criminales con fines terroristas se entrecruzan orientados por unos fines de tipo político, pero también de lucro ilícito. Sin desmedro de las responsabilidades personales, hay una serie de personas —pero también empresas y asociaciones— que han colaborado en la realización de los ilícitos, en las que la responsabilidad individual es difícil de deslindar. Además del procesamiento por delitos concretos de personas concretas, contamos con el delito de asociación para delinquir del art. 317 CP, pero igualmente se aplica a personas concretas y no se puede sancionar la participación de asociaciones en asociaciones ilícitas. En organizaciones o empresas-red, y en los momentos actuales que muchas grandes empresas tienen más poder político y económico que muchos Estados del mundo, si no se puede detectar el núcleo directivo de las organizaciones ni el grado de contribución al delito de los diversos participantes, lo que va a suceder es la «irresponsabilidad organizada» que predicaba ya en 1979 Schünemann.

El escollo dogmático más importante que existe para sancionar penalmente a las asociaciones y, por tanto, establecer como supuesto de hecho de las consecuencias accesorias la realización de una conducta de organización, es que se considera que de éstas no se puede predicar el dolo o la culpa, elemento esencial de toda infracción penal. Es decir, las personas jurídicas carecerían de los elementos subjetivos para imputar una sanción en clave penal. Esta

---

<sup>60</sup> Silva Sánchez 1996, p. 363.

<sup>61</sup> Véase sobre las deficiencias del modelo de responsabilidad individual para sancionar los delitos cometidos en el seno de organizaciones Zúñiga Rodríguez 2000, p. 161-190.

<sup>62</sup> Cfr. Castells 2001, p. 201-254.

<sup>63</sup> 2001, p. 216-217.

<sup>64</sup> Felizmente este modelo organizativo no sólo sirve para el asociacionismo *malo*, sino también ha servido para que las ONGs del mundo se comuniquen y crezcan en la coordinación de sus objetivos, llegando a liderar un movimiento contundente contra los efectos nocivos de la globalización (El Foro Social de Porto Alegre).

<sup>65</sup> El Auto de 8 de octubre de 2002 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España que confirma los autos del Juzgado de Instrucción N.º 5 (Juez Baltasar Garzón), por los que se suspenden las actividades del partido político vasco Batasuna, establece que del sumario indiciariamente se desprende «no sólo la sinergia y la mutua instrumentalidad entre ETA militar y Batasuna, sino también que la primera dirige a la segunda en el campo de actividades de Batasuna».

postura de imposibilidad conceptual de elementos subjetivos en la persona jurídica se basa en una concepción de los mismos a partir de la persona humana, concretamente a partir de la voluntad humana. A ello cabe responder con dos argumentos concretos. Primero, sí es posible concebir elementos subjetivos en empresas y organizaciones. No sólo debido a la práctica real de la imposición de sanciones a empresas por el Derecho de la Libre Competencia de la UE, sino también desde el punto de vista doctrinal se puede concebir una construcción de dolo o culpa de organización. El dolo, superando el elemento volitivo, puede conceptuarse como la conciencia del riesgo para los bienes jurídicos; y la culpa, se puede concebir como la ausencia de conciencia evitable del riesgo para bienes jurídicos<sup>66</sup>. (p. 499)

Segundo, no sólo es posible concebir, sino incluso es obligatorio requerir los elementos subjetivos de dolo o culpa en la infracción de la propia persona jurídica, según lo predicen las últimas tendencias en el Derecho sancionador Administrativo y como ya sucede en él. Si estamos ante consecuencias jurídicas que no sólo restringen derechos de las propias personas jurídicas, sino que tienen efectos restrictivos en personas físicas, como pueden ser los trabajadores, los acreedores o los socios minoritarios, etc., indudablemente habrá que predicar la garantía de culpabilidad para sancionarla. Así el TC español en sentencia N.º 246/1991, considera que para establecer la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas debe aplicarse también criterios de dolo o culpa derivados de su propia naturaleza. La misma fundamenta «Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz».

En suma, no sólo es importante concebir desde un punto de vista político-criminal como fundamento de las consecuencias accesorias la prevención de conductas dolosas o culposas de la propia persona jurídica, sino que es posible hacerlo desde el punto de vista dogmático concibiendo categorías de dolo y culpa especialmente pensadas para las organizaciones. Además, ya se reconoce la posibilidad de penalizar directamente a la asociación, independientemente de la responsabilidad penal de los autores que concretamente intervinieron en la ejecución de los delitos programados por la asociación, fundamentalmente cuando se trata de personas jurídicas instrumentalizadas por sujetos u organizaciones ilícitas<sup>67</sup>. Dar el paso de establecer como supuesto de hecho de las consecuencias jurídicas aplicables a las personas (p. 500) jurídicas siempre un injusto de la propia organización es necesario no sólo por las dificultades de individualización de responsabilidad ya consignadas, sino sobre todo, porque de lo contrario, la aplicación de las mismas dependería invariablemente de una responsabilidad personal (responsabilidad derivada), limitando sobremanera el alcance preventivo de las medidas.

## VI. El proceso de imposición de las consecuencias accesorias

El hecho de que las consecuencias accesorias sean impuestas en un proceso penal donde las personas imputadas son personas físicas, plantea una serie de problemas. Está claro que el aparato de garantías asociadas al derecho de defensa del imputado en el proceso penal está concebido en función de la gravedad de los derechos conculcados con la pena. Se ha visto que las consecuencias accesorias, si bien no son penas personales sí despliegan una serie de

<sup>66</sup> Siguiendo la teoría del Tribunal de Justicia de Comunidad Europea para los delitos contra la libre competencia se han desarrollado estos conceptos, teniendo en consideración la teoría cognitiva del dolo (Laurenzo 1999, *passim*), más ampliamente, véase Zúñiga 2000, p. 234-237.

<sup>67</sup> Cfr. Gracia Martín 1996, p. 457 (véase nota 53). Además la jurisprudencia última de suspensión de las actividades del partido político vasco, el Auto de 8 de octubre de 2002 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional que confirma el auto de 26 de agosto de 2002, admite la tesis de que «bien puede ocurrir que durante la instrucción del proceso queden antes evidenciadas las actividades delictivas en el seno y en el objeto real de la organización, y una vez descubiertas, se puedan perfilar nítidamente los indicios racionales de criminalidad en personas individuales». Esto es, respecto a las vinculaciones entre responsabilidades individuales y responsabilidad de la organización, si bien lo normal es que la responsabilidad penal de sus miembros denoten la responsabilidad de la organización, no se puede desdeñar la posibilidad de que antes de comprobar la responsabilidad penal individual queden evidenciadas las actividades delictivas de grupo y en el objeto real de la organización. Por tanto, la jurisprudencia asume una responsabilidad directa e independiente de la organización respecto de sus miembros.

efectos que suponen restricciones de derechos no sólo para la propia persona jurídica, sino también para una serie de personas físicas o jurídicas, por lo que el asunto de las garantías procedimentales es de suma relevancia. Vamos a analizar los problemas procesales más puntuales:

### **1. Situación procesal de la persona jurídica en el procedimiento penal**

La persona jurídica no es parte en un proceso penal por eso mal puede defender sus derechos<sup>68</sup>. A lo sumo puede constituirse en tercero civilmente responsable en lo referente a la aplicación del comiso de las ganancias de manera subsidiaria del art. 104 CP. Por otro lado, el objeto del proceso penal tiene que ser la resolución de la causa sometida a conocimiento del juez, esclareciendo el hecho criminal imputado<sup>69</sup>. En un proceso de estas características orientado a establecer la responsabilidad individual de un(os) sujeto(s), la determinación del supuesto de hecho que lleva a aplicar una **(p. 501)** medida a una persona jurídica es bastante extraña al objeto procesal. Si se entiende, como la mayoría de autores, que estas medidas son accesorias a la responsabilidad individual de un sujeto, ello no plantea demasiados problemas pues bastará condenar a un sujeto que haya realizado el delito en el ámbito de una persona jurídica para poder aplicarle a ésta alguna de las consecuencias accesorias del art. 105 CP<sup>70</sup>, caso en el cual, como se veía, restringimos notablemente el ámbito de aplicación de las mismas. Pero como hemos visto, para aquellos que consideramos que el supuesto de hecho de las mismas es la prevención de la actividad delictiva de la propia persona jurídica, la aplicación de las consecuencias accesorias será independientemente de la responsabilidad criminal del autor, por lo que en estos casos no se ha agenciado un procedimiento para articular los derechos de la persona jurídica<sup>71</sup>.

### **2. Medidas definitivas o medidas cautelares**

Aunque el CP no lo diga expresamente como sí lo hace el Código Penal español, nos planteamos si estas consecuencias accesorias pueden ser aplicadas como medidas cautelares<sup>72</sup>, esto es, si antes de finalizar el proceso el juez penal pudiese establecer la suspensión de las actividades de la sociedad. De acuerdo a la letra literal del art. 105 CP y a las normas de procedimiento penal existentes, sólo se podría pensar en la suspensión inmediata de la actividad, así como la clausura temporal o definitiva del establecimiento en el supuesto que contempla el art. 314 CP para los delitos contra el medio ambiente. Incluso en estos casos las consecuencias accesorias no son facultativas como generalmente se entienden, sino obligatorias para el juez cuando se está realizando la actividad contaminante. **(p. 502)**

De lege lata, si la doctrina mayoritaria establece que la consecuencia accesoria sólo puede imponerse a resultas de la condena definitiva de una persona física y no existe una previsión legal<sup>73</sup> expresa de habilitación para ello, el juez no podría establecer una medida tan grave que supone una seria restricción de derechos incluso para personas ajenas a la actividad delictiva.

<sup>68</sup> El auto de 26 de febrero de 2002 que comentamos el juez lo dice claramente. «en el ordenamiento penal y procesal penal vigente, no se ha previsto la inclusión de la persona jurídica en el proceso». Finalmente la comprende como *parte pasiva* en el proceso, situación procesal que es en todo caso muy limitada para ejercer sus derechos de defensa.

<sup>69</sup> Cfr. Oré Guardia 1999, p. 17.

<sup>70</sup> Esta es, por otro lado, la postura mayoritaria de la doctrina en el Perú (Meini 1999, p. 211 y Prado Saldarriaga 2000, p. 185) y también la de la jurisprudencia. El auto objeto de análisis dice. «...dichas consecuencias o medidas son de carácter facultativo para el juzgador, las mismas que además serán de aplicación, de ser el caso, al momento de expedirse la sentencia condenatoria». Nótese que la doctrina y jurisprudencia hablan de condena, con lo cual, no basta con la existencia de un hecho antijurídico sino que además debe ser culpable. Si el sujeto actúa en estado de justificación o inculpabilidad no podrían aplicarse tales medidas accesorias.

<sup>71</sup> Demandando la necesidad de articular un proceso penal contra la persona jurídica, cfr. Zugaldía 2001, p. 898.

<sup>72</sup> Para Meini 1999, p. 212, sí es posible la aplicación de las consecuencias accesorias como medidas cautelares.

<sup>73</sup> El Proyecto de Código Procesal Penal incorpora un catálogo de medidas de cautela real, entre ellas la clausura, la vigilancia de locales e inmovilización (suspensión de la actividad) (art. 181).

De lege ferenda, esto es, para una futura reforma, el CPP debería habilitar legalmente al juez penal para que establezca las consecuencias accesorias temporales del art. 105 CP como medidas reales cautelares. Es verdad que éstas están ideadas para garantizar el efectivo cumplimiento de las sanciones civiles de carácter reparador, por lo que serían de plena aplicación para las medidas contra las personas jurídicas dentro del supuesto del art. 104 CP (privación de los beneficios obtenidos por la persona jurídica para cubrir la responsabilidad civil subsidiaria), pero si concebimos que la actividad de la persona jurídica puede ser peligrosa objetivamente (peligrosidad objetiva de la cosa), sobre todo cuando se refiere a la criminalidad organizada, pocas armas tiene el juez para intervenir cuando constata la existencia de una persona jurídica que está demostrando con su actuación una gran capacidad criminógena<sup>74</sup>. Lo que no resulta lógico es que la Administración tenga esta potestad, como sucede con INDECOPI y el juez penal que se encuentra ante la posibilidad de hechos ilícitos graves carezca de esta potestad.

### **3. Motivación judicial**

Aunque es uno de los principios constitucionales del debido proceso, art. 139.5 Const., en el caso de las consecuencias accesorias del art. 105 CP tratándose de medidas de extraordinaria gravedad que tienen efectos contra terceros, y teniendo el carácter de facultativa, el juez tendrá que motivar su imposición de acuerdo al principio de proporcionalidad anteriormente desarrollado (epígrafe III). Esto es, el juez deberá fundamentar que la medida impuesta es idónea, necesaria y proporcional para prevenir la actividad delictiva de la persona jurídica. No se trata pues de una simple motivación habitual, sino de una verdadera justificación de la medida argumentando (**p. 503**) detalladamente si la medida es adecuada en cuanto a su especie, proporcional y necesaria para prevenir la actividad criminógena que desarrolla. El juez tendrá que tener en cuenta no sólo las restricciones de derechos que le supone al objeto social de la persona jurídica, sino los posibles efectos que para terceros puede tener la misma.

### **4. ¿Quién tiene la carga de la prueba?**

En un proceso penal el imputado tiene el derecho a la presunción de inocencia y a que se le pruebe la imputación penal. Cuando se trata de imponer una consecuencia accesoria como las que contiene el art. 105 CP, la persona jurídica no es titular jurídica de esos derechos y, además, como no se le reconoce elementos subjetivos (dolo o culpa) en su actuación, no es necesario ni comprobarlos. Esta situación puede dar lugar a casos flagrantes de imposición de la medida sin requerir ninguna prueba de culpabilidad e incluso materialmente recayendo la carga de la prueba en la propia persona jurídica. Esto se ha evidenciado particularmente con el decomiso de las ganancias o del instrumento del delito, donde se ha dado el caso de que ha recaído en un bien, en el que el propietario legítimo no está implicado en el asunto penal<sup>75</sup>, pero es perfectamente aplicable a las medidas que estudiamos<sup>76</sup>.

### **5. Posible vulneración del non bis in idem**

---

<sup>74</sup> Por ejemplo, una empresa que inescrupulosamente vende alimentos adulterados peligrosos para la salud (art. 287 CP).

<sup>75</sup> Cfr. Vervaele 1998, p. 72, cuenta el caso de una empresa Agosi contra el Reino Unido, Asunto de 24 de octubre de 1986, donde la Aduana inglesa constata la importación ilegal de piezas de oro y embarga las piezas de oro y el coche por delito de contrabando.

<sup>76</sup> En la sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de septiembre de 1996, n. 599/1996 (RJ 1996/7562), sobre tráfico de drogas, en aplicación del art. 344 bis CP anterior, deja sin lugar la medida de clausura del bar a la señora propietaria que ha sido absuelta en el proceso, por el delito comprobado a su conviviente, con el que formaban una «unidad familiar de hecho». Es de resaltar que el juez de primera instancia consideró que aunque ella era la propietaria real y había sido absuelta por no haberse comprobado de culpabilidad, consideraba que la apertura del bar, al estar regularmente atendido por el condenado, constituía una actividad que propicia la tendencia al delito, por lo que consideró, desde el punto de vista de la prevención especial, recomendable la clausura del local.

Muchos de los ilícitos que fundamentan la imposición de las consecuencias accesorias del art. 105 CP tienen su correlato en el orden administrativo (**p. 504**) sancionador. Es el caso, por ejemplo, de los delitos tributarios (Ley penal tributaria, D. Leg. N.º 813 de 24-04-96), delitos aduaneros (Ley N.º 26461 de 08-06-95). La Ley N.º 27444 de 11-04-2001 de Procedimiento Administrativo General, en el art. 230.10 reconoce que la potestad sancionadora de la Administración debe respetar el non bis in idem,<sup>77</sup> por lo que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Esta es una muestra de que la potestad punitiva del Estado puede resolverse por ambas vías<sup>78</sup> y, de acuerdo al principio de ultima ratio, la jurisprudencia administrativa se subordina a la penal que es la que debe decidir o no la aplicación de las medidas del art. 105 CP en el caso de ilícitos graves que sean tipificados como delito; debiendo la jurisdicción administrativa acatar lo dispuesto por el juez penal. Es decir, la gravedad de la infracción es la que determinará la jurisdicción a aplicar y no es posible pensar en una dualidad según el sujeto; la vía penal para el sujeto individual infractor y la vía administrativa para la persona jurídica, pues ello contradiría esa unidad de la potestad punitiva.

## **VII. Conclusión: necesidad de la construcción de criterios de imputación y de un procedimiento para la imposición de sanciones a personas jurídicas**

Seguramente existen más cuestiones importantes a dilucidar para la aplicación de estas consecuencias accesorias, como son el análisis de cada medida dispuesta por el legislador en el art. 105 CP —catálogo bastante parco, por cierto—, lo cual llevaría inevitablemente a alargar considerablemente este estudio. También es importante establecer el proceso de ejecución de dichas medidas. La práctica de la ejecución de este tipo de medidas puede plantear una serie de problemas, pues por ejemplo la suspensión de la actividad (**p. 505**) de la empresa puede tener una serie de efectos para los trabajadores, los acreedores, los socios minoritarios, suspensión de una serie de derechos conexos que pueden plantear conflictos con otros órganos del Estado, etc. En principio, ¿corresponde al juez penal que instruye el delito disponer sobre todos estos extremos de los efectos de la suspensión o a la autoridad correspondiente a la especialidad del derecho conculcado? Por ejemplo, respecto a los derechos laborales, ¿es el mismo juez penal o el juez laboral quien tiene que salvaguardar sus derechos?

Como puede observarse, no he agotado todos los problemas que presentan las consecuencias accesorias, simplemente he podido subrayar los aspectos más controvertidos de la aplicabilidad de las consecuencias accesorias, en tanto puntos a los que necesariamente tenemos que llegar a consensos para que las mismas no caigan en la inutilidad jurídica, mientras las empresas, sociedades y organizaciones criminales lucran ilícitamente aprovechando todas estas diferencias doctrinales.

La concepción abierta y funcional del Derecho Penal permite una discusión amplia de los criterios de imputación para sancionar a las personas jurídicas. No se trata de que las cataloguemos como «penales» o «administrativas», lo importante es llegar a acuerdos sobre los presupuestos de aplicación que como vemos son discutibles desde el punto de vista sustancial y procesal. Un avance en esta discusión podrá llenar de contenido la aplicación de las normas que regulan las consecuencias accesorias, haciendo que sean viables y útiles en una Política Criminal racional contra la instrumentalización de las personas jurídicas y contra las mismas que obvian medidas de control y vigilancia provocando defectos en su organización que llevan a las lesiones de bienes jurídicos.

---

<sup>77</sup> Sobre el alcance constitucional de este principio, véase San Martín 2002, p. 386-389.

<sup>78</sup> Prácticamente está consensuado que no es posible hablar de una distinción cualitativa de los ilícitos, sino de una diferencia cuantitativa. Véase más ampliamente Zúñiga Rodríguez 2001, p. 1425-1428.