

**La aplicación judicial  
de las consecuencias accesorias  
para las empresas**

**Jesús-María Silva Sánchez**

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

**342**

## *Abstract*

*La abundante producción doctrinal sobre la regulación de las consecuencias accesorias para las empresas, previstas en el art. 129 del Código penal, no ha dedicado demasiada atención a su aplicación por los tribunales. Lo cierto es que ésta ha sido extraordinariamente restrictiva en sede de sentencia y, mucho más, cuando se ha tratado de su adopción como medidas cautelares en la fase de instrucción. Esta praxis judicial obedece en parte, seguramente, a razones culturales. Pero no debe obviarse el carácter técnicamente defectuoso e incompleto del texto legal, así como la extrema gravedad de las consecuencias previstas en él. A la vista de la limitada aplicación de las consecuencias accesorias, el comentario propone una reflexión crítica general sobre la opción adoptada en su día por el legislador español.*

## *Sumario*

- 1. Introducción**
- 2. Doctrina y aplicación judicial**
- 3. La imposición de consecuencias accesorias en sentencia**
- 4. La adopción de las consecuencias accesorias como medidas cautelares**
- 5. Hipótesis sobre las causas del fenómeno de la práctica inaplicación de las consecuencias accesorias**
- 6. Balance**
- 7. Tabla de jurisprudencia citada**
- 8. Bibliografía**

## 1. Introducción

En algún ámbito particular, la posibilidad legal de imposición de consecuencias jurídicas afflictivas sobre las personas jurídicas en el marco del proceso penal fue relativamente temprana en España. Así, ya la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal (BOE nº 152, de 7.6.1983) que introdujo en el Código penal derogado el art. 347 bis, relativo al delito ecológico, contenía un párrafo último que señalaba: "En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores". Sin embargo, una relativa generalización del sistema sólo tuvo lugar con la entrada en vigor del actual Código penal, cuyo art. 129.1 dispone que:

**"El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del Ministerio Fiscal<sup>1</sup>y de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:**

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que sea necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años".

Con ello, el legislador español acogía una tesis que en el último medio siglo ha ido adquiriendo carta de naturaleza en la doctrina continental europea. A saber, la de que la imposición de consecuencias afflictivas sobre las personas jurídicas en el marco del proceso penal constituye una auténtica necesidad para hacer frente a la criminalidad de empresa en sus diversas manifestaciones. La doctrina, ampliamente mayoritaria, que ha acabado por acoger este punto de vista lo ha hecho, fundamentalmente, sobre la base de tres líneas argumentales<sup>2</sup>. En primer lugar, la de que no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas (administradores, directivos, representantes) por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica. En segundo lugar, la de que incluso en los casos en que tal sanción sea posible, superando las dificultades probatorias o técnico-jurídicas que muchas veces se suscitan, aquélla constituiría una respuesta insuficiente para la criminalidad económica. Y, en tercer lugar, la de que alternativas orientadas a la responsabilización de la propia persona jurídica al margen del Derecho y del proceso penal (muy en concreto, las sanciones u otras medidas administrativas) no

<sup>1</sup> El texto resaltado en negrita fue añadido en la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 283, de 26.11.2003).

<sup>2</sup> Confróntese con SILVA *et al.* (2001, págs. 307 y ss., 313 y ss).

son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad de la empresa. De hecho, la proliferación en distintos países de previsiones legales relativas a la imposición de consecuencias jurídicas para las empresas en el ámbito del proceso penal debe atribuirse a ese consenso creciente.

## 2. *Doctrina y aplicación judicial*

Durante los años transcurridos, en particular desde la entrada en vigor del Código de 1995, las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal han sido estudiadas ya en un abundante número de monografías<sup>3</sup> y artículos doctrinales<sup>4</sup>. En ellos se puede hallar múltiples hipótesis sobre su naturaleza jurídica a la vez que detalladas propuestas de diverso signo sobre los presupuestos dogmáticos y procesales de su imposición<sup>5</sup>. De lo que sabemos bastante menos, en cambio, es de su real aplicación por los tribunales españoles.

Un indicio de cuál puede ser la realidad práctica de las consecuencias accesorias en nuestros órganos judiciales españoles nos lo proporciona el hecho de que, por poner sólo un ejemplo, en la monografía de DE LA FUENTE HONRUBIA se citan únicamente cinco resoluciones: SAP Palencia, Penal Sec. Única, 9.11.2000 (Ar. 2659); AAP Barcelona, Penal Sec. 3<sup>a</sup>, 25.4.2000 (Ar. 1342); el AAP Huesca, 22.11.1999; el AAN, Penal Sec. 4<sup>a</sup>, 26.7.1999 (Ar. 2608); y el AJCI nº5, 23.8.2002<sup>6</sup>. Otros autores<sup>7</sup> aluden asimismo, sin entrar en mayores detalles, a la más que escasa aplicación judicial de las consecuencias accesorias<sup>8</sup>. En todo caso, no deja de resultar sorprendente que, salvo contadas excepciones, esta cuestión no haya merecido siquiera la atención de la doctrina. Una doctrina que, mayoritariamente, afirma por lo demás sin ambages que la regulación legal de los delitos contra el medio ambiente ha cumplido los objetivos que se le habían asignado.

Lo cierto es que, si dejamos de lado el ámbito de la legislación contra el terrorismo y la criminalidad organizada, el balance de estos diez años de aplicación judicial de "consecuencias accesorias" es bastante elocuente: como se verá, la disolución de la sociedad, asociación o fundación no se ha acordado nunca; la intervención de la empresa, sólo en una ocasión. La consecuencia accesoria aplicada de modo general ha sido la clausura temporal de establecimientos. Pero la expresión "de modo general" significa aquí en "unas pocas resoluciones". El Tribunal Supremo no ha dictado ninguna sentencia en la que haya sentado doctrina extensa sobre el art. 129 CP. Los tribunales inferiores han mostrado, por lo demás, una prudencia extrema en la imposición de las consecuencias referidas; ello se advierte de modo

<sup>3</sup> Así, entre las monografías, DE LA FUENTE HONRUBIA (2004); GUARDIOLA LAGO (2004); ECHARRI CASI (2003); ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2003).

<sup>4</sup> La cantidad de éstos es tal que renuncio a enumerarlos. Valga, pues, una remisión a las listas de bibliografía de las obras mencionadas en la nota anterior.

<sup>5</sup> Sobre mi propuesta al respecto confróntese con SILVA SÁNCHEZ *et al.* (2001, págs. 347 y ss.).

<sup>6</sup> Cuyo contenido extracta el autor en las págs. 305 y ss. de su obra.

<sup>7</sup> Explícitamente, TAMARIT SUMALLA (2002, págs. 1153 y ss., 1164 y ss.).

<sup>8</sup> Por lo que parece, ello sucede también en otros países cuyos ordenamientos jurídicos han acogido también la posibilidad de imponer algún género de "sanción" a las personas jurídicas en el marco del proceso penal. Confróntese con ECHARRI (2003, p. 306).

especialmente claro a propósito de su adopción como medidas cautelares, en los casos en que el Código penal lo permite (art. 129.2). Algunas sentencias anecdotás ponen de relieve, por lo demás, la existencia de serios indicios de desorientación sobre toda esta materia<sup>9</sup>. Ello confirma con creces el diagnóstico de TAMARIT, que apuntaba a la existencia de una cierta “renuencia a imponer” las consecuencias accesorias por parte de los órganos judiciales<sup>10</sup>. Ahora bien, la cuestión es el porqué de tales reticencias y, sobre todo, si éstas se hallan justificadas. Pues, de ser cierto esto último, no cabría descartar la necesidad de revisar alguno de los dogmas al uso en cuanto a la necesidad de las consecuencias accesorias inhabilitantes para hacer frente a cualquier modalidad de criminalidad de empresa.

### *3. La imposición de consecuencias accesorias en sentencia*

Seguramente no es casual que, como se indicaba más arriba, la consecuencia accesoria más aplicada por los tribunales haya sido la de clausura temporal -o, excepcionalmente, definitiva- de establecimientos. Esta es, por un lado, la menos comprometedora en cuanto a la atribución de una “responsabilidad penal” a la persona jurídica. También es, seguramente, la menos intensa de todas las previstas y la que requiere menor argumentación. En materia medioambiental, tiene una carga de significado adicional el hecho de que los clausurados hayan sido establecimientos agropecuarios, vertederos y bares musicales. Salvo error u omisión por mi parte, sólo se acordó la clausura temporal de dos empresas “hasta que acreditaran haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones” en la SAP La Coruña, Penal Sec. 5<sup>a</sup>, 2.5.2000 (Ar. 2256).

Un examen detallado de las resoluciones dictadas pone de manifiesto las consideraciones generales que se efectuaban más arriba. Así, en concreto, en la SAP Barcelona, Penal Sec. 10<sup>a</sup>, 19.3.2000, y en cumplimiento de lo establecido en el art. 347 bis *in fine* del Código Penal de 1973, la Sala acordó la clausura de un vertedero municipal ilegal ordenando a la Administración Pública competente la observancia y control de dicha medida. En la STS, 2<sup>a</sup>, 11.2.2003 (Ar. 1083) se trató, en cambio, de la clausura temporal de un establecimiento ganadero hasta que éste no legalizara su situación medioambiental. Y en la STS, 2<sup>a</sup>, 24.2.2003 (Ar. 950), de la clausura de una sala de fiestas.

En todo caso, reveladoras además de la escasa asimilación de los requisitos del art. 129 CP por parte de algunos operadores jurídicos son la SAP Barcelona, Penal Sec. 5<sup>a</sup>, 1.2.2000 (Ar. 1100) y la SAP Segovia, Penal Sec. 1<sup>a</sup>, 28.6.2004 (JUR 2004\280542). En la primera se trataba de la apelación

<sup>9</sup> Un caso extremo es el siguiente: El Juzgado de Tafalla había condenado al Ayuntamiento de Peralta como autor (*sic*) de la falta contra el orden público del art. 636 CP, en tanto que propietario de un ciclomotor que circulaba sin seguro obligatorio. La SAP Navarra, Penal Sec. 3<sup>a</sup>, 19.11.2003 (JUR 2004\108947), tuvo que revocar dicha sentencia indicando que “las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de las infracciones penales, ni de los delitos ni de las faltas” y que “el Código Penal permite la adopción de determinadas medidas, “consecuencias” las denomina el texto legal, artículo 129, en relación con las personas jurídicas, pero sin reconocer en ningún momento la posibilidad antedicha”.

<sup>10</sup> TAMARIT (2002, pág. 1164), añade que esta actitud quizá se vea favorecida “por la desorientación respecto a su naturaleza y régimen”.

de la sentencia del Juzgado de lo Penal en la que se había acordado la clausura del colector de vertidos de una empresa en tanto no se acreditara la obtención de autorización administrativa para verter y que los vertidos se ajustaban a los límites señalados por la normativa vigente. La persona jurídica, sin embargo, no había sido, como tal, parte en el juicio. Pues bien, el Tribunal provincial hubo de revocar la sentencia del Juzgado de lo Penal, argumentando que resultaba inaceptable que los efectos directos de la sentencia se proyectaran sobre quien no había sido parte en el proceso, vulnerando los principios de audiencia y defensa. Muy similar es el planteamiento en la segunda de las sentencias citadas. El Juzgado de lo Penal había acordado la clausura temporal de un establecimiento ganadero hasta que no se acreditara la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones de depósitos de vertidos de purines. Ahora bien, la persona jurídica titular de la explotación no había sido llamada a juicio. De modo que, apreciando la existencia de indefensión, la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada por el juez de instancia.

Fuera del ámbito de los delitos ecológicos, también es la clausura temporal o definitiva del establecimiento la consecuencia accesoria adoptada de modo prácticamente exclusivo; y aun esto tiene lugar básicamente en relación con delitos vinculados a la prostitución y al tráfico de estupefacientes, que resultan poco reveladores de una determinada política criminal de la delincuencia de empresa. Es el caso, entre otras, de la SAP Asturias, Penal Sec. 8<sup>a</sup>, 21.10.2004 (JUR 2004\32339), en la que se acordó la clausura definitiva de dos establecimientos (bar y pub) en aplicación del artículo 370 del Código Penal (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 15/2003, equivalente al nuevo artículo 369 apartado 1 circunstancia 4<sup>a</sup> y apartado 2 medida 2<sup>a</sup> en relación con el artículo 129). Una excepción a esta regla general la constituye SAP Salamanca, Penal Sec. Única, 12.3.2001 (Ar. 418), que, en el caso de una asociación en la que se habían cometido delitos contra la propiedad intelectual, adoptó la consecuencia accesoria de la prohibición temporal de realización de actividades con fonogramas (no de otras actividades lícitas del establecimiento).

Al igual que en el grupo anterior, también en este ámbito se da alguna sentencia interesante que revela divergencias sobre el modo en que debe ser aplicado el art. 129 CP. En la SAP Cáceres, Penal Sec. 2<sup>a</sup>, 6.3.2001 (JUR 2001\162740) se trataba de un caso en el que se había absuelto del delito de tráfico de estupefacientes al dueño de un bar en el que trabajaba quien fue condenado por dicho delito. No obstante ello, se había adoptado la consecuencia accesoria de cierre del establecimiento por un período de cinco años. El tribunal razonó correctamente que, al hacerlo, el Juez de lo penal había partido de considerar al dueño del bar como garante. Pero añadió que, si se entendía que como dueño del bar debió evitar esa venta de droga por parte de su empleado, la absolución carecía de sentido; y si por el contrario, al dueño del local se le absolvía, como de hecho había sucedido, no era posible sostener a la vez que había de sufrir la consecuencia accesoria del cierre de su local por ser garante del hacer de su empleado. En fin, concluyó que, condenado el empleado, ya no se hacía necesaria la imposición de consecuencia accesoria alguna, pues al no seguir aquél trabajando en el local, no sería necesario para "prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma" como exige el art. 129.3 CP. En esta misma línea, cabe hallar todavía dos resoluciones judiciales. En concreto, la SAP Castellón, Penal Sec. 2<sup>a</sup>, 12.11.2001 (JUR 2002\23493), que revocó el cierre temporal de un local impuesto por la sentencia

del Juzgado de lo Penal en aplicación del art. 194 CP en relación con el 129 CP. Su argumento fue que el negocio estaba arrendado a otro acusado, que fue absuelto del delito de prostitución, aunque fuera condenado por un delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 CP), con lo que se había vulnerado el requisito de tipicidad de la consecuencia accesoria. Por su parte, la SAP Cáceres, Penal Sec. 1<sup>a</sup>, 25.2.2004 (JUR 2004\83724), rechazó la imposición de la consecuencia accesoria de clausura del establecimiento por un período de cinco años, pues el referido establecimiento, en el que se había cometido el delito, se hallaba en un inmueble propiedad de un tercero de buena fe. La sentencia subrayaba que "la adopción de esta medida, que en muchos casos tendría gravísimas consecuencias patrimoniales no solamente para el condenado sino también para terceras personas, cual es el caso, habrán de ser adoptadas con toda clase de precauciones y en todo caso la audiencia de la persona a la que puede resultar afectada por el hecho. Pues bien, en el presente caso la clausura del establecimiento acordada durante la instrucción de la causa, se lleva a cabo sin la previa audiencia de su titular. Siendo así, que nos encontramos ante una persona, tercera de buena fe que no tiene ninguna implicación en el hecho delictivo y que, como anteriormente hemos indicado, el contrato de arrendamiento ha sido resuelto y entregada la llave del mismo a su dueño, no tiene razón de ser la adopción de la medida de clausura que no es otra que impedir la continuidad delictiva y los efectos de la misma. Por el contrario la preexistencia de la medida solicitada sería nefasta y ruinosa para el propietario del local, y el mero hecho de seguir hasta hoy ese local precintado causa unos perjuicios en la persona de su titular que no tiene porque soportarlo. En consecuencia consideramos que tal medida es innecesaria y tremadamente perjudicial para el tercero de buena fe".

Como se advierte, pues, no puede hablarse de que la aplicación de las consecuencias accesorias para las empresas haya sido, en el conjunto de delitos para los que fueron previstas, mínimamente significativa. A todo esto, también pueden hallarse sentencias en las que las consecuencias accesorias han sido impuestas de modo indebido. Un ejemplo lo constituye la SAP Madrid, Penal Sec. 23, 30.4.2002 (JUR 2002\207007). Esta, en un caso de apropiación indebida, acordó la suspensión de la actividad empresarial como agencia de viajes de la entidad mercantil en la que se cometió el delito, por un período de un año, de acuerdo con lo previsto en el artículo 129 CP, apartado c). El argumento fue que el delito se había cometido como consecuencia del ejercicio de la actividad empresarial. Sin embargo, el delito de apropiación indebida no es uno de los que tienen prevista legalmente la imposición de consecuencias accesorias, por lo que la imposición fue contraria a la ley. El segundo ejemplo viene dado por la STS, 2<sup>a</sup>, 7.6.2001, que hubo de casar la sentencia de la Audiencia Provincial en la que se que había acordado la "nulidad" (que se entiende como disolución) de varias sociedades por la comisión en ellas de delitos de estafa y falsedad. La sentencia del Tribunal Supremo señaló correctamente que la declaración de nulidad de las tres citadas sociedades no podía ser entendida sino como disolución de las mismas, no sólo por ser la nulidad una sanción que difícilmente puede ser impuesta a una persona jurídica, sino por ser ésta la consecuencia accesoria que se prevé en el art. 129.1 CP, única norma en que podría fundamentarse la medida cuestionada aunque no hubiera sido invocada por el tribunal de instancia al razonar su imposición. A partir de ahí, puso de relieve la existencia de dos obstáculos que se oponían a que se decretara la disolución de las entidades constituidas por el acusado como medio para defraudar o para invertir una parte del

dinero conseguido con anteriores defraudaciones. El primero era que en el Código penal de 1973, bajo cuya vigencia se habían cometido los hechos enjuiciados en la sentencia recurrida, aquélla no estaba prevista como consecuencia accesoria que pudiese ser impuesta en sentencia condenatoria por cualquier delito. El segundo, que, aun en el supuesto de que se entendiese aplicable retroactivamente el art. 129 del Código penal de 1995, habría que tener en cuenta que las consecuencias accesorias establecidas en aquel artículo sólo pueden ser impuestas "en los supuestos previstos en este Código", entre los que no se encuentran los delitos de estafa y falsedad documental por los que se había condenado al acusado. Con base en ello, y en cumplimiento del principio de legalidad, estimó el recurso, revocando la disolución acordada.

#### ***4. La adopción de las consecuencias accesorias como medidas cautelares***

En las resoluciones que acuerdan -o revocan- la adopción cautelar de consecuencias accesorias se pone de manifiesto una excepcional prudencia<sup>11</sup>. Esta se deriva ante todo de la especial exigencia de proporcionalidad que los tribunales asocian a la gravedad de sus efectos. Pero también se advierte aquí la inseguridad derivada de la parquedad de la regulación legal. Es ejemplar a estos efectos el AAP León, Penal Sec. 2<sup>a</sup>, 3.6.2004 (180146). En el caso, el Juez de Instrucción había denegado la medida cautelar solicitada, consistente en ordenar la clausura temporal del establecimiento (una fábrica de ataúdes) a cuyo responsable se le imputaba la comisión de un delito contra el medio ambiente. Recurrida dicha resolución, la Sala subrayó que "el examen de la procedencia de la medida cautelar tan insistentemente peticionada debe realizarse desde la perspectiva de la proporcionalidad de la misma en relación con los hechos objeto de imputación y con los perjuicios que se traten de evitar, y partiendo siempre de la base de que, como privativa de derechos que es, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, máxime si, como en este caso ocurre, se pide para durante la instrucción de la causa y sin el respaldo por tanto de una sentencia de condena en la que se haya entrado a enjuiciar de un modo plenario las conductas objeto de concreta acusación". Lo que le condujo a confirmar la resolución del instructor, denegando la adopción de la medida de clausura temporal<sup>12</sup>. La solución inversa fue la adoptada, en cambio, en el AAP Castellón, Penal Sec. 1<sup>a</sup>, 28.12.2004 (Ar. 754), que confirmó el auto del Juzgado de instrucción en el que se decretaba la paralización provisional de los trabajos

<sup>11</sup> En el ámbito de los delitos de terrorismo ello es algo más discutible. Confróntese con el AAN, Penal Sec. 1<sup>a</sup>, 7.10.2002 (623), en el que se trataba de la procedencia del acuerdo de clausurar por un período de tres años, con carácter prorrogable hasta cinco años si así se decidiera, "las sedes, locales, establecimientos y cualesquiera otros centros de los que dispusiere o utilizare, directa o indirectamente y con independencia del lugar donde se hallen, como entidad o través de sus miembros, de Herri Batasuna-Euskal Herritarrok-Batasuna". Dejando de lado otros aspectos más específicos del caso, resulta interesante que en esta resolución se indique que, si bien es cierto que la imposición de las consecuencias accesorias exige la condena de personas individuales (así, en particular, STS, 2<sup>a</sup>, 28.9.1996 (Ar. 7562), "puede ocurrir que, en el curso de la instrucción, queden antes evidenciadas las actividades delictivas en el seno y en el objeto real de la organización que, corrido el velo, permita perfilar nítidamente los indicios racionales de criminalidad en personas individuales; de manera que una demora en la aplicación del art. 129 CP bajo el pretexto de aquél desfase pudiera dar al traste con la función de las cautelas: prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de ésta". Con esta argumentación procede a la adopción de la consecuencia accesoria como medida cautelar sin haber individualizado a persona o personas concretas como presuntos responsables de hechos delictivos concretos.

<sup>12</sup> Confróntese con la también revocación de una medida cautelar de paralización de unas obras públicas por parte del AAP Las Palmas, Penal Sec. 1<sup>a</sup>, 27.7.2000 (Ar. 2930).

de desbroce, excavaciones y movimientos de tierra y voladuras en la zona afectada por la declaración de impacto ambiental relativa a la construcción del futuro aeropuerto de Castellón. Dicha paralización había sido recurrida por vulneración del requisito de audiencia así como por infracción del principio de proporcionalidad en la adopción de la consecuencia accesoria como medida cautelar. La Sala, sin embargo, replicó a lo primero sosteniendo una interpretación flexible del concepto "audiencia" que no tendría por qué consistir en una comparecencia en el Juzgado, sino que vería satisfechas sus exigencias garantistas con un simple traslado de la petición o solicitud de la medida y posibilidad de alegar de los entes sociales -a través de sus representantes legales-, evitando que se generara indefensión a los afectados por una medida cautelar que, de otro modo, resultaría efectivamente sorpresiva. En cuanto al segundo argumento del recurso, éste se concretaba en que la medida era desproporcionada por innecesaria puesto que se habían consensuado con la Administración autonómica los términos de armonización de las obras con las exigencias de protección de ciertos nidos que existían en la zona, que, además, habían sido ya abandonados por los polluelos. La réplica de la Sala resulta sorprendente: se argumentó, en efecto, que "aquel acuerdo con la Conselleria es de julio de 2004 y el abandono del nido de los polluelos es posterior a esta fecha, mientras que la medida cautelar de paralización de los trabajos es de mayo de 2004, de modo que cuando se adoptó la misma ni existía aquel acuerdo ni los polluelos habían abandonado los nidos". Pero con tales razones parece que debería acordarse precisamente la revocación de la medida por haber devenido ésta innecesaria.

También en otros ámbitos se observa cómo la tendencia a una aplicación restrictiva -presente en la primera de las resoluciones antes comentadas y, a mi juicio, indebidamente ausente en la segunda- es ampliamente predominante a la hora de decidir sobre la imposición de las consecuencias accesorias como medidas cautelares. Este el caso del AAP Soria, 1ª, 22.3.2004 (JUR 2004\146153). El Juez de Instrucción había acordado la medida cautelar de "clausura temporal durante la tramitación de la causa, y en todo caso por un plazo máximo de dos años, si en este periodo no hubiera recaído sentencia" de tres establecimientos, con base en la remisión que los arts. 194 y 318 efectúan al 129 CP. Impugnada aquella resolución, la Sala se expresó en términos que, por su reiteración en otras resoluciones judiciales, parecen haberse convertido en una cláusula de estilo: "El examen de la procedencia de las medidas acordadas debe realizarse desde el punto de vista de la proporcionalidad de las mismas en relación con los hechos que son objeto de imputación, y con los perjuicios que se tratan de evitar con aquéllas, teniendo en cuenta que toda medida limitativa de derechos, máxime en la fase de instrucción, debe ser objeto de interpretación restrictiva". Añadiéndose que "desde el juicio de proporcionalidad apuntado anteriormente, debemos considerar que, por un lado, la medida deberá ser adecuada para superar una concreta situación de peligro, y estrictamente necesaria para asegurar la consecución de la finalidad prevista en la ley, esto es, impedir la continuidad de la actuación delictiva y de sus efectos. Y por otro lado, y teniendo en cuenta que es una medida cautelar que se adopta en fase de instrucción, convenimos que la intervención habrá de ser la mínima posible en los derechos de los particulares y, por esta razón, deberán elegirse siempre las medidas menos graves frente a las más graves cuando aquéllas resulten suficientes para la realización del fin". Ello le llevó a confirmar la resolución en cuanto a uno de los establecimientos, pero no en cuanto a los dos restantes.

En la adopción de las consecuencias accesorias como medidas cautelares, además de la especial exigencia de necesidad y proporcionalidad en el momento de su adopción, rigen estos principios como rectores de la permanente revisión de su adecuación. Ello, que se expresa en el AAN, Penal Sec. 4<sup>a</sup>, 12.1.1999 (Ar. 762) y en el AAN, Penal Sec. 4<sup>a</sup>, 26.7.1999 (Ar. 2608), relativos al caso del diario Egin, se acoge en otras resoluciones de modo explícito. Así, en el AAP Barcelona, Penal Sec. 3<sup>a</sup>, 25.4.2000 (Ar. 1342). En éste, y en el marco de unas diligencias por delito contra la propiedad industrial, se trataba de revisar la resolución dictada por el Juez de Instrucción en la que se había acordado la suspensión de actividades de una sociedad mercantil así como la clausura de sus locales o establecimientos (con apoyo en la remisión del art. 288 al art. 129 CP). Recurrida en queja dicha resolución, la Sala la revocó con el argumento de que los perjuicios de la continuidad de la empresa del querellado para el querellante eran reparables, mientras que los derivados de la clausura temporal “con el correspondiente coste social” resultaban irreparables. Por su parte, el AAP Barcelona, Penal Sec. 6<sup>a</sup>, 25.10.2001 (JUR 2001\39737) estimó el recurso de queja interpuesto contra la resolución de imposición cautelar de la consecuencia accesoria de intervención judicial de una sociedad, pues esta consecuencia accesoria no admite en el art. 129 CP su imposición cautelar por el Juez de Instrucción, sino sólo en sede de sentencia. Este Auto rechazó la cobertura que podría proporcionar al respecto el Decreto Ley 18/1969 de 20 de octubre, sobre administración judicial en caso de embargo de empresas (BOE nº 252, de 21.10.1969)<sup>13</sup>, al observar que había sido expresamente derogado por la disposición derogatoria única (apartado 17º) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8.1.2000). Finalmente, el AAP Barcelona, Penal Sec. 6<sup>a</sup>, 16.9.2004, acordó la revocación de la medida cautelar de clausura de establecimiento por un período de un año, sin perjuicio de ulteriores prórrogas, acordada por el Juez de Instrucción. Dicha medida fue revocada por vulneración del principio de proporcionalidad, al apreciarse la falta de elementos indicativos suficientes de los delitos contra la libertad sexual supuestamente cometidos. Pero a ello se añadió que ni siquiera quien ejercía en el proceso la acusación pública había deducido petición alguna encaminada a adoptar la medida cautelar del artículo 129.1 CP, sino que, por el contrario, ésta se estableció de oficio, con oposición expresa y formal del Ministerio Fiscal. A juicio de la Sala, “la adopción de una medida cautelar de la naturaleza de la aquí combatida, aun cuando nada se establezca al respecto en la ley procesal, parece razonable que sea adoptada a petición rogada de alguna de las partes personadas como acusación procesal, pues sólo a ellas va a corresponder instar en su día la imposición de una consecuencia accesoria a la pena que lleve aparejados efectos análogos a los inherentes a la medida adoptada cautelarmente”.

## 5. Hipótesis sobre las causas del fenómeno de la práctica inaplicación de las consecuencias accesorias

Las referencias anteriores no son, seguramente, exhaustivas. Pero sí han tratado de serlo en la medida de lo posible. Y si la realidad no dista mucho del número y contenido de resoluciones

<sup>13</sup> Este había sido el precepto sobre el que se sustentó la imposición cautelar de la administración judicial del Club Atlético de Madrid: confróntese con AAN, Penal, Sec. 2<sup>a</sup>, 7.4.2000 (Ar. 1358).

expuestas, la conclusión no puede ser sino que las consecuencias accesorias deben considerarse casi inexistentes en nuestro sistema judicial penal. Sobre cuáles sean las causas de su práctica inaplicación es posible esbozar algunas hipótesis. De hecho, cabe que en realidad sea una combinación de causas la que explique este fenómeno. Así, por un lado, es bastante evidente que la cultura de los jueces penales españoles que se hallan en activo se ha conformado sobre la idea de que las sanciones se imponen a las personas físicas y sólo a propósito de la responsabilidad civil derivada de delito se plantea la "intervención" de la persona jurídica en el hecho delictivo. Ciertamente, parece que el legislador pretendió, sobre todo a partir de 1995, pero en realidad ya antes, producir un cambio cultural en este punto. Pero, de ser así, debe convenirse que era (y es) bastante ingenuo pensar que un cambio cultural así podía producirse sobre la menguada base de un artículo -en realidad, algunos más- del Código penal. En realidad, la capacidad de las leyes para producir cambios en la cultura jurídica de quienes han de aplicarlas debe considerarse limitada, a corto y medio plazo. Pero la incapacidad resulta manifiesta cuando, además, sucede que el legislador parece pretender que la "ley" que haya de provocar un cambio cultural de dimensiones históricas sea un mero artículo del Código penal, de redacción imperfecta y escueta en cuanto a sus presupuestos<sup>14</sup>.

En efecto, en nuestro sistema procesal penal no existe hasta el momento disposición alguna sobre cuál haya de ser exactamente el papel de las personas jurídicas a las que se pretende imponer una consecuencia accesoria<sup>15</sup>. Ello ha dado pie a que unos entiendan que les corresponde ostentar la posición de imputado, con los derechos fundamentales que a ésta son inherentes, mientras que otros reconducen su papel al mismo que tienen las personas jurídicas civilmente responsables. Pues bien, una ley que obvia la dimensión procesal de la imposición de consecuencias

<sup>14</sup> Con todas las críticas que se puede hacer a ambas regulaciones, algo más precisos en cuanto a los presupuestos materiales de la atribución de responsabilidad son, por ejemplo, el Corpus Iuris y el Convenio Europeo sobre Cibercriminalidad. El art. 14 del Corpus Iuris de normas para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (versión de 1997) indicaba: "1. Serán asimismo responsables de los delitos previstos en los artículos 1 a 8 las empresas que posean personalidad jurídica, así como aquellas que posean la cualidad de sujetos de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando el delito se realice por un órgano, representante o cualquier persona que actúe en nombre de la entidad o que tenga poder de decisión, de hecho o de derecho. 2. La responsabilidad penal de las entidades no excluye la de las personas físicas, a título de autores, inductores o cómplices de los hechos imputados".

Por su parte, el art. 12 del Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001) señala: "1. Los Estados parte deberán adoptar las medidas legislativas o de otro género que fueren necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones establecidas en aplicación de este Convenio, siempre y cuando sean cometidas en su beneficio por una persona física, ya actúe ésta individualmente, ya como miembro de uno de sus órganos, ejerciendo un poder de dirección en el seno de la persona jurídica, fundado:

a) sobre un poder de representación de la persona jurídica;  
 b) sobre una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica;  
 c) sobre una autoridad para ejercer el control en el seno de la persona jurídica.

2. Al margen de los casos ya previstos en el apartado 1 del presente artículo, cada una de las Partes adoptará las medidas que se muestren necesarias para asegurarse de que una persona jurídica pueda ser considerada responsable en la medida en que la ausencia de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible la comisión de las infracciones establecidas en aplicación del presente Convenio en beneficio de la referida persona jurídica por una persona física sometida a su autoridad.

3. Según los principios jurídicos de cada Parte, la responsabilidad de una persona jurídica podrá ser penal, civil o administrativa.

4. Esta responsabilidad se establece sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido la infracción."

<sup>15</sup> Confróntese con ECHARRI (2003, págs. 215 y ss.).

“sancionatorias” a las personas jurídicas en la jurisdicción penal no puede, desde luego, producir un cambio cultural como el supuestamente pretendido. Ello con independencia del problema de si cabe o no abordar en el mismo proceso penal que enjuicie la responsabilidad de las personas físicas los presupuestos de la atribución de consecuencias accesorias a las personas jurídicas.

Además, el art. 129 CP renuncia a guiar de algún modo los juicios materiales de imputación de “responsabilidad” a las personas jurídicas que han de llevar a cabo los jueces para imponer las consecuencias accesorias<sup>16</sup>. El esfuerzo doctrinal -innegablemente realizado- resulta en este punto insuficiente. Sin necesidad de entrar en la variedad de ofertas existentes en cuanto a principios y reglas de imputación que podrían operar en esta materia, baste aludir a los siempre complejos canales de comunicación entre academia y práctica forense. Unos canales que en cuestiones novedosas se hacen especialmente tortuosos.

Pero lo anterior no es todo. A ello debe añadirse que las consecuencias accesorias son, en general, muy graves para la actividad socio-económica, afectando, de hecho, a una amplia pluralidad de personas<sup>17</sup>. Lo que abona que su aplicación deba ser prudentemente excepcional. Los tribunales han hecho de esta observación una regla de conducta. Una regla que han llevado a su máximo exponente a propósito de la posibilidad de que algunas de las consecuencias accesorias se adopten como medidas cautelares por parte de los jueces de instrucción.

En fin, la ejecución de las consecuencias accesorias tiene importantísimas repercusiones mercantiles y laborales, en absoluto abordadas por estos sectores del ordenamiento, lo que genera una serie de dificultades que no pueden dejar de ser consideradas por los jueces penales al decidir sobre si acuerdan o no su imposición. La regulación del modo de ejecución de las consecuencias accesorias mediante la correspondiente norma específica, así como la preparación de profesionales capaces de auxiliar a los órganos jurisdiccionales penales parecen, pues, presupuestos ineludibles de la real aplicación del art. 129 CP<sup>18</sup>.

Expresado en resumen: la regulación legal española de las consecuencias accesorias resulta absolutamente deficiente. El contenido de éstas, excesivamente grave. Si se considera que su práctica inaplicación es un mal, en ningún caso cabría responsabilizar de ello al estamento judicial.

## 6. *Balance*

Ahora bien, a mi entender sería precisamente erróneo extraer de lo anterior la idea de que la práctica inaplicación de las consecuencias accesorias sea un mal. Es cierto, como indicábamos al inicio, que la doctrina dominante ha venido sosteniendo la ineludible necesidad político-criminal de la regulación de consecuencias jurídico-penales aplicables a las personas jurídicas para hacer

<sup>16</sup> Confróntese con un sumario de críticas a la regulación del art. 129 CP, con amplias referencias doctrinales, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (2002, pp. 113 y ss., 1141 y ss.).

<sup>17</sup> Confróntese con ECHARRI (2003, pp. 257-258).

<sup>18</sup> ECHARRI (2003, p. 276).

frente a la criminalidad de empresa. Pero quizá lo procedente fuera revisar precisamente esta tesis de que sin imponer sanciones a las empresas mismas no puede funcionar razonablemente bien el Derecho penal de la empresa. O, al menos, matizar que el Derecho penal de la empresa<sup>19</sup> no requiere, para su buen funcionamiento, que las sanciones que se impongan a las empresas resulten tan graves como las que prevé el art. 129 CP<sup>20</sup>. Sea como fuere, parece que entre la ausencia de cualquier consecuencia jurídica aplicable a las empresas en el marco del proceso penal y las consecuencias accesorias del art. 129 CP hay espacio teórico para sanciones de menor gravedad. Buena parte de las medidas de control externo de las empresas que en su día propusiera el Consejo de Europa, de contenido comunicativo, podrían ser muy útiles para la mayoría de los casos. Quizá, en realidad, para todos aquellos en los que no se trate de “criminalidad organizada”. Por ello, no debería excluirse la posibilidad de andar por ese camino en lugar de por el abierto, más bien con poca fortuna, por el art. 129 CP<sup>21</sup>. Diversas consecuencias de índole simbólico-comunicativa, pero de indudable efecto preventivo, por su importante efecto sobre la reputación de la empresa, parecen opciones dignas de tenerse en cuenta.

En tanto en cuanto no tenga lugar una reflexión serena sobre este punto, no debería procederse a una profundización de la vía abierta en el art. 129 CP. En este sentido, creo que cabe poner en cuestión las afirmaciones efectuadas por el Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, al hacer un elenco de las reformas penales necesarias en la actual legislatura. El alto funcionario alude ciertamente a la cuestión de la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas que, reclamada desde diversas instancias internacionales, a su juicio no estaría garantizada en los términos del vigente art. 129 CP. Pero la solución que anticipa no es sino la ampliación del alcance del art. 129 CP a todos los delitos de la Parte Especial así como la necesidad de reelaborar los contenidos sustantivos y procesales del Derecho penal tradicional para construir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>22</sup>. A la vista de lo señalado hasta aquí no es seguro que así se esté aportando una solución; más bien resulta probable que únicamente se estén creando más problemas.

## 7. Tabla de jurisprudencia citada

### *Tribunal Supremo*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STS, 2 <sup>a</sup> , 28.9.1996	7562	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2 <sup>a</sup> , 11.2.2003	1083	Enrique Abad Fernández
STS, 2 <sup>a</sup> , 24.2.2003	950	Carlos Granados Pérez

<sup>19</sup> Que, obviamente, no es todo él un “Derecho de la criminalidad organizada” o “de la empresa criminal”.

<sup>20</sup> Confróntese con SILVA *et al.* (2001, pp. 353-354).

<sup>21</sup> ECHARRI (2003, p. 259).

<sup>22</sup> VILLAMERIEL (2005, pp. 1 y ss., 6 y ss.).

### *Audiencia Nacional*

<i>Audiencia, Sección y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado ponente</i>
AAN, 4 <sup>a</sup> , 12.1.1999	762	Carlos Cezón González
AAN, 4 <sup>a</sup> , 26.7.1999	2608	Juan José López Ortega
AAN, 2 <sup>a</sup> , 7.4.2000	1358	José Ricardo de Prada Solaesa
AAN, 1 <sup>a</sup> , 7.10.2002	623	Siro Francisco García Pérez

### *Audiencias Provinciales*

<i>Audiencia, Sección y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado ponente</i>
AAP Barcelona, 3 <sup>a</sup> , 25.4.2000	1342	Roser Bach Fábrego
SAP Palencia, Única, 9.11.2000	2659	Mauricio Bugidos San José
AAP Huesca, 22.11.1999	--	--
SAP Barcelona, 5 <sup>a</sup> , 1.2.2000	1100	Joan Francesc Uría Martínez
SAP Barcelona, 10 <sup>a</sup> , 19.3.2000	--	--
SAP Cáceres, 2 <sup>a</sup> , 6.3.2000	162740	Pedro Vicente Cano Maillo Rey
SAP La Coruña, 5 <sup>a</sup> , 2.5.2000	2256	Antonio Rubín Martín
SAP Las Palmas, 1 <sup>a</sup> , 27.7.2000	2930	--
SAP Salamanca, Única, 12.3.2001	418	Ramón González Clavijo
SAP Barcelona, 6 <sup>a</sup> , 25.10.2001	39737	Clara Eugenia Bayarri García
SAP Castellón, 2 <sup>a</sup> , 12.11.2001	23493	José Luis Antón Blanco
SAP Madrid, 23 <sup>a</sup> , 30.4.2002	207007	--
SAP Navarra, 3 <sup>a</sup> , 19.11.2003	108947	Juan Manuel Fernández Martínez
SAP Cáceres, 1 <sup>a</sup> , 25.2.2004	83724	Salvador Castañeda Bocanegra
AAP Soria, 1 <sup>a</sup> , 22.3.2004	146153	Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate
AAP de León, 2 <sup>a</sup> , 3.6.2004	180146	Alberto Francisco Alvarez Rodríguez
SAP Segovia, 1 <sup>a</sup> , 18.6.2004	280542	Andrés Palomo del Arco
SAP Barcelona, 6 <sup>a</sup> , 16.9.2004	--	--
SAP Asturias, 8 <sup>a</sup> , 21.10.2004	31339	Bernardo Donapetry Camacho
SAP Castellón, 1 <sup>a</sup> , 28.12.2004	754	--

### *Juzgado Central de Instrucción*

<i>Audiencia, Sección y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado ponente</i>
AJCI nº 5, 23.8.2002	--	

#### ***8. Bibliografía***

Fermín Javier ECHARRI CASI (2003), *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona.

Fernando de la FUENTE HONRUBIA (2004), *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, Lex Nova, Valladolid.

María Jesús GUARDIOLA LAGO (2004), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código penal*, Tirant lo Blanc, Valencia.

Santiago MIR PUIG (2004), "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, núm. 06, pp. 1 y ss.

Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (2002), "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 Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ *et al.* (2001), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal", *Derecho penal económico*, CGPJ, Madrid.

Josep Maria TAMARIT SUMALLA (2002), "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*, Tecnos, Madrid.

Luis P. VILLAMERIEL PRESENCIO (2005), "Derecho penal: algunas reformas actuales en la actual legislatura", *Diario La Ley*, nº 6314, pp. 1-5.

Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2003), *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2<sup>a</sup> ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona.