

Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, en especial en los delitos de fraude alimentario *

SARA AGUADO LÓPEZ

Prof. Asociada de Derecho Penal de la Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal por el producto y, en especial, los delitos de fraude alimentario, son un claro exponente del nuevo derecho penal de la llamada «sociedad de riesgo», pues también en este ámbito se cuestiona la idoneidad de los instrumentos tradicionales del derecho penal clásico (principios penales y procesales, categorías dogmáticas como las penas o consecuencias jurídicas, etc.), para hacer frente a los nuevos riesgos que genera la sociedad para la salud pública o a las nuevas formas de atacar ese bien jurídico. En la responsabilidad penal por productos defectuosos, y en los delitos de fraude alimentario, aparecen prácticamente casi todas las características más relevantes de esta nueva forma de delincuencia.

Desde un punto de vista criminológico, son delitos que podrían encuadrarse dentro de la criminalidad de empresa o criminalidad económica, porque la gran mayoría de las veces se realizan en el seno de

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D titulado «Responsabilidad penal por la comercialización y consumo de productos defectuosos. Especial referencia a los delitos contra la salud pública: fraudes alimentarios nocivos», financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Ref. BJU 2001-2873 y cofinanciado con fondos FEDER.

una empresa, pues éstas intervienen de forma decisiva en la elaboración, transformación, distribución o venta de alimentos. Aunque estas empresas pueden ser de distinto nivel, cada vez con más frecuencia intervienen en el mercado organizaciones complejas (multinacionales), basadas en la división del trabajo y en la participación de un número elevado de personas. Estas empresas suelen gozar de personalidad jurídica distinta de los sujetos que las forman, cosa que puede provocar problemas para determinar la responsabilidad penal porque la propia organización compleja de la sociedad puede dificultar e incluso impedir la identificación del sujeto responsable, o bien porque para eludir responsabilidades se utilizan «hombres paja» fácilmente sustituibles por otros.

Siguiendo con el enfoque criminológico, los delitos de fraude alimentario son normalmente delitos de «cuello blanco» (1), pues los responsables de los mismos son empresarios que desarrollan su actividad con el fin de obtener una ganancia (ánimo de lucro), gozan de una buena posición económica y de una buena consideración social, ya que realizan actividades autorizadas (como la producción de alimentos).

Por otra parte, el derecho penal responde frente a esos riesgos con delitos de peligro, muchas veces de peligro abstracto, para proteger la salud pública (bien jurídico de carácter colectivo y difuso, ya que los fraudes alimentarios suelen afectar a un número indeterminado de personas). En relación con las consecuencias jurídicas, el derecho penal trata de combatir y prevenir los fraudes alimentarios con consecuencias eficaces, aunque, a veces, lo haga a costa de sacrificar principios penales. En este sentido, como estos delitos suelen cometerse a través de personas jurídicas, destaca la tendencia progresiva en los ordenamientos jurídicos europeos a favor de exigir, junto con la responsabilidad de la persona física, la responsabilidad de la propia empresa o persona jurídica, aplicándole verdaderas penas, o, como sucede en nuestro Código Penal (CP), «consecuencias accesorias», cuya naturaleza jurídica es muy controvertida.

De todos estos problemas, en este trabajo sólo me voy a centrar en el análisis de las consecuencias jurídico-penales aplicables a los delitos de fraude alimentario (2). Para ello, habrá que ver con qué tipo de

(1) Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Problemas actuales de la criminología*, Madrid, 1984, p. 181.

(2) Además de las consecuencias jurídico-penales, la responsabilidad por el producto, y en especial los fraudes alimentarios, cuenta con una respuesta en el ámbito civil (Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos), y con una respuesta administrativa de ámbito estatal

consecuencias responde nuestro ordenamiento jurídico. En el Código Penal vigente, las consecuencias jurídicas previstas para los delitos de fraude alimentario se pueden agrupar de la siguiente manera:

1) Penas principales: pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años para las conductas de ofrecer en el mercado, alterar con aditivos, administrar a animales sustancias no permitidas, despachar etc. (arts. 363 y 364). En el artículo 364 se agrava la pena de inhabilitación especial, de seis a diez años, si el reo es propietario o responsable de la producción de una fábrica de productos alimenticios. En el artículo 365 se castiga únicamente con una pena de prisión más elevada, de dos a seis años, la conducta de envenenar o adulterar aguas potables o sustancias alimenticias. En el artículo 367 se castiga la imprudencia en relación con los artículos anteriores con las penas inferiores en grado.

2) Penas accesorias: de acuerdo con el artículo 56 CP, la pena de prisión de hasta diez años lleva como accesoria la inhabilitación especial o suspensión durante el tiempo de la condena.

3) Consecuencias accesorias: el artículo 127 prevé con carácter general para todos los delitos dolosos el comiso de los instrumentos, efectos y ganancias del delito. Y el artículo 366 prevé la aplicación potestativa de una consecuencia accesoria del artículo 129: la clausura temporal hasta cinco años como máximo del establecimiento, fábrica, laboratorio o local, y en los supuestos de extrema gravedad, el cierre definitivo.

4) Responsabilidad civil derivada del delito: para las personas físicas responsables del delito el artículo 116 prevé una responsabilidad civil directa, y para las personas jurídicas el artículo 120.3 y 4 establece una responsabilidad subsidiaria.

En este trabajo me voy a ocupar del análisis de todas estas consecuencias jurídicas que derivan de la comisión de delitos de fraude alimentario, destacando especialmente, siempre que sea posible, su aplicación práctica por los tribunales españoles. El objetivo es averi-

(Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios; Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor), y de ámbito autonómico (en nuestro caso, la Ley de la Generalitat Valenciana 2/1987, de 9 de abril, del estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana, y el Decreto 132/1989, de 16 de agosto, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regulan las infracciones, procedimiento y sanciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios).

guar si estas consecuencias jurídicas son idóneas para satisfacer las necesidades político-criminales y dogmáticas que plantean estos delitos, o si existen otras consecuencias jurídicas más idóneas que no se recogen en el CP español, y que podrían proponerse *de lege ferenda*.

Frente a este tipo de delincuencia, el derecho penal debe combatir y prevenir los fraudes alimentarios con consecuencias jurídicas adecuadas y eficaces. La elección de las consecuencias jurídicas más idóneas vendrá condicionada por las peculiaridades que presentan los delitos de fraude alimentario, a las que he aludido anteriormente. Estas peculiaridades nos pueden obligar a buscar nuevas consecuencias jurídicas para poder castigar y prevenir de forma eficaz este tipo de delincuencia. Sin embargo, esto no puede cuestionar la aplicación de los principios generales del derecho penal válidos para el resto de delincuencia tradicional, ni justifica un régimen punitivo distinto que sea discriminatorio. Por lo tanto, la consecuencia jurídica ha de ser adecuada a la infracción; en este caso, a las características de los delitos de fraude alimentario. Y, por eso, puedo adelantar que descartaré sanciones que sean muy eficaces para combatir los fraudes alimentarios, pero que vulneren principios penales como el de proporcionalidad, subsidiariedad, o los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones.

Bajo estas premisas voy a pasar a analizar las consecuencias jurídicas aplicables a las personas físicas y a las empresas, con o sin personalidad jurídica.

II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES A LA PERSONA FÍSICA

En nuestro CP se recogen una serie de consecuencias jurídicas para las personas físicas responsables de un delito de fraude alimentario, ya actúen a través de una persona jurídica, o no, porque, como veremos más adelante, en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce, al menos de momento, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Las consecuencias jurídicas previstas en el CP son: la prisión, la multa, la inhabilitación profesional, el comiso y la responsabilidad civil. Junto con éstas, analizaremos otras que no están previstas para estos delitos, como la publicación de la sentencia, la pérdida de subvenciones, la prohibición de contratar con la Administración, los trabajos en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana. Aunque a estas dos últimas se puede llegar si se dan los presupuestos para aplicar la sustitución de la pena privativa de libertad del artículo 88 CP.

1. Penas privativas de libertad

1.1 PENA DE PRISIÓN

Como hemos visto, la pena de prisión aparece como pena principal, normalmente junto con la de multa e inhabilitación especial, en todos los delitos de fraude alimentario tipificados en el CP, tanto en su versión dolosa como imprudente.

Las características criminológicas que presentan estos delitos de fraude alimentario (delincuencia económica y de cuello blanco), aconsejan la utilización de la pena de prisión, pues en la mayoría de los casos el sujeto activo de estos delitos será empresario, fabricante, comerciante, ya que son las personas que normalmente participan en el mercado, aunque no todos los delitos de fraude alimentario se configuren como delitos especiales (3). La pena de prisión, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, es la pena más adecuada para la delincuencia económica en general y, en concreto, para la responsabilidad por el producto y los fraudes alimentarios desde el punto de vista de la prevención general, especial y el principio de proporcionalidad.

La pena de prisión es la que mejor cumple con la necesidad de prevención general porque es la que más intimida a los ciudadanos, más aún si éstos ocupan una buena posición social y económica. La amenaza de una pena de prisión es muy eficaz para luchar contra este tipo de delincuencia por el especial temor al desprestigio social que implica el ingreso en prisión, con la consiguiente pérdida de confianza del mercado (4).

La pena de prisión, aunque presenta inconvenientes, de sobra conocidos, para cumplir una de las finalidades de la prevención especial, es decir, la reinserción social prevista en el artículo 25.2 CE, se considera adecuada para los delitos de cuello blanco, como los fraudes alimentarios, porque el tipo de delincuente que comete estos delitos no necesita resocializarse por la posición que ocupa en la sociedad (5).

Sin embargo, creo que este último razonamiento debe matizarse, pues no es del todo correcto. Pienso, de acuerdo con García Pablos, que no pueden confundirse algunas de las características que presentan los

(3) Vid. BOIX REIG, J., *Derecho penal. Parte especial* (junto con VIVES ANTÓN, T. S. y otros), Valencia, 1999, pp. 676, 677 y 680.

(4) Vid. TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985, p. 162. BUENO ARÚS, F., «Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores», en *Actualidad Penal*, núm. 6, 1989, p. 272. TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 59.

(5) Vid. TIEDEMANN, ob. cit., p. 163.

delincuentes de «cuello blanco» (inteligencia, cultura, buenos modales, buena posición social) con socialización (6). La resocialización a la que se refiere el artículo 25.2 CE significa que se respetan los valores constitucionales, cosa que no se hace cuando se ataca a la salud pública, bien jurídico de reconocimiento constitucional en el artículo 43. Por lo tanto, si bien no nos encontramos ante un delincuente marginal al que le falta por completo la socialización, pues mantiene vínculos con la sociedad (familiar, laboral, relaciones de amistad), sí que necesita una cierta resocialización en aquellos valores de nuestro ordenamiento jurídico que no ha respetado al cometer el delito. Otra cosa es que la idea de resocialización esté en crisis y que en la práctica la prisión desocializa. Pero no hay que olvidar que la resocialización no es el único fin constitucional de la prevención especial, pues con ella también se persigue la intimidación y la inculcación del delincuente.

La pena de prisión es de las más adecuadas para cumplir con el principio de proporcionalidad de las penas (que es una exigencia constitucional de un Estado democrático y de derecho), pues su duración temporal permite ajustarse a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor. Pero eso no quiere decir que el legislador siempre se ajuste a las exigencias de este principio. Así, ya se ha denunciado que las penas de los delitos de fraude alimentario tipificados en el CP, que se castigan con penas graves (art. 33 CP), no son muy respetuosas con el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, se castiga con la misma pena de prisión, de uno a cuatro años, conductas que representan distinta gravedad para el bien jurídico salud pública: se castiga con la misma pena la conducta del artículo 363, que es de peligro concreto, que la conducta del artículo 364.4, que es de peligro abstracto («despachar al consumo público carnes o productos animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos») (7).

Dentro de la pena de prisión, la mayoría de la doctrina ha venido aceptando incluso la pena corta de prisión (de seis meses) (8), como

(6) Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Problemas actuales de la...*, cit., p. 201.

(7) Vid. DOVAL PAIS, A., «La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992», en *PJ*, núm. 28, 1992, p. 169. En contra de la mayor gravedad de la pena del artículo 365, vid. PÉREZ ÁLVAREZ, F., «La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992», en *ADPCP*, 1993, p. 1089. Aunque estos autores se refieren al PCP del 92, las penas y las conductas se corresponderían con los artículos citados del CP del 95.

(8) En la doctrina se suele considerar que la pena de prisión es corta si es de seis meses. Por debajo de seis meses se cubre con otras penas (arresto fin de semana, multa). Este criterio lo recoge el CP del 95. Pero la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que tiene prevista su entrada en vigor en octubre de 2004, reduce la pena de prisión a tres meses.

pena idónea para la lucha contra la delincuencia económica porque intimida más que otras penas (multa o inhabilitación) y porque este tipo de delincuente no necesita resocialización, o no necesita tanta resocialización como el resto de delincuentes. Como es sabido, la pena corta de prisión se rechaza en general, excepto para la delincuencia económica (9), porque se considera que es imposible resocializarse en un período de tiempo tan corto, y porque desocializa, ya que para su cumplimiento obliga a romper con los vínculos sociales. Además, de acuerdo con Mir Puig, puede resultar demasiado gravosa en proporción a la escasa gravedad de las infracciones penales para las que se prevén (10).

En mi opinión, la pena corta de prisión puede servir para luchar contra este tipo de delincuencia por razones de prevención general y especial. Desde el punto de vista de la prevención general, está claro que intimida más que el resto de penas; y desde el punto de vista de la prevención especial, el riesgo de desocialización en estos casos no es tan alto como se le achaca, pues el delincuente cuenta con más posibilidades de reinserción social que otro tipo de delincuentes marginados (11). Pero, la cosa no está tan clara en relación con el principio de proporcionalidad. Como toda pena ha de respetar el principio de proporcionalidad, y es precisamente en este punto donde la pena corta de prisión suscita más problemas, ya que una pena de prisión, aunque sea de corta duración, puede resultar demasiado gravosa para castigar infracciones penales no demasiado graves. Por lo tanto, debido a este inconveniente su utilización deberá restringirse a los casos absolutamente necesarios.

Por si no fuera poco con esto, algunos de los partidarios de la pena corta de prisión aún van más allá, proponiendo que dicha pena

(9) A favor de la pena corta de prisión, *vid.*, entre otros, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., p. 163. TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la...*, cit., p. 59, etc. Pero también hay algunos autores que no son partidarios de las penas cortas de prisión para la delincuencia económica, como Paredes Castañón que las rechaza para la responsabilidad penal por el producto, o que, como Lascuráin Sánchez, es partidario de restringir las penas cortas de prisión al máximo en los delitos contra la seguridad en el trabajo porque pueden desocializar, *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *Derecho penal de la empresa* (dirigido por Corcoy Bidasolo, M.), Pamplona, 2002, p. 430. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pp. 425 y 426.

(10) *Vid.* MIR PUIG, S., «Alternativas a la prisión en el nuevo Código Penal», en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Universidad del País Vasco, 1996, p. 58.

(11) *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R. de, «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», en *Actualidad Penal*, núm. 6, 1997, p. 116.

se cumpla sin posibilidad de aplicar la suspensión de la pena ni demás beneficios penitenciarios (12). Como ya decía González Rus «en los delincuentes económicos concurren casi siempre los requisitos que precisa la estimación de los beneficios legales sustitutivos de las mismas» (13), porque normalmente estos delincuentes no suelen ser reincidentes sino que, por el contrario, delinquen por primera vez y porque las penas de prisión previstas en el CP no suelen ser muy altas.

Sin embargo, esta excepción que se propone para la delincuencia económica me parece criticable. Como he dicho anteriormente, para este tipo de delincuencia se deben aplicar las reglas generales del derecho penal, y sólo se pueden hacer excepciones si están justificadas y no vulneran principios penales. La prohibición de suspender la pena para estos casos sería, en mi opinión, discriminatoria (14), contraria al principio de igualdad (art. 14 CE) y al derecho a la reinserción social (art. 25.2 CE), pues la finalidad de esta institución, es decir, de la suspensión de la pena, es favorecer la resocialización y evitar la desocialización que puede producir una pena corta de prisión.

Ahora bien, esto no quiere decir que se aplique automáticamente la suspensión de la pena en todos los casos en los que se cumplen los requisitos formales previstos en el artículo 81 CP [haber delinquido por primera vez, que la pena impuesta no sea superior a dos años (15) y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles (16)] como han venido haciendo nuestros tribunales, cosa que ha contribuido al desprestigio de esta medida. Por el contrario, la suspensión de la pena no debe hacerse automáticamente, sino que debe ser una decisión moti-

(12) Tiedemann recuerda que en EE.UU. se recomienda la pena de prisión breve sin posibilidad de suspenderla condicionalmente como método del *short-sharp-shock* (electroshock), en *Poder económico y delito*, cit., p. 158. También, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 84. DE VICENTE MARTINEZ, «Las consecuencias jurídicas en...», cit., p. 109.

(13) Vid. GONZÁLEZ RUS, J. M., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986, p. 152.

(14) BUENO ARÚS, «Las sanciones penales en...», cit., pp. 272 y 273.

(15) Se critica que el límite para conceder la suspensión de la pena se haya elevado de uno a dos años, porque se hace prevalecer la prevención especial en detrimento de la prevención general, vid. CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español* (I), Madrid, 2004, p. 37.

(16) Aunque el requisito de la responsabilidad civil no es un elemento esencial de la reinserción, es un indicio más que ayuda a valorar el grado de reinserción del condenado y, además, es adecuado para la delincuencia económica en la que se actúa con ánimo de lucro.

vada por el juez, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto como exige el artículo 80 CP. Por lo tanto, aunque se cumplan los requisitos del artículo 81, el juez puede denegar la suspensión de la pena si cree fundadamente que el condenado puede volver a delinquir, pues en este caso será necesaria la pena de prisión. Y la debe conceder si no existen razones fundadas para creer que el delincuente puede volver a delinquir, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la igualdad y a la reinserción social.

Lo mismo podemos decir en relación con la sustitución de la pena y con los beneficios penitenciarios (tercer grado y libertad condicional). Tampoco su aplicación debe negarse radicalmente, sino que simplemente debe supeditarse al cumplimiento de los requisitos generales que exige el CP en el artículo 88 (sustitución de la pena), y en el artículo 90 (libertad condicional) o el artículo 72 LOGP (tercer grado). El artículo 90 y el artículo 72 LOGP han sido modificados por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que añade el requisito de que se haya satisfecho la responsabilidad civil en los casos artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria (delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico, delitos contra los derechos de los trabajadores, etc.), pero no se contemplan los delitos de fraude alimentario. Por lo tanto, el requisito de la responsabilidad civil no podrá exigirse para los fraudes alimentarios, a no ser que vayan acompañados de un delito de estafa, cosa que no será infrecuente en la práctica.

En relación con la aplicación práctica de esta pena, si observamos las SSTs y de AP sobre delitos de fraude alimentario, se puede ver como nuestros tribunales tratan de respetar el principio de proporcionalidad a la hora de individualizar la pena.

La SAP de Cuenca de 20 de enero de 2001 condena al gerente y administrador de una empresa que se dedicaba a la fabricación y comercialización de piensos compuestos para conejos, por el artículo 364.2.1 CP, porque utiliza para elaborarlos una sustancia no autorizada («Olaquinox»). Se aprecia, además, la agravante prevista en el artículo 364.1: «ser propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios», que sólo incrementa la pena de inhabilitación. En este supuesto, la AP aplica las penas en grado mínimo: un año de prisión, seis meses de multa, con una cuota diaria de 2.000 pesetas, e inhabilitación especial por seis años, a pesar de que el Fiscal pide una pena de dos años de prisión, diez meses de multa, con una cuota diaria de 3.000 pesetas, e inhabilitación especial durante siete años. La AP apoya su decisión de aplicar penas en grado mínimo en la ausencia de circunstancias modificativas de la responsa-

bilidad penal, en la falta de antecedentes penales y en la ausencia de peligro grave:

«Sobre este particular hay que hacer constar que los referidos preceptos establecen la imposición de una pena conjunta de uno a cuatro años de prisión, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial... de seis a diez años, por lo que en ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en aplicación de las prevenciones contenidas en el artículo 66.1 del Código Penal, esta Sala entiende prudencial imponer las referidas penas en sus límites mínimos, en atención a la ausencia de antecedentes penales en el acusado, al hecho de que el mismo viniera dedicándose desde hacía tiempo a la fabricación de piensos sin que con anterioridad hubiera sido objeto de alguna clase de sanción, así como la circunstancia de que la concentración de Olaquinox hallada en los piensos para conejos, con ser importante, no parece que fuera por sí misma suficiente para poner en peligro cierto la vida de los consumidores de las carnes de dicho animal o provocarles lesiones irreversibles» (F.J. 4.º).

En el mismo sentido, STS de 14 de septiembre de 2002, que confirma la anterior SAP de Cuenca, SAP de Cuenca de 8 de octubre de 1998; SSAP de La Rioja de 10 de octubre de 2001, de 19 de diciembre de 2001, y de 10 de enero de 2002; SAP de Murcia de 12 de septiembre de 2001; SAP de Madrid de 26 de diciembre de 2001; SAP de Toledo de 3 de septiembre de 2001, etc.

En la SAP de Toledo de 3 de enero de 2002, en la que se condena por el artículo 364.2.1: «administrar a los animales sustancias no autorizadas» (acetato de trembolona y estradiol), se rebaja la pena de prisión de tres a dos años porque el Tribunal considera que la pena está desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos y circunstancias del autor:

«la individualización de la pena al caso concreto permite, al no concurrir circunstancias agravantes ni atenuantes, recorrer en toda su extensión la pena, habiendo optado el juez *a quo* por aplicar el grado máximo de la misma, pero sin que haya sido debidamente motivado en los razonamientos jurídicos... y esta falta de motivación, unido a la carencia de circunstancias especiales a tener en cuenta, por el contrario consta en la causa que análisis posteriores dieron resultados negativos, conduce a la Sala a estimar proporcional a la gravedad del hecho y las circunstancias de los autores la pena en su grado mínimo, concretamente una duración de dos años» (F.J. 2.º).

Sin embargo, en un caso parecido a los anteriores, de similar gravedad, se aplica una pena más grave (prisión de tres años, multa de diez meses, e inhabilitación especial por cinco años), sin que el Tribunal justifique la diferencia de criterio. Me refiero a la SAP de Cantabria de 22 de abril de 2002, en la que se condena al administrador de una explotación ganadera por la conducta del artículo 364.2.1, es decir, por administrar a los animales clenbuterol.

Muy benevolente me parece la SAP de Tarragona de 7 de enero de 2000, que rebaja la pena en base a una serie de argumentos discutibles: el transcurso del tiempo y la no obstrucción a la justicia, a pesar de que el propio Tribunal considera que los acusados merecen un reproche penal superior, pues con su conducta de fabricar, distribuir, mezclar y comercializar clenbuterol sin autorización para el engorde del ganado han generado un peligro incontrolado:

«Así pues, si bien es cierto que debe tenerse en cuenta que la actividad de los acusados generó un riesgo para la salud pública totalmente incontrolado en base a un simple y reprochable ánimo de lucro, y que el señor C. es merecedor de un reproche penal superior al haber tenido una participación relativa a la organización, control y distribución del producto nocivo, debe tenerse en cuenta que los acusados no han tenido una actitud de obstrucción a la justicia o pasividad resistente, así como también debe tenerse en cuenta a nivel de individualización de la pena que nos hallamos frente a hechos acaecidos a finales de 1991 y 1992, en virtud de lo cual la Sala estima prudente una atemperación o matización de las penas impuestas» (F.J. 7.º).

En alguna sentencia en la que se aplica el delito de peligro concreto del artículo 363.1 CP, como, por ejemplo, la SAP de Cáceres de 22 de marzo de 2001, la pena de prisión se eleva a tres años por la venta de productos alimenticios caducados que provoca un peligro concreto para la salud de los consumidores. Y también en alguna otra sentencia, en la que, además del peligro, se produce un daño efectivo para la salud de los consumidores, el Tribunal aprecia una pena más grave, cosa que llama la atención porque los delitos de fraude alimentario son delitos de peligro y no exigen la causación de un daño (17). En este sentido, se puede ver la STS de 20 de enero de 2001, en la que, en aplicación del artículo 346 de CP del 73, la pena es de prisión de tres años y multa de 2.000.000 de pesetas para el administrador y gerente de una explotación ganadera por administrar clenbuterol:

«La determinación de la extensión de la pena privativa de libertad a imponer a los autores del delito apreciado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61.7 del Código Penal de 1973, vigente al ocurrir los hechos, y la gravedad notable del mal producido por el delito causando un grave riesgo a la salud pública, exige que la pena de privación de libertad se extienda a tres años de prisión menor y a 2.000.000 de pesetas la pena de multa» (F.J. 4.º).

En resumen, del análisis de estas Sentencias se puede decir que nuestros Tribunales, como regla general, actúan con bastante benevo-

(17) En una sentencia más antigua, AP de Madrid de 8 de junio de 1979, se pide incluso un indulto parcial (reducción de la pena de cuatro a dos años de prisión por el delito de peligro contra la salud pública del art. 346 del anterior CP), entre otras cosas porque no se produce ningún resultado dañoso para las personas.

lencia al aplicar estos delitos porque, como hemos visto, prácticamente nunca aprecian el límite máximo de la pena de prisión (cuatro años), sino que, por el contrario, acuden normalmente al límite mínimo de un año. Esta benevolencia de los Tribunales se puede extender también a la pena de multa e inhabilitación especial, pues forman parte de la pena conjunta o compuesta del delito de fraude alimentario más aplicado en estas sentencias, me refiero al artículo 364.2.1 CP. El argumento que utilizan con frecuencia para justificar la aplicación de una pena mínima: «que no existe un peligro cierto para la vida de los consumidores», no encaja bien con la defensa reiterada que los Tribunales hacen del delito del artículo 364.2.1 CP como un delito de peligro abstracto, o incluso hipotético o presunto, pues esta clase de peligro precisamente se caracteriza por no exigir un peligro cierto, real o concreto. Por otra parte, tampoco me parece correcto que se aplique una pena más elevada en los casos en los que, además del peligro, se produce un resultado de daño efectivo para la salud, pues la solución sería aplicar, según el caso, un concurso de normas o de delitos, ya que los delitos de fraude alimentario son de peligro, no de lesión.

1.2 OTRAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Nuestro CP no ha previsto para estos delitos ninguna otra clase de pena privativa de libertad, aparte de la prisión, como pena principal, ya que se tipifican como delitos graves. Otras penas privativas de libertad, como el arresto fin de semana, sólo se pueden aplicar en este caso como pena sustitutiva de la prisión cuando la condena no sea superior a 1 año y concurren las demás circunstancias del artículo 88 CP (18). El arresto de fin de semana se ha venido considerando como una pena idónea, para las infracciones menos graves en materia económica, desde el punto de vista de la prevención general, pues intimida más que la multa, y desde la prevención especial, porque evita la desocialización del delincuente (19).

De acuerdo con el artículo 88, el juez puede decidirse por la pena de prisión de un año o por la sustitución, pues la sustitución es potes-

(18) En la Ley Orgánica 15/2003, que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004, el arresto de fin de semana desaparece como pena principal y como pena sustitutiva por problemas de aplicación práctica. La nueva redacción del artículo 88 prevé como penas sustitutivas de la prisión la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad.

(19) GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de...*, cit., p. 373. DE VICENTE MARTINEZ, «Las consecuencias jurídicas en...», cit., pp. 123 y 124. PAREDES CASTAÑÓN, *Derecho penal de la...*, cit., pp. 430 y 431.

tativa. A su vez, si se inclina por la sustitución de la pena, el artículo 88 le permite optar por la pena de arresto de fin de semana o multa. Está claro que en los delitos de fraude alimentario debe inclinarse por el arresto de fin de semana porque intimida más que la pena de multa y evita que la pena se contabilice como gasto de la empresa o que se repercuta sobre terceros inocentes.

2. Penas pecuniarias o patrimoniales: la multa

La pena de multa aparece también como pena principal en los delitos de fraude alimentario, excepto en el artículo 365 que, como hemos visto antes, sólo se conmina con una pena de prisión de dos a seis años. La pena de multa prevista para estos delitos es de seis a doce meses (pena menos grave según el art. 33 CP), y se rige por el sistema días-multa, que es el que acoge mayoritariamente el CP del 95.

A pesar de que la pena de multa se utiliza cada vez más en el CP para sustituir la pena de prisión en los casos de criminalidad menos grave, no es una pena recomendada para la delincuencia económica y de cuello blanco cuando el empresario es una persona física (20) porque, desde el punto de vista de la prevención general, no intimida, ya que los empresarios, movidos por el ánimo de lucro, la pueden contabilizar como gasto. Incluso les puede salir más rentable infringir la norma y pagar la multa en relación con los beneficios que ello les puede reportar (cálculo costes-beneficios), y también pueden repercutir la multa sobre el precio final del producto a los consumidores (21).

La multa, en cambio, sí que es una sanción muy utilizada como sanción administrativa en los fraudes alimentarios. Así, la Ley 26/1984 en su artículo 36, la Ley 14/1986 en su artículo 35, el Real Decreto 1945/1983 en su artículo 10, etc. (22), establecen como sanción principal multas que pueden alcanzar una cuantía mayor que la prevista en el CP para los delitos de fraude alimentario. La sanción de multa se gradúa en función de la gravedad de la infracción (leve,

(20) En cambio, sí que se defiende la pena de multa como sanción dirigida a la empresa persona jurídica, *vid.* TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., pp. 168 a 170.

(21) *Vid.* BUENO ARÚS, «Las sanciones penales en...», cit., pp. 274 y 275. GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de...*, cit., pp. 372 y 373. PAREDES CASTAÑÓN, *Derecho penal de la...*, cit., p. 430.

(22) Sobre esta normativa, *vid.* nota pie de página núm. 1.

grave o muy grave), y en este último caso la cuantía máxima puede ser de 100 millones de pesetas, o incluso más, porque se puede elevar hasta el décuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción. Multas que, como se puede ver, sancionan especialmente el lucro o enriquecimiento que se persigue con los fraudes alimentarios. En este ámbito, al igual que sucede en otros en los que existe una regulación administrativa previa al CP (por ejemplo en la seguridad en el trabajo), se advierte una descoordinación entre el legislador penal y el administrativo, porque las multas administrativas son más graves que las penas, cosa que choca con el principio de proporcionalidad.

Otro inconveniente que presenta la pena de multa es que no es demasiado respetuosa con el principio de personalidad de las penas porque, al ser una pena pecuniaria, puede afectar a terceras personas inocentes. Así, como consecuencia de la imposición de la pena de multa, puede disminuir el patrimonio familiar del empresario individual o puede repercutirse sobre terceros (consumidores).

La pena de multa se rechaza en la delincuencia económica si sustituye a la pena de prisión o se configura como pena alternativa a la misma. No, en cambio, si aparece como pena cumulativa a la pena de prisión como ocurre en los delitos de fraude alimentario. Siempre que, además, como añade Terradillos Basoco (23), no se trate de una multa irrisoria, para que no sea fácilmente eludible, y mantenga una proporción con el delito y con la capacidad económica del delincuente.

El sistema de determinación de la pena de multa que mejor permite cumplir con estos últimos objetivos es el que utiliza con carácter general el CP del 95, es decir, el de días-multa (arts. 50 y ss.) Este sistema parece adecuado también para los delitos de fraude alimentario porque permite tener en cuenta la gravedad del delito a la hora de establecer su extensión (art. 50.3), y la capacidad económica del reo para fijar la cuantía de la cuota diaria (art. 50.4 y 5). Pero, quizá sí que se podría objetar, como ha hecho Mir Puig, que la cuantía que resulta de la aplicación de este sistema puede resultar insignificante cuando se trate de delincuentes con una muy elevada capacidad económica (24). Para estos casos, me parece acertada su propuesta de elevar, no el límite mínimo, sino el límite máximo de las cuotas.

Otro sistema que conserva el CP para determinar esta pena es el de la multa proporcional regulado en su artículo 52, aunque este sistema se utiliza en los delitos de la parte especial del CP con carácter muy excepcional (arts. 301, 305, 368). Con ella se persigue castigar espe-

(23) Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la...*, cit., p. 61.

(24) MIR PUIG, «Alternativas a la prisión...», p. 60.

cialmente el beneficio obtenido en estos delitos como el de tráfico de drogas donde las ganancias pueden ser extraordinarias, por eso el artículo 368 establece una multa «del tanto al triplo del valor de la droga». Sin embargo, la multa proporcional no aparece en los delitos de fraude alimentario, ¿debería extenderse a ellos?

Pienso que no es necesario ni conveniente. En primer lugar, porque la multa proporcional se ha restringido sólo a las actividades delictivas de especial trascendencia económica, a las que no pueden equipararse los fraudes alimentarios, aunque también en ellos esté presente el móvil económico. En segundo lugar, porque su extensión a estos delitos podría vulnerar el principio de proporcionalidad y conducirnos en la práctica a una confiscación patrimonial, porque los delitos de fraude alimentario se castigan en el CP, además, con la pena de inhabilitación especial, y ésta por sí sola ya puede provocar un grave quebranto económico al producirse el cese en la actividad. No hay que olvidar que, por si fuera poco, el CP en el artículo 127 cuenta con el comiso de las ganancias. Y en último lugar, como es de sobra conocido, el sistema de días-multa permite adaptarse mejor a la capacidad económica del reo y, por lo tanto, al principio de igualdad, que la multa proporcional.

Por lo que se refiere a la aplicación práctica por nuestros Tribunales de la pena de multa, he de reiterar lo dicho al examinar la pena de prisión, pues la pena de multa también se aplica como norma general en su límite mínimo. Cosa que me parece muy criticable, porque al ser fácilmente eludible no se podrán satisfacer las necesidades de prevención general.

Ahora bien, dicho esto hay que reconocer que nuestros Tribunales se esfuerzan para adaptarse a la capacidad económica del reo. En este sentido, se puede ver: la SAP de Sevilla de 4 de julio de 2001, en la que se fija una cuota diaria de 50.000 pesetas, que es la cantidad máxima fijada por día en el artículo 50.4 CP, durante siete meses, porque la capacidad económica del condenado ha quedado demostrada: es titular de una explotación ganadera con alrededor de 2.700 cabezas de ganado, 24 naves, etc.

También la STS de 15 de octubre de 2001, en la que la multa impuesta a un ganadero, cuota de 3.000 pesetas durante siete meses, se considera proporcionada a la gravedad del hecho (porque al administrar clenbuterol a su ganado pone en peligro la salud de los consumidores), y a la capacidad económica del condenado. Por lo que se refiere a la capacidad económica, el TS dice que: «el condenado es de profesión ganadero y su situación económica es relevante, pues es el dueño de su propia explotación ganadera de ganado bovino, y ésta tiene

una cierta importancia alcanzando las cuatrocientas vacas». El TS considera que una cifra menor no sería suficiente, desde el punto de vista de la prevención general, para tutelar la salud de los consumidores. Y que la cuota diaria de 3.000 pesetas durante siete meses no es desproporcionada, más aún si se compara con las fuertes multas que se pueden imponer en vía administrativa, que como mínimo alcanzan los 2.000.000 de pesetas para este caso concreto. Por último, en cuanto a la motivación, el TS estima que es suficiente porque en la sentencia constan los datos esenciales que permiten efectuar una razonable ponderación de la cuantía de la multa y reconoce que es imposible realizar una inquisición exhaustiva de todos los factores que puedan afectar a las disponibilidades económicas del procesado.

La STS de 12 de enero de 2004, casa y anula la SAP porque no se motiva, como exige el artículo 50.5 CP, la cuantía de la pena de multa de acuerdo con la capacidad económica de los acusados.

3. Penas privativas o restrictivas de derechos

3.1 LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA PROFESIÓN U OFICIO

Junto con las penas de prisión y multa, en los fraudes alimentarios (arts. 363 y 364), se prevé la imposición como pena principal la inhabilitación especial para «profesión, oficio, industria o comercio» por un período de tres a seis años (pena grave de acuerdo con el art. 33 CP). En el artículo 364.1 se agrava de seis a diez años, si el reo es propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios.

Esta pena, a diferencia de la multa, no suscita tantos problemas y se considera especialmente apta para la delincuencia que se comete en el ejercicio de una profesión u oficio o en el desarrollo de alguna actividad (industria o comercio), sea el delito especial como el artículo 363 CP («productores, distribuidores, comerciantes...»), o no, como el artículo 364. Desde el punto de vista de la prevención general, intimida más que la multa porque supone la pérdida de la profesión durante un tiempo, aunque menos que la pena de prisión. Pero, destaca sobre todo en relación con la prevención especial, porque sirve para inocular al delincuente y, por lo tanto, para evitar la repetición o la continuidad en la actividad delictiva al producirse la separación de la profesión o actividad (25).

(25) Vid. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., pp. 163 y 164. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la...*, cit., p. 60. PAREDES CASTAÑÓN, *Derecho penal de la...*, cit., p. 430.

Pero no todo son ventajas, también se han señalado inconvenientes. Así, el profesor Tiedemann advierte las graves consecuencias que esta pena puede producir sobre el individuo equiparables al «cierre de empresa» para la persona jurídica. Por eso, propone que se reserve como medida extrema, sólo para los casos de reincidencia múltiple (26). Para salvar este inconveniente, pienso que su aplicación se debe restringir de dos maneras:

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 45 CP, su aplicación debe regirse por el principio de especialidad, es decir, sólo debe afectar a aquellos derechos que directamente se hayan utilizado para cometer el delito. En este sentido, nuestros Tribunales limitan su aplicación a lo estrictamente necesario, como sucede, por ejemplo, en la SAP de La Rioja de 10 de octubre de 2001, donde la inhabilitación especial se limita al ejercicio de la profesión que ha venido desempeñando y que tenía relación con el delito (ganadero), y en otras muchas como las SSAP de Cuenca de 8 de enero de 1998 y de 20 de enero de 2001; las SSTS de 11 de junio de 2001, de 20 de enero de 2001, etc. E incluso, como ya comenté al analizar la pena de prisión, nuestros Tribunales en las sentencias allí estudiadas actúan con demasiada benevolencia también al aplicar la pena de inhabilitación especial, pues en la mayoría de los casos se aprecia en su límite mínimo.

En segundo lugar, quizá sería conveniente proponer *de lege ferenda*, como ya hizo Manzanares Samaniego (27), que la naturaleza jurídica de la inhabilitación especial se aproxime a las medidas de seguridad. En el CP vigente la inhabilitación especial es una pena, lo que implica su imposición automática. En cambio, si fuera una medida de seguridad podría tenerse en consideración la «peligrosidad criminal» del sujeto, es decir, su posible reincidencia, cosa que evitaría su aplicación automática.

Por otra parte, la pena de inhabilitación especial en los delitos de fraude alimentario es una pena principal, aunque de no estar prevista como pena principal podría aplicarse como pena accesoria en virtud del artículo 56 CP. Sin embargo, no es indiferente que se configure como principal o accesoria, sino que las consecuencias son distintas. En los casos en los que se proceda a la suspensión de la pena de prisión en virtud del artículo 81 CP no se suspenderá la pena de inhabilitación si es una pena principal, cosa que sí sucederá de ser una pena

(26) Vid. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., p. 165.

(27) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código Penal», en *ADPCP*, 1981, pp. 42 a 46.

accesoria (28). Y en cuanto a su duración, si es una pena accesoria, su duración está limitada al tiempo de la condena principal (art. 56), mientras que si la pena es principal, su duración puede ser mayor que la pena de prisión.

Además, al ser una pena principal, será incompatible con la pena accesoria de inhabilitación especial, pues, de lo contrario, se vulneraría el principio *non bis in idem*, aunque no será incompatible con las demás penas accesorias del artículo 56: inhabilitación especial para el derecho de sufragio, suspensión de empleo o cargo público, etc. En este sentido, la SAP de Cuenca de 8 de octubre de 1998 dice que no aplica la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión u oficio porque la aplica como principal.

Por último, en cuanto al supuesto de inhabilitación más grave previsto en el artículo 364.1 («ser propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios») se interpreta de forma restrictiva por nuestros Tribunales, por ejemplo, la SAP de Toledo de 3 de enero de 2002 no aplica la agravación porque el acusado no es propietario de la fábrica, sino de una explotación ganadera que, según el Tribunal, es «un concepto distinto de fábrica de productos alimenticios», como exige el artículo 364.1 CP (29).

3.2 TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Es una pena, que se recoge con carácter general en el artículo 49 de nuestro CP, y que también se recomienda para luchar contra la delincuencia económica, porque permite cumplir mejor con el fin de prevención especial, ya que favorece la resocialización del delincuente. Esto es así porque la delincuencia económica suele atacar a bienes colectivos o supraindividuales, como la salud pública, y estos trabajos o servicios, que se hacen en beneficio de la comunidad, tratan de restablecer la lesión de esos bienes colectivos.

Esta pena se potencia en la Ley Orgánica 15/2003 porque elimina los efectos negativos de la multa: posibles desigualdades económicas y repercusión sobre terceros. Pero el trabajo en beneficio de la comu-

(28) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio», en *Actualidad Penal*, núm. 39, 1999, pp. 751 a 759.

(29) En cambio, se ha cuestionado por algún autor, como Pérez Álvarez, que esa causa de agravación se limite sólo a los casos de adulteración con aditivos o agentes no autorizados y no se extienda a los demás supuestos de fraude alimentario nocivo (distribución, envasado, etc.), pues entiende que la razón de la agravación sería la misma, en «La regulación del delito...», cit., pp. 1082 y 1091 y 1092.

nidad, de acuerdo con el artículo 49, ha de ser voluntario y sólo esa colaboración voluntaria producirá los efectos beneficiosos que acabo de señalar. Cosa que no será fácil que ocurra en la delincuencia económica, pues normalmente, como señala el profesor Tiedemann, el delincuente no aceptará su condena (30).

De todas formas, esta pena no puede proponerse como pena principal en los delitos de fraude alimentario, pues no es una pena grave. En nuestro CP opera, sobre todo, en las faltas. Para los delitos de fraude alimentario sólo se puede apreciar como pena sustitutiva del artículo 88 CP, y como pena sustitutiva hay que decir que es más adecuada que la pena de multa.

3.3 PENAS COMPLEMENTARIAS

Como penas complementarias de las penas principales analizadas se citan como idóneas para la delincuencia económica, por un lado, una especie de variaciones sobre la pena de inhabilitación especial (la pérdida de subvenciones, la inhabilitación para contratar con la Administración, la revocación de la autorización o licencia para el ejercicio de la actividad, etc.) y, por otro, la publicación de la sentencia.

Ninguna de ellas aparece como pena complementaria de los delitos de fraude alimentario, pero sí podemos encontrar algunas de ellas como sanciones administrativas: en el Real Decreto 1945/1983 (caducidad de la autorización administrativa o cancelación de la inscripción registral, publicación de sanciones, suspensión de ayudas oficiales, e inhabilitación para contratar con la Administración), o en el Decreto 132/1989. Y también aparecen en el CP como penas complementarias de otros delitos como, por ejemplo, la pérdida de subvenciones, del derecho al disfrute de beneficios o incentivos fiscales, en el delito fiscal (art. 305), o la publicación de la sentencia en los delitos contra el honor (art. 216) y contra la propiedad industrial (art. 288). Pues bien, ¿sería conveniente que estas penas complementarias se extiendan a los delitos de fraude alimentario?

En relación con las que he calificado como variantes de la pena de inhabilitación especial, pienso que, en principio, no todas harían falta en los fraudes alimentarios porque ya está prevista como pena principal la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio. Y esta inhabilitación comprendería algunas de estas penas privativas de derechos, por ejemplo, la inhabilitación para contratar con la Administración en relación con la actividad para la que ha sido

(30) Vid. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., p. 166.

inhabilitado, la revocación de la licencia o autorización para el ejercicio de la actividad; de lo contrario se vulneraría el principio *non bis in idem*. Únicamente podría echarse en falta la pérdida de subvenciones públicas que se hayan recibido para el ejercicio de la actividad. Pero, ésta debería aplicarse de forma restrictiva, es decir, sólo en los casos que sea necesario porque el delito se ha cometido en el ejercicio de una actividad subvencionada. En todo caso, pienso que a la hora de proponer este tipo de penas se debe ir con mucha cautela, pues existe el peligro que por exceso se impida el ejercicio de derechos constitucionales como la libertad de empresa (art. 38 CE).

En relación con la publicación de la sentencia, aparece, como hemos visto, como sanción administrativa, pero no en los delitos de fraude alimentario. Sin embargo, esta pena complementaria se ha propuesto como idónea para la delincuencia económica en general, y también para los delitos de fraude alimentario (31). Se considera que es idónea por razones de prevención general, porque intimida mucho, ya que la publicación de la sentencia condenatoria en periódicos oficiales, sobre todo en los del lugar donde se ha cometido el delito, puede producir un daño irreparable que determine la salida del mercado del empresario, al producirse la pérdida de confianza por los consumidores.

Esta medida también es adecuada en delitos con bienes jurídicos supraindividuales, como la salud pública, y con sujetos pasivos indeterminados, porque en éstos existe la necesidad de que los consumidores sepan de antemano con qué sujetos van a tratar, o de quién van a adquirir productos, dado que no existe entre el empresario, comerciante, etc., y el consumidor una relación personal (32). Como el sujeto pasivo es indeterminado y algunos de estos delitos son, o se interpretan, como delitos de peligro abstracto, es conveniente que la publicación de la sentencia no se supedite a la instancia o solicitud del interesado, sino que debe hacerse por el juez y a costa del condenado, como en el artículo 288 CP.

Pero, debido a las graves repercusiones de carácter económico de esta medida, y también de carácter personal, al afectar al derecho a la intimidad y al derecho a la resocialización del condenado, su uso debería restringirse a los casos absolutamente necesarios, es decir, cuando la publicación de la sentencia sea la única forma para los consumidores e inversores de conocer la comisión de delitos de fraude

(31) DOVAL PAIS, «La regulación de los...», cit., p. 168.

(32) RUIZ RODRÍGUEZ, L., *Protección penal del mercado de valores*, Valencia, 1997, p. 369.

alimentario (33). Por eso, la publicación debería hacerse preferentemente en el lugar donde se ejerce la actividad o se distribuyen productos y debería limitarse, si es posible, a publicar sólo el nombre comercial, el rótulo del establecimiento o marca.

4. Consecuencias accesorias: el comiso

El comiso aparece en la parte general del CP del 95, en el artículo 127, dentro de las «consecuencias accesorias» y es aplicable a cualquier delito o falta dolosos, entre ellos también a los delitos de fraude alimentario. Su nueva ubicación, fuera del catálogo de las penas, es más adecuada de acuerdo con su naturaleza jurídica, pues la doctrina mayoritaria ha venido rechazando la naturaleza de pena del comiso (34).

El comiso puede recaer, según el artículo 127, sobre los instrumentos o efectos del delito y sobre las ganancias provenientes del delito «cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar». La ampliación del comiso a las ganancias es de trascendental importancia para la delincuencia económica, pues de esta forma se evita el enriquecimiento injusto que se puede producir como consecuencia del delito (35).

Con el comiso se pueden confiscar, además de las ganancias, los instrumentos o efectos del delito, ya pertenezcan a los responsables del delito (autor o partícipe), o a terceros siempre que no sean de buena fe, porque dichos instrumentos o efectos son objetivamente peligrosos, por ejemplo, las sustancias prohibidas (clembuterol) o la mercancía adulterada en los delitos de fraude alimentario.

El comiso, además de ser una consecuencia accesoria de la pena en el CP, también es una sanción administrativa accesoria prevista en

(33) Si como sanción administrativa el Real Decreto 1945/1983 limita su uso, con mayor motivo debe limitarse como sanción penal. Así, el artículo 11 de dicho Real Decreto establece que se podrá publicar la sentencia por razones de ejemplaridad o por circunstancias de riesgo para la salud o seguridad de los consumidores, por reincidencia, acreditada intencionalidad de la infracción, etc.

(34) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «El comiso», en diario *La Ley*, núm. 5495, de 5 de marzo de 2002, pp. 1 a 4.

(35) La extensión del comiso a las ganancias había sido solicitada reiteradamente por la doctrina, pues con anterioridad al CP del 95 sólo se podía privar de las ganancias a través de las multas proporcionales o a través de la responsabilidad civil, *vid.* MUÑOZ CONDE, «Adiciones de derecho español al & 76», en *Tratado de derecho penal*, de JESCHECK, H. H., traducido por Muñoz Conde y Mir Puig, Barcelona, 1981, pp. 1110 y 1111.

el artículo 38 de la Ley 26/1984, en el artículo 10.3 del Real Decreto 1945/1983, en el artículo 35 de la Ley 2/1987 y en el artículo 6 del Decreto 132/1989. Como sanción administrativa el comiso se limita a la mercancía adulterada o deteriorada, no se habla del comiso de las ganancias. Sin embargo, el comiso de las ganancias no es tan necesario como en el derecho penal porque en el ámbito administrativo la cuantía de las multas se puede rebasar atendiendo al valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

En las STS y de SAP se hace referencia, en ocasiones, al decomiso de la mercancía (STS de 14 de septiembre de 2002, SAP de Cuenca de 20 de enero de 2001, SAP de Toledo de 3 de enero de 2002, etc.) Pero, en otras muchas no se hace referencia al comiso de los instrumentos o efectos o de las ganancias. Quizá no se aprecia por respeto al principio acusatorio y de congruencia, pues sólo se puede decretar si la parte acusadora o el Fiscal lo solicitan expresamente y se somete a debate en juicio (36).

Como el comiso, de acuerdo con el tenor literal del artículo 127, es una consecuencia accesoria de la pena, y no del delito, sólo se podrá imponer si hay una sentencia condenatoria por delito o falta dolosos. Por eso, como explica la STS de 29 de julio de 2002 («Caso Banesto»), en los casos de inexistencia de pena, por ejemplo, por prescripción de la misma, es imposible el comiso. Mientras que en los casos en los que existe formalmente la pena, pero no se puede ejecutar por imposibilidad sobrevenida (por ausencia o muerte), sí que se puede decretar el comiso.

5. Responsabilidad civil derivada del delito

En los delitos de fraude alimentario podrá exigirse responsabilidad civil, derivada de estos delitos, cuando se ocasionen daños. Pero, como son delitos de peligro, sólo procederá la responsabilidad civil por daños de carácter económico. En principio, no se podrá exigir responsabilidad civil por daños para la salud de las personas a no ser que se produzcan resultados de muerte o lesiones.

Sobre este punto, dentro de los delitos contra la salud pública, la STS de 16 de octubre de 1992 explica que siempre que se produce un daño y exista una relación de causalidad entre la acción delictiva y el daño procederá la responsabilidad civil derivada del delito, ya sea un

(36) GUINARTE CABADA, G., «De las consecuencias accesorias», en *Comentarios al Código Penal de 1995* (dirigidos por Vives Antón), Valencia, 1996, p. 658.

delito de lesión o de peligro. En ese caso, el TS considera que procede responsabilidad civil porque se producen unos daños de carácter económico: los acusados venden un producto, tóxico para la salud, a un industrial jamonero para evitar que los jamones fueran atacados por los ácaros. La Administración decomisa los jamones tratados con dicho producto y esto le produce unas pérdidas económicas, a las que hay que sumar las que se producen como consecuencia del deterioro de la fama como industrial jamonero por el temor de los consumidores a adquirir piezas contaminadas.

Aparte de esta responsabilidad civil que regula el CP en los artículos 116 y siguientes, encontramos una serie de normas que también se refieren a la responsabilidad civil, como, por ejemplo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil derivada de daños por productos defectuosos, o la Ley 26/1984, de 19 de julio, de consumidores y usuarios. En estas normas específicas la responsabilidad civil es objetiva, pues se exige responsabilidad al fabricante o comerciante aunque no exista imprudencia o negligencia. Basta, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley 22/1994, con que se pruebe que el producto es defectuoso, el daño producido y la relación de causalidad entre ambos. La responsabilidad es solidaria, y en la Ley 22/1994 hay un límite máximo de unos diez mil millones de pesetas.

En resumen, por un lado, nos encontramos con la responsabilidad civil derivada del delito prevista en el Código Penal y, por otro, con la normativa específica a la que acabo de hacer referencia: ¿son estas normas específicas aplicables a la responsabilidad civil derivada del delito?

Como la responsabilidad civil derivada del delito se regula en nuestro ordenamiento jurídico dentro del CP, sólo podremos exigir responsabilidad civil a los que resulten condenados por un delito doloso o imprudente. No se podrá exigir una responsabilidad objetiva ni se podrá aplicar el límite máximo de responsabilidad civil al que antes he hecho referencia, sino que se deben reparar íntegramente los perjuicios ocasionados. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en relación con la aplicación de baremos en los accidentes de tráfico, ha dicho que la aplicación de los baremos en los casos de dolo o culpa relevante del autor (conductor) judicialmente declarada vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE (STC 181/2000, de 29 de junio; 102/2002, de 6 de mayo, etc.). Por lo tanto, estos límites o baremos sólo serán vinculantes para la responsabilidad objetiva, es decir, para la responsabilidad civil que no derive del delito.

De *lege ferenda* Paredes Castañón propone que la responsabilidad civil se regule fuera del CP y que se armonicen las regulaciones apli-

cables a la responsabilidad civil derive o no de un delito. De esta forma, dice que se podrían aplicar criterios de imputación del daño menos exigentes, como los de la Ley 22/1994, para aquellas actividades que, como la responsabilidad por el producto, tienen que ver con los «nuevos riesgos» y con organizaciones complejas (37).

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES A LA EMPRESA

Además de las consecuencias jurídicas que pueden aplicarse a las personas físicas que realicen algún delito de fraude alimentario, el CP del 95 ha previsto consecuencias jurídicas que recaen sobre la empresa en sí, cuente o no con personalidad jurídica. Me refiero a las «consecuencias accesorias» del artículo 129 y concretamente del artículo 366 CP para los delitos de fraude alimentario (clausura temporal o definitiva de establecimiento, fábrica, laboratorio o local). También me refiero al comiso que está previsto en el artículo 127 dentro de las «consecuencias accesorias» y que puede recaer sobre terceros que no sean de buena fe: ¿puede ser la persona jurídica tercero a efectos del artículo 127? Y, por último, no hay que olvidar que, dentro de la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito, el CP en el artículo 120.3 y 4 atribuye responsabilidad civil subsidiaria a las personas jurídicas.

1. Las «consecuencias accesorias» de los artículos 129 y 366 del Código Penal

Las «consecuencias accesorias» se regulan con carácter general en el artículo 129 CP, junto con el comiso. Pero, a diferencia del comiso, que es de aplicación general a todos los delitos de la parte especial, las consecuencias accesorias del artículo 129 sólo se aplicarán de forma excepcional cuando estén expresamente previstas para cada delito en particular, cumpliendo así con las exigencias de legalidad que exige el CP del 95. Los delitos de fraude alimentario, cumpliendo con esta exigencia, han previsto en el artículo 366 la posibilidad de aplicar dichas consecuencias accesorias. Sin embargo, de todas las enumera-

(37) Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Derecho Penal de la...*, cit., pp. 431 y 432.

das en el artículo 129, únicamente hace referencia a la primera, es decir, a la clausura temporal o definitiva de la empresa (38).

La aplicación de estas consecuencias jurídicas a empresas abre una serie de interrogantes que vamos a tratar de responder a continuación: ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿son compatibles con el principio tradicional *societas delinquere non potest*?, ¿cuáles son los criterios o requisitos para su aplicación?, ¿hasta qué punto son necesarias?, ¿puede vulnerar el principio de proporcionalidad medidas tan graves como el cierre definitivo de la empresa previsto en el artículo 366?, ¿hay otras alternativas menos gravosas que esas consecuencias jurídicas?, ¿cuál es su aplicación práctica por nuestros Tribunales?

1.1 NATURALEZA JURÍDICA. COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias es muy controvertida en nuestra doctrina pues existen disparidad de opiniones, de las cuales sólo vamos a destacar las más relevantes:

1. Una postura, encabezada en nuestro país por Zugaldía Espinar, defiende que estas consecuencias son materialmente penas y que su tipificación en el CP supone una derogación del principio *societas delinquere non potest*, ya que entiende que la persona jurídica tiene capacidad de acción, de culpabilidad y de pena (39). 2. Otros autores creen que son medidas de seguridad porque se fundamentan en la peligrosidad objetiva de la cosa, no en la culpabilidad, ya que la persona jurídica no puede ser culpable, y el artículo 129.3 hace una referencia exclusiva a la prevención especial, que es la única finalidad de las medidas de seguridad (40). 3. Para otros autores, como Cerezo Mir, no tienen naturaleza penal, sino que son sanciones administrativas previstas en el CP porque, aunque se impongan como consecuencia del delito y por un juez penal, las personas jurídicas no pueden ser

(38) La aplicación de las consecuencias accesorias, como el cierre de empresa, había sido ya solicitada con anterioridad al CP del 95 por algunos autores para los delitos de fraude alimentario, *vid.* DOVAL PAIS, «La regulación de los...», *cit.*, p. 168. GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de...*, *cit.*, p. 36.

(39) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas», en *PJ*, núm. 46, 1997, pp. 327 a 342.

(40) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Comentario al art. 129 CP», en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 1563. Borja MAPELLI CAFFARENA dice que las consecuencias accesorias del artículo 129 están muy próximas a las medidas de seguridad, en «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», en *RP*, núm. 1, 1998, p. 53.

castigadas con penas por ser incompatible con el principio *societas delinquere non potest*, pero sí pueden recibir sanciones administrativas (41). 4. Gracia Martín considera que son consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas que carecen de carácter sancionador. Su finalidad, de acuerdo con el artículo 129.3, no es sancionar sino prevenir la comisión de futuros delitos (42). 5. Y, por último, un grupo de autores como Luzón Peña, a los que me sumo, consideran que son una tercera consecuencia jurídico-penal o una nueva categoría penal distinta de la pena por varias razones (43):

- Se imponen por el juez penal y a consecuencia de un delito.
- No aparecen en el catálogo de penas del artículo 33 CP sino que el legislador las separa y las ubica en un título aparte.
- A diferencia de las penas son de imposición potestativa, pues el artículo 129 utiliza el verbo «podrán».
- No son penas porque no responden a la gravedad del hecho ni a la culpabilidad del autor, pues el artículo 129.3 sólo se fija en la peligrosidad de la empresa. La finalidad de estas consecuencias, como veremos, es sólo la prevención especial, no la prevención general. Tampoco el requisito que el artículo 366 añade para proceder a la clausura definitiva de la empresa, es decir, la «extrema gravedad» se refiere a la gravedad del hecho o a la culpabilidad, sino a la peligrosidad.
- No son medidas de seguridad porque éstas en nuestro CP exigen una peligrosidad criminal de la que carece la persona jurídica. En relación con la persona jurídica, puede hablarse de una peligrosidad objetiva o instrumental de la misma en el sentido de que puede utilizarse como instrumento para delinquir, pero la persona jurídica no comete delitos (44).
- Los autores que defienden que son penas presuponen que la persona jurídica tiene capacidad de culpabilidad, cosa que la doctrina mayoritaria no admite (45).

(41) CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t. II, Madrid, 1999, p. 73.

(42) GRACIA MARTÍN, L. (junto con BOLDOVA PASAMAR, M. A., y ALASTUEY DOBÓN, M. C.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2000, pp. 403 a 407.

(43) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, pp. 57 y 58. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP», en *Libro homenaje prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 277 a 283.

(44) Vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Barcelona, 2002, p. 749.

(45) Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Empresa y delitos contra el medio ambiente (I)», en diario *La Ley*, núm. 5550, de 23 de mayo de 2002, pp. 3 a 6.

– No son sanciones administrativas porque, aparte de que se imponen por el juez penal a consecuencia de un delito, no tendría sentido que se reiteraran en el CP ya que algunas de ellas están previstas como sanciones administrativas (46), por ejemplo, en el artículo 36.2 de la Ley 26/1984 se prevé el cierre temporal y en el artículo 10.5 del Real Decreto 1945/1983.

En definitiva, no son penas pero son consecuencias jurídico-penales, es decir, tienen naturaleza penal, pues están previstas en el CP, se aplican por un juez penal y tienen un claro carácter aflictivo a diferencia de la responsabilidad civil. No se puede negar su marcado carácter aflictivo porque privan a la empresa y a terceros inocentes (socios, trabajadores) de bienes jurídicos y son medidas muy graves, alguna de ellas extremadamente grave como la disolución o el cierre definitivo de empresa. Como tienen naturaleza penal, aunque no sean penas, pueden gozar de los principios penales y garantías aplicables a todo el derecho sancionador como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad y subsidiariedad. Estos principios no son exclusivos de las penas, sino que, de acuerdo con la STC de 19 de diciembre de 1991, son aplicables a todo el derecho sancionador. Por lo tanto, no es necesario otorgar naturaleza de pena a las consecuencias accesorias, como hace Zugaldía (47), para disfrutar de esta ventaja pues esto supondría un «fraude de etiquetas».

En la jurisprudencia tampoco encontramos unanimidad a la hora de calificar las consecuencias accesorias: en algunas sentencias se habla de medidas de seguridad (STS de 15 de abril de 1988), en otras se afirma que son medidas complementarias de la pena o consecuencias accesorias de la pena (STS de 14 de septiembre de 1994 y de 28 de septiembre de 1996), y en alguna otra simplemente se niega que sean penas o medidas de seguridad (STS de 27 de octubre de 2000).

Por lo que se refiere a la compatibilidad de estas consecuencias jurídicas con el principio *societas delinquere non potest* (48), hay que

(46) FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias de...», cit., p. 281.

(47) ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en...», cit., p. 331.

(48) A pesar de que en los últimos tiempos existe una tendencia favorable a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas (por necesidades de política criminal), y de los esfuerzos doctrinales realizados, la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia sigue defendiendo este principio porque se considera que esas necesidades político-criminales chocan con la dogmática penal, ya que la persona jurídica carece de capacidad de acción, de pena y, sobre todo, de culpabilidad. Únicamente se ha admitido la responsabilidad administrativa de la persona jurídica (STC de 19 de diciembre de 1991). Véase una exposición amplia sobre el tema en FEJOO SÁNCHEZ, «Empresa y delitos contra...», cit., pp. 2 a 8.

decir que los artículos 129 y 366 no derogan este principio en nuestro CP. El reconocimiento de las consecuencias accesorias en dichos artículos no implica el reconocimiento de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, a pesar de su naturaleza penal, porque no se aplican directamente a la persona jurídica, sino que es necesaria la responsabilidad de la persona física para imponer estas consecuencias que son «accesorias» de la responsabilidad individual.

Esta accesoriadad o dependencia de la responsabilidad individual ha sido muy criticada porque impide la aplicación de dichas consecuencias en los casos en los que no se pueda identificar o probar la responsabilidad penal de una persona física. Pero, en mi opinión, este inconveniente no puede utilizarse para pedir la responsabilidad criminal de la propia persona jurídica, pues este problema se puede salvar acudiendo a la teoría del «levantamiento del velo», que se aplica en el orden penal sin problemas por nuestros Tribunales (ver, por ejemplo, la STS «Caso Banesto»), ya que el derecho penal no es precisamente un derecho formal, sino que busca la verdad material. Como ya dijo Bajo Fernández, «la tendencia a la responsabilidad de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del “levantamiento del velo”» (49).

1.2 CRITERIOS Y PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Estos criterios y presupuestos se han de extraer de los artículos 129 y 366 CP. Como el artículo 129 es el precepto general se aplicará en defecto del artículo 366, que es precepto especial para los delitos de fraude alimentario. Por un lado, el artículo 129.1 exige que, en los supuestos previstos en el CP, el juez o Tribunal imponga, motivadamente, las consecuencias accesorias, aunque la decisión es potestativa («podrá»), previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales. El artículo 129.3 se refiere a la finalidad de estas consecuencias: «estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma». Y en el artículo 129.2 prevé la imposición de algunas consecuencias (la clausura temporal y la suspensión de actividades), también como medidas cautelares. Por otro lado, el artículo 366 elige la primera consecuencia accesoria del artículo 129, es decir, la clausura temporal o definitiva de empresa, de sus locales o establecimientos, pero añade un requisito, «extrema gra-

(49) BAJO FERNÁNDEZ, M., «Culpabilidad y persona jurídica», en *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*, Universidad de A Coruña, 1998, p. 23.

vedad», para aplicar el cierre definitivo, que no está previsto en el artículo 129.

Con todo y con ello, quedan aún muchos problemas por resolver: ¿son consecuencias de la pena o del delito, se exige una condena firme por la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable o basta con la comisión de un hecho típico y antijurídico?, ¿tiene que existir relación y qué tipo de relación entre la persona física que comete el delito y la empresa?, etc. A estas dudas vamos a intentar responder escogiendo la interpretación más coherente con su naturaleza, fundamento y finalidad.

El primer presupuesto necesario es que la consecuencia accesoria esté prevista específicamente por la ley penal, presupuesto que deriva del artículo 129.1 y que se cumple por el artículo 366 CP (50).

El segundo presupuesto importante hace referencia al fundamento y finalidad de estas consecuencias. Su finalidad, de acuerdo con el artículo 129.3, es prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos. De aquí, se deduce que la finalidad de las mismas es la prevención especial, concretamente, la inocuización, porque con ellas se trata de impedir la continuidad en la actividad delictiva. Y el fundamento de las mismas es la peligrosidad objetiva o instrumental de la empresa, en el sentido de que la empresa puede utilizarse por la persona física como instrumento para la comisión de delitos (51). De todo ello podemos extraer que no será suficiente para la aplicación de estas consecuencias con la comisión de un delito aislado, si no hay peligrosidad de continuar la actividad delictiva. Este peligro no existirá si, por ejemplo, la empresa cuenta con mecanismos de seguridad o con capacidad suficiente de evitar la comisión de nuevos delitos. Tampoco es lo mismo que la empresa se dedique sólo a actividades delictivas, que realice una actividad delictiva paralela a otra actividad lícita. En el primer caso, está claro que se debe aplicar la consecuencia accesoria, mientras que en el segundo habrá que ver si la actividad delictiva es aislada o hay una continuidad o una posible continuidad en el futuro (52).

Además de prevenir la continuación de la actividad delictiva en sí, el artículo 129.3 se refiere también a la prevención de los «efectos» de

(50) Con carácter general, se rechaza la aplicación de consecuencias accesorias que no están previstas expresamente por la Ley en la STS de 7 de julio de 2001 y en el auto de la AP de Barcelona de 25 de octubre de 2001.

(51) FEIJOO SÁNCHEZ, «Empresa y delitos contra el medio ambiente (y II)», en *diario La Ley*, núm. 5551, de 24 de mayo de 2002, pp. 3 y 4.

(52) *Vid.* GRACIA MARTÍN (junto con BOLDOVA PASAMAR y ALASTUEY DOBÓN), *Lecciones de consecuencias jurídicas...*, cit., p. 410.

la actividad delictiva: ¿a qué se refiere? Parece que el legislador se refiere a los efectos negativos que la comisión del delito puede producir no sólo a las víctimas del delito, cosa que parece obvia, sino también a terceros no responsables del delito (socios o accionistas, trabajadores, acreedores) (53). Éstos, por su relación con la sociedad, pueden sufrir los efectos negativos de la actividad delictiva, cosa que se trata de evitar de forma más directa aún a través de la intervención de la empresa prevista en el artículo 129.1.e), pero que desgraciadamente no ha sido elegida por el artículo 366. En todo caso, el artículo 129, con esta referencia general a los efectos, trata de impedir que la imposición de las consecuencias accesorias afecte a terceros pues, aunque no sean penas, al tener naturaleza penal, rige también para ellas el principio de personalidad de las sanciones como en todo derecho sancionador.

El tercer presupuesto deriva de la propia naturaleza de estas consecuencias pues, al ser «accesorias», dependen de que se impute un hecho principal a un sujeto individual. El problema surge a la hora de determinar qué características exigimos a ese hecho principal. En la doctrina encontramos dos interpretaciones: 1. Quienes exigen que el hecho principal sea típico, antijurídico y culpable, y que exista una condena en sentencia firme que aplique una pena o medida de seguridad (54). 2. Y quienes consideran suficiente que el hecho sea típico y antijurídico, aunque no exista condena en sentencia firme (55).

El CP no resuelve este problema pues, a diferencia del comiso, no exige expresamente la imposición de una pena. Por eso, debemos acudir a su naturaleza, fundamento y finalidad. Como hemos visto, son una tercera consecuencia del delito, de naturaleza penal, cuyo fundamento es la peligrosidad objetiva o instrumental de la empresa, y su finalidad es prevenir la continuidad de la actividad delictiva. Dicha peligrosidad de la empresa puede existir ya cuando se comete un hecho típico y antijurídico, y más aún si el hecho es típico, antijurídico y culpable. Pero, quizá es más garantista exigir todos los elementos del delito porque se puede valorar con más seguridad si la empresa es peligrosa en el sentido de continuar o reiterar la actividad delictiva. Esta interpretación sería coherente, además, con la aplicación de los principios penales, en este caso el de subsidiariedad, a estas consecuencias jurídicas que, como

(53) Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias del...», cit., pp. 285 y 286.

(54) GUINARTE CABADA, «Las consecuencias accesorias», en *Comentarios al Código penal de 1995* (dirigidos por Vives Antón), cit., p. 666.

(55) GRACIA MARTÍN (junto con BOLDOVA PASAMAR y ALASTUEY DOBÓN), *Lecciones de consecuencias jurídicas...*, cit., p. 409.

vimos, tienen naturaleza penal (56). En este sentido, existe una STS de 28 de septiembre de 1996, que dice que las consecuencias accesorias del artículo 129 lo son de la pena, aunque no da más explicaciones. Por lo tanto, como consecuencias accesorias de la pena que son, y no del delito, tendrán que imponerse en la sentencia.

Fuera de la sentencia, el artículo 129.2 permite la imposición de la clausura temporal de la empresa sólo como medida cautelar. Como medida cautelar ha de perseguir la misma finalidad que las demás consecuencias accesorias («prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos»), ya que el artículo 129.3 afecta a todas ellas, ya sean definitivas o temporales. Por eso mismo, es decir, por tener la misma finalidad, el tiempo de clausura temporal deberá descontarse del impuesto en la sentencia, aunque no digan nada el artículo 129 ni el artículo 366 (57).

Para que pueda imponerse una consecuencia accesoria, la doctrina exige que entre el hecho del sujeto individual y la empresa exista una relación funcional, es decir, que el delito se cometa en nombre o interés de la empresa (hecho de conexión) y que se realice dentro del ejercicio de la actividad de la empresa o persona jurídica (58).

Por último, la imposición de la consecuencia accesoria, ya sea en una sentencia o como medida cautelar, es potestativa pero ha de motivarse y ha de darse audiencia previa a los titulares o representantes legales, pues así lo exige el artículo 129. En relación con la motivación, el juez estará obligado a explicar o razonar la imposición de la consecuencia de acuerdo con la finalidad de la misma: «prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos». Este requisito es superfluo porque el artículo 120.3 CE obliga a motivar toda resolución judicial (59). Y por lo que respecta a la audiencia previa, el artículo 129 la limita expresamente a los titulares o representantes legales de la empresa (60), por lo que quedan fuera otras personas interesadas como los trabajadores o acreedores (61). Este requisito

(56) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2000, pp. 211 y 212.

(57) *Vid.* GUINARTE CABADA, «Las consecuencias accesorias», cit., p. 669.

(58) *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, «Empresa y delitos contra...», cit., pp. 4 y 5.

(59) *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho Penal económico*, Madrid, 2001, p. 157.

(60) La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el artículo 129 exigiendo, además, audiencia del Ministerio Fiscal.

(61) Otras interpretaciones que extienden la audiencia previa a los trabajadores y a los acreedores, como la de Fernández Teruelo, aunque sería conveniente de *lege ferenda*, choca con el tenor literal del artículo 129.1 CP. *Vid.* FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias del...», cit., pp. 289 y 290.

también se considera superfluo porque es obligatorio dar audiencia a las partes en todo acto de injerencia estatal (art. 24.2 CE).

1.3 ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN PARTICULAR. CRÍTICA Y POSIBLES ALTERNATIVAS

De todas las consecuencias previstas en el artículo 129, el artículo 366 sólo elige la primera que, como sabemos, es la clausura temporal o definitiva de la empresa. La clausura, sobre todo, cuando es definitiva puede producir consecuencias muy graves (pérdidas económicas, de puestos de trabajo, etc.), que pueden equipararse a la disolución de la empresa porque, si la empresa está cerrada, será muy difícil que pueda afrontar las pérdidas económicas y evitar la disolución. La clausura definitiva es una de las consecuencias más graves y de mayor contenido aflictivo del artículo 129 que, junto con la disolución de la empresa, puede producir la desaparición o muerte de la misma (62). Por eso, su aplicación debe reservarse, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, a los casos más graves como acertadamente hace el artículo 366, que reserva el cierre definitivo a los supuestos de «extrema gravedad».

De acuerdo con la naturaleza, fundamento y finalidad que hemos otorgado a las consecuencias accesorias, la «extrema gravedad» no puede referirse a la gravedad del hecho o a la culpabilidad del autor, sino a la peligrosidad objetiva de la empresa en la medida que puede utilizarse como instrumento para continuar la actividad delictiva. Es decir, ha de existir un pronóstico de peligrosidad futura «extrema». Cosa que no existirá cuando la actividad delictiva de la empresa sea aislada. El calificativo de «extrema gravedad» debe reservarse para los casos en los que la única actividad que desarrolla la empresa sea delictiva.

El principio de proporcionalidad también exige que esta consecuencia accesoria, dada su gravedad, sea de aplicación subsidiaria, es decir, sólo a aquellos casos en los que no se puedan encontrar sanciones idóneas menos gravosas. Así, podemos distinguir:

1. Casos que se pueden resolver aplicando sanciones individuales (prisión o inhabilitación especial) a la persona que comete el delito a través de la empresa, local, etc. En estos casos, la prisión ejerce un

(62) CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ya solicitaron la derogación de la medida de «cierre de establecimientos» por su gravedad y por la repercusión sobre terceros inocentes, en *Comentarios al Código Penal* (t. II), Barcelona, 1972, pp. 119 a 124.

efecto preventivo general mayor que las consecuencias accesorias. Y con la pena de inhabilitación especial se cubre la finalidad inculpativa que persiguen las consecuencias accesorias (art. 129.3), ya que impide al sujeto que ha cometido el delito que, tras el cumplimiento de la pena de prisión, pueda reiniciar la actividad empresarial para continuar cometiendo delitos. Estas penas individuales pueden completarse, como apunta Silva Sánchez, con sanciones de carácter económico (comiso de las ganancias y responsabilidad civil) para privar a la empresa de los beneficios económicos que le haya reportado el delito (63).

2. Ahora bien, nos podemos encontrar con casos en los que esas consecuencias individuales no sean eficaces, desde el punto de vista de la prevención general, porque el responsable del delito sea un «hombre paja». En este caso, la aplicación de una pena de prisión o inhabilitación será ineficaz porque la empresa puede reponerse nombrando a otra persona que continúe la actividad delictiva. Por lo tanto, si subsiste la peligrosidad de utilizar la empresa para cometer delitos en el futuro deberá aplicarse el cierre o clausura del artículo 366. El cierre temporal debe prevalecer, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y subsidiariedad, sobre el definitivo, que debe reservarse para los casos de «extrema gravedad», es decir, cuando la actividad delictiva sea la única que desarrolle la empresa como hemos visto antes.

También, si observamos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia, se puede ver como se acude al principio de proporcionalidad para limitar o eludir la aplicación de las consecuencias accesorias y al principio de personalidad de las sanciones para evitar que afecten a terceros inocentes. Es significativo que en los delitos de fraude alimentario nunca se ha aplicado la consecuencia prevista en el artículo 366 CP. También llama la atención que en los únicos casos en los que se aplica el artículo 129 sea fuera del ámbito empresarial.

– La STS de 15 de abril de 1988, en materia de prostitución de mujeres, levanta la medida de cierre del local que aplica la AP para evitar que afecte a terceros inocentes. La medida se levanta porque afecta sólo a la actividad ilícita (la explotación de mujeres para la prostitución), pero no al local, y el nuevo propietario ha cambiado de actividad.

(63) Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en derecho español», en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 366 y 367.

– La STS de 28 de septiembre de 1996 levanta la consecuencia accesoria de cierre temporal de un local (un bar), que se utilizó para cometer el delito de tráfico de drogas, a la propietaria o titular del bar porque ella ha sido absuelta del delito de tráfico de drogas. La AP sólo condenó a la persona que regentaba el bar, no a la propietaria (64). El TS estima el recurso de casación y levanta la medida por dos razones:

1.^a Como las consecuencias accesorias lo son de la pena, no pueden aplicarse a terceros a los que no se les ha impuesto una pena porque se vulneraría el principio de personalidad de las penas: «las consecuencias accesorias de la pena, como su caracterización lo explica, requieren que la persona que las sufre haya sido condenada a sufrir la pena principal».

2.^a No existe una necesidad de prevención especial que permita limitar el principio de personalidad de las penas, porque al autor del delito de tráfico de drogas se le condena, además de a la pena de prisión, a una pena accesoria de suspensión de oficio. Con la pena de prisión y la de suspensión es, según el TS, suficiente porque la propietaria no ha cometido tráfico de drogas.

– La AP de Barcelona, a través de un auto de 24 de abril de 2000, revoca unas medidas cautelares de suspensión y clausura de una empresa porque considera que son desproporcionadas, ya que los perjuicios que se pueden causar al titular de la propiedad industrial son perfectamente reparables, asegurándose la solvencia del imputado aplicando las normas de la LECrim. Y se pueden aplicar medidas menos gravosas como la caución, prevista en el artículo 137 de la Ley de Patentes, para proteger los derechos de propiedad industrial. En el mismo sentido, aunque en el ámbito civil, se pronuncia el auto de la AP de Madrid de 12 de abril de 2002.

– En cambio, encontramos dos autos que sí que aplican el artículo 129 precisamente para combatir el terrorismo de ETA. Llama la atención que nunca se apliquen las consecuencias accesorias en el ámbito empresarial y sí que se haga en materia política. Estos autos, sobre todo el que suspende actividades y clausura definitiva de las sedes de HB fueron muy polémicos por la posible vulneración del derecho a la libertad de expresión, pues a través de una medida cautelar se impide el ejercicio de este derecho.

1.º El auto de la Audiencia Nacional, de 26 de julio de 1999, considera que las medidas cautelares de suspender y clausurar tem-

(64) En el mismo sentido se puede ver la STS de 30 de abril de 1992.

poralmente empresas vinculadas con ETA y sus medios de comunicación no vulneran el principio de proporcionalidad. Estas medidas eran idóneas y necesarias, aunque reonoce el auto que suponen una injerencia en el derecho fundamental a la libertad de expresión, porque en el momento en el que se adoptaron existía una situación de peligro inminente y grave de utilizar medios de comunicación para reiterar la actividad delictiva de la banda armada. Pero, dicho esto, a continuación la AN pone en cuestión el mantenimiento de estas medidas tan graves en el futuro porque desaparece el riesgo inminente y, por lo tanto, se puede acudir a medidas menos graves. Considera que son medidas menos graves las que afectan exclusivamente a intereses individuales frente a las que afectan a intereses generales o colectivos.

2.º El auto de 26 de agosto de 2002, del Juzgado Central de Instrucción, justifica las medidas cautelares de suspensión de actividades y la clausura definitiva de sedes de un partido político (HB) porque cumplen con el principio de legalidad, proporcionalidad y jurisdiccionalidad:

– Con el principio de legalidad, porque dichas medidas cautelares tienen cobertura en los artículos 129 y 520 CP.

– Con el principio de proporcionalidad, porque se cumplen con los requisitos de especialidad (los delitos de terrorismo son delitos graves), subsidiariedad (no existen otras medidas menos gravosas que puedan evitar la continuidad delictiva) y necesidad (en ese momento se considera indispensable para conseguir el cese de la actividad delictiva, ya que se ha demostrado la subordinación de HB a la organización terrorista ETA).

– Con el principio de jurisdiccionalidad, porque la suspensión y clausura ha de ser decidida por la autoridad judicial a través de resolución judicial.

2. Extensión del comiso a terceros (a la persona jurídica)

El comiso de los instrumentos o efectos del delito y de las ganancias previsto en el artículo 127 CP ¿puede aplicarse cuando dichos instrumentos o ganancias pertenecen al patrimonio de una persona jurídica?

El artículo 127 únicamente excluye el comiso cuando pertenezcan a un tercero de buen fe que no sea responsable (como autor o partícipe) del delito y los haya adquirido legalmente. ¿Es la persona jurídica un tercero de buena fe? Como ha dicho Gracia Martín, la persona

jurídica no tiene buena o mala fe distinta a la de las personas que actúan en su nombre y beneficio (65). Es más, se podría decir que la persona jurídica no es ni siquiera un tercero, si el que comete el delito actúa en interés de la persona jurídica, no si lo hace en interés propio. Por lo tanto, se podrán decomisar los instrumentos, efectos o ganancias del delito que pertenezcan a una persona jurídica.

Asimismo, serán decomisables los instrumentos, efectos o ganancias, aunque formalmente aparezca como titular de los mismos una persona jurídica, si a través del «levantamiento del velo» se demuestra que el titular de esos bienes es la misma persona que ha cometido el delito. En este sentido, se puede ver la STS de 29 de julio de 2002 («Caso Banesto»), en la que se decomisan unos bienes que pertenecen formalmente a una empresa («Longanor, S. A.»), pero que al producirse el «levantamiento del velo» de esa persona jurídica se demuestra que dicha entidad no es un tercero, sino que se identifica plenamente con uno de los acusados: «En el caso presente está acreditado que este tercero de buena fe no existe, ya que la identidad entre el acusado R. y Longanor es plena e indiscutible».

El comiso, como consecuencia accesoria que recae sobre la empresa misma, es una sanción idónea, como ha destacado Silva Sánchez, para prevenir el delito porque, al privar a la empresa de las ganancias obtenidas, puede implicar una pérdida considerable de capacidad competitiva, aunque pueda contabilizarse como gasto en el balance (66). También, es adecuada desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, porque permite privar de las ganancias, del enriquecimiento injusto, sin dismantelar la empresa. El comiso no produce consecuencias tan graves como las consecuencias accesorias del artículo 129, que deben reservarse y aplicarse de forma subsidiaria a los casos más graves.

3. Responsabilidad civil de la persona jurídica

En nuestro Código Penal, como no se reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica, la responsabilidad civil es subsidiaria (no directa) de acuerdo con el artículo 120.3 y 4 CP (67). A través de la

(65) Vid. GRACIA MARTÍN (junto con BOLDOVA PASAMAR y ALASTUEY DOBÓN), *Lecciones de consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 401 y 402.

(66) Vid. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de...», cit., p. 366.

(67) En cambio, para los partidarios en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, la responsabilidad civil de aquella es directa en virtud del artículo 116 CP, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en...», cit., p. 342.

responsabilidad civil, nuestros Tribunales pueden privar a la empresa de las ganancias obtenidas ilícitamente, es decir, derivadas del delito. Ésta, junto con el comiso, son sanciones idóneas y proporcionadas para luchar contra la criminalidad de empresa. Incluso algunos autores, como Silva Sánchez, han propuesto reforzar o perfeccionar la responsabilidad civil para que sea posible exigirla siempre que se acredite la comisión de un delito en el seno de la empresa, aunque no pueda determinarse la persona física responsable del delito (68).

Sin embargo, eso no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, pues el artículo 116 CP, con carácter general, y salvo excepciones legales, condiciona la responsabilidad civil a que el sujeto sea criminalmente responsable de un delito o falta, ya que se trata de una responsabilidad civil *ex delicto*. En este sentido, entre otras, la SAP de Alicante, de 30 de junio de 2003 («Caso Ardystil»), exime de responsabilidad civil subsidiaria a las empresas (Bayer, ICI, Solvay) porque ninguna persona física que pertenezca a estas empresas ha sido condenada por un delito:

«Las citadas acusaciones lo que pretenden es derivar dicha responsabilidad civil de la comisión de un delito del artículo 342 del Código Penal, respecto del cual no es imputada persona alguna. Tal pretensión no puede acogerse. Si no imputamos ni condenamos penalmente por un hecho delictivo, es imposible derivar una condena civil del mismo» (F.J. 39.º).

(68) Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las...», cit., p. 366.