

## Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho penal  
de la Universidad de Sevilla

### I. Problemas penológicos de la criminalidad económica

La construcción conceptual de criminalidad económica, como algo diferenciado de la criminalidad común responde más a una cuestión de directriz político-criminal que a una elaboración de la ciencia criminológica<sup>1</sup>. Es cierto que aquella presenta algunas notas que le son particularmente características como su escasa visualización, la dificultad del cálculo económico del daño, su ejecución a través de personas jurídicas con complejas relaciones causales, la afección a bienes jurídicos de carácter no personal y, por lo general, supraindividuales y la consiguiente distancia entre el criminal y la víctima, notas, todas ellas, que hacen especialmente difícil la persecución penal de estos delitos, lo que explica, en parte, el creciente interés de los últimos años por este tipo de criminalidad.

Frente a la novedad de la incorporación al Código de un amplio grupo de figuras delictivas de esta naturaleza la doctrina presenta una marcada bipolaridad entre quienes, por un lado, intentan allanar el camino para que estos delitos puedan ser eficazmente perseguidos en el ámbito penal y quienes, por otra parte, lo obstaculizan mediante complejos expedientes dogmáticos utilizados finalísticamente para generar auténticas lagunas de impunidad.

Sin embargo, es una opinión pacíficamente compartida que el sistema penológico de la mayoría de los códigos se adapta con dificultad a las particularidades de los delincuentes de cuello blanco. Las dificultades se presentan ya desde el momento en que una correcta persecución de estos delitos obliga a superar el principio de *societas delinquere non potest*, lo que comporta tantos problemas que nuestro legislador optó finalmente por "tirar la toalla" y recluir las consecuencias ju-

rídicas del delito para las personas jurídicas en un enigmático epigrafe que responde al título de "consecuencias accesorias".

Las llamadas sanciones clásicas están pensadas para responsabilidades penales de un claro matiz individual, en las que la persona física aparece delimitada con toda nitidez. Las penas, en consecuencia, están condicionadas por el principio de personalidad, es decir, que sólo deben afectar al responsable del delito, para lo cual es preciso que su contenido se dirija a menoscabar bienes jurídicos de carácter personal –libertad, patrimonio...-. La delincuencia económica suele darse en las complejas relaciones de empresas, negocios, sociedades u otros tipos de personas jurídicas. La aplicación de una sanción clásica con carácter general es ineficaz por su excesiva personalización del castigo. Castigar al gerente de una sociedad dedicada comúnmente a servir de tapadera a un negocio ilícito no impide –como debe de aspirar la pena– que el propietario lo sustituya por otro para seguir cometiendo el mismo delito. Y a la inversa, una sanción supraindividual, que no tenga en cuenta la dimensión personal del delito, corre el riesgo de lesionar injustamente a quien no tiene ningún tipo de responsabilidad.

En concreto, el grupo de penas aparentemente más adecuadas por la propia naturaleza de estos delitos son las de carácter patrimonial y, sin embargo, en la mayoría de las ocasiones resultan insuficientes debido a que los autores responsables se encuentran respaldados por un capital sólido. Este inconveniente sólo puede soslayarse concibiendo la multa como una pena indeterminada en una escala abierta hacia arriba, tal como sucede con la multa proporcional, lo cual comporta el grave riesgo de menoscabar el principio de proporcionalidad en pos de la despatrimonialización de los responsables, lo cual, a su vez, tampoco puede constituir la meta de un Derecho penal re-

1. KAISER, G. *Criminología*. Una introducción a sus fundamentos. Madrid. 1977, p. 211.

socializador, sino de un Derecho penal inspirado exclusivamente en las ideas de inocuización profesional.

No son menos los problemas que plantean las penas que afectan a bienes jurídicos personalísimos y, concretamente, las privativas de libertad. La privación de libertad es ya, por su propia naturaleza, imposible de aplicar a las personas jurídicas, pero incluso tratándose de personas físicas responsables de esta tipología criminal también se han levantado opiniones que discrepan de la conveniencia de aplicar dichas sanciones.

Se ha dicho que frente a esta delincuencia no es posible realizar ningún tipo de actividad resocializadora por lo que no pueden cumplirse con los fines de la misma. Con ser cierto, no nos parece un argumento decisivo, pues, como también ha manifestado en reiteradas ocasiones la doctrina la prevención especial no es la única finalidad del Derecho penal. Igualmente es verdad que la entrada en prisión de un empresario, por ejemplo, a veces no es deseado ni siquiera por quienes son víctimas de sus delitos ya que su reclusión provoca cierres empresariales o la suspensión de una actividad profesional con la que se podía asegurar fuentes económicas reparatorias. Pero es inevitable que las sanciones penales privativas de libertad afecten muchas veces de forma irreversible a las relaciones sociales de los condenados y no por ello pueden dejar de imponerse. Si esto es así en las sanciones de carácter personal con más razón se dará en las objetivas. Las consecuencias indirectas de la aplicación de una condena solo son tenidas en cuenta esporádicamente por el legislador<sup>2</sup>.

Se ha señalado también que una comprensión esencial del principio de proporcionalidad reclama que se reserven las penas de carácter personal para los delitos que protegen bienes jurídicos personales y, en este sentido, frente a la criminalidad estrictamente económica no debería responderse con sanciones privativas de libertad. Esa lógica retributiva no tiene en cuenta que la gravedad del injusto no solo la determina su importancia, sino además la gravedad de la lesión, por lo que no puede extrañarnos que en ocasiones ciertos ataques al patrimonio estén más penados que otros contra la integridad personal. Los daños a la eco-

nomía nacional, a los consumidores, a las expectativas de trabajo y a los derechos de los trabajadores e, incluso, a la salud pública que se ocasionan con los delitos socio-económicos resultan a veces incalculables por su volumen.

Pero más allá de todas estas argumentaciones negativas la prisión por su ataque directo a la libertad humana y a otros derechos fundamentales estrechamente unidos a ella y por el fuerte impacto que causa en la opinión pública, es el medio más poderoso del conjunto de las penas para provocar la intimidación de quien la sufre. Numerosos estudios empíricos realizados entre hombres de negocios corroboran estos efectos<sup>3</sup>. El riesgo de una prisión sin posibilidades de suspender o sustituir su ejecución es con mucho la amenaza *sancionatoria* más grave en términos de prevención general. Por estas razones, no pocos autores que reconocen, en lo general, la crisis de la pena privativa de libertad por su efecto estigmatizante y porque no es capaz de alcanzar los fines que tiene asignados, defienden en concreto las penas personales para combatir estos delitos. Esta misma inclinación retribucionista se observa en las propias recomendaciones del Consejo de Europa, órgano caracterizado por la defensa de las finalidades preventivo-especiales<sup>4</sup>.

Ahora bien, la opción punitiva de la prisión para castigar la delincuencia económica comporta una grave decisión de política criminal. La privación de libertad, comúnmente reservada para la delincuencia violenta, refuerza su presencia extendiéndose también ahora a esta otra tipología criminal. No podemos seguir manteniendo como la única opción penológica viable frente a las nuevas formas de criminalidad la pena privativa de libertad, que de forma generalizada se reconoce sumida en una crisis profunda. Por esta razón, tampoco se debe ceder fácilmente a la tentación de resolver las desigualdades sociales en el ámbito del Derecho penal con el simple argumento de que si para los socialmente marginados y sus delitos se aplica generalmente la prisión, lo mismo ha de hacerse con los criminales de cuello blanco. Si junto a los más desamparados económicamente metemos también en prisión a los poderosos, con ello no arreglamos ni los problemas sociales de los pri-

2. Así, por ejemplo, en relación con la gravedad de las penas que pueden ser sustituidas, el artículo 88 establece que éstas podrán llegar excepcionalmente a los dos años de duración cuando "el cumplimiento de aquélla habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social".

3. TIEDEMANN, K. *Poder económico y delito*. Barcelona. 1985. p. 158 y ss.

4. En relación con las sanciones para los delitos económicos, la Recomendación (81) 12 estableció las siguientes posibilidades:

- Hacer uso apropiado, en los casos graves, de penas privativas de libertad respecto de los delincuentes económicos.
- Adoptar las medidas necesarias para que las penas pecuniarias estén más adaptadas a la situación financiera de los delincuentes económicos y a la gravedad de las infracciones cometidas, y hallar los medios legales o de otro tipo para evitar que un tercero pague la pena pecuniaria, en particular aquél en cuyo beneficio se haya cometido la infracción.
- Introducir inhabilitaciones profesionales con carácter de penas principales y, en los casos apropiados, prever el resarcimiento de la víctima como sanción penal.

meros ni tampoco los penales, sino que más bien aseguramos que la prisión, lejos de desaparecer, se mantendrá como pena hegemónica en los próximos lustros.

Mucho más interesantes son los propuestas anglosajonas y de Estados Unidos que mediante la legislación penal especial intentan dar una oferta imaginativa y diversa para alcanzar eficazmente los fines preventivos frente a la delincuencia socio-económica. Nuestro nuevo Código Penal, sin respaldo tradicional apenas, ha intentado sumarse tímidamente a esta corriente incluyendo un epígrafe específico ("consecuencias accesorias") en el que recoge algunos institutos punitivos, unos nuevos y otros ya conocidos en textos legales precedentes, reservados para penalizar a las personas jurídicas. En cambio —como veremos a continuación—, poco hemos avanzado en novedades punitivas frente a las personas físicas que se esconden tras las jurídicas.

## II. La punición de la criminalidad económica en el nuevo Código Penal

Se considera comúnmente que la delincuencia económica se corresponde con la recogida en el Título XIII, a partir de su Capítulo VI, y los Títulos XIV, XV y XVI. Es evidente que este contenido es impreciso y discutido por la doctrina en la misma medida que lo es el propio significado de delincuencia económica<sup>5</sup>. Además, tampoco pueden ignorarse las dificultades de elaborar un concepto de bien jurídico unitario y de establecer unas características criminológicas comunes.

Tras la lectura de las sanciones con que se penalizados estos delitos se comprueba que el legislador, siguiendo la misma fórmula punitiva de los Códigos precedentes, emplea preferentemente la combinación de la pena de prisión con la de días-multa. De las aproximadamente ochenta sanciones que se imponen en los referidos Títulos, en treinta y dos ocasiones se utiliza esa composición punitiva<sup>6</sup>. En esta ocasión resulta especialmente criticable el empleo de la multa en una función secundaria como es la de agravar la pena privativa de libertad. Más interesante hubiera sido su uso como alternativa a la misma. Por otra parte, de la lectura de las penas se desprende el escaso interés puesto por el legislador en conseguir un marco punitivo distinto para responder a las peculiaridades de esta forma de criminalidad. El resultado es

que, desde el punto de vista penológico, no encuentra justificación el tratamiento legal diferenciado de algunos de los tipos penales, o, lo que es peor, como apunta MUÑOZ CONDE<sup>7</sup>, tras la tipificación específica no parece esconderse, en muchos casos en los que se da una afinidad con un delito común, mas intención que darles un tratamiento penológico paradójicamente privilegiado.

También llama la atención el escaso empleo que se hace de la pena de inhabilitación profesional. Esta, que se prodiga siempre que el delito de que se trate este ejecutado por un funcionario o un profesional, sólo aparece en diez ocasiones aproximadamente y nunca en lo que puede considerarse el núcleo principal de los delitos contra el orden socio-económico. La inhabilitación se aplica en delitos como los fraudes en subastas, los atentados contra las propiedades industrial e intelectual, los delitos ecológicos, etc., pero está ausente, en cambio, en otros tipos delictivos como los delitos societarios o los delitos relativos al mercado, en los que incide de forma destacada la cualidad profesional de carácter empresarial de los responsables de los mismos.

No hay ningún obstáculo para que los responsables de estos delitos puedan beneficiarse de los institutos que impiden la entrada en prisión por breves períodos de tiempo (suspensión y sustitución) y ello pese a que frente a este tipo de delincuencia no existen los riesgos de *prisonalización* tan frecuentes en los casos de delincuencia común y a que desde una perspectiva penológica se han visto recomendables las penas de corta duración por su eficacia intimidatoria. Es mas, el legislador ha tomado la precaución de aplicar penas a las que con toda probabilidad se les pueden aplicar dichos beneficios, incluso, cuando por la concurrencia de agravantes puedan situarse en su mitad superior.

Son improbables los casos en los que corresponda aplicar medidas de seguridad frente a la delincuencia socio-económica, ya que las medidas son una consecuencia del delito vinculada a estados de semiimputabilidad o inimputabilidad por anomalía o alteración síquica, intoxicación o alteración en la percepción de la realidad vinculados con un pronóstico de peligrosidad criminal. Por su naturaleza, estos delitos difícilmente guardan relación con aquellos estados de la personalidad.

Mucho más probable es, en cambio, la posibilidad de aplicar una pena accesoria y, en especial, las recogidas en el artículo 56. De acuerdo con

5. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*. Madrid. 1978, p. 36 y ss.

6. La asignación total de penas a los distintos delitos dentro de los referidos Títulos es aproximadamente la siguiente: prisión, 8; arresto de fin de semana, 1; días-multa, 10; composiciones de prisión y días-multa, 32; de prisión y multa proporcional, 11; de prisión, multa e inhabilitación, 5; de arresto de fin de semana y multa, 2; alternativa de prisión y multa, 10.

7. MUÑOZ CONDE, F. *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de la Ley Orgánica de Código Penal*, en C.P.C. núm. 16, 1982, p. 118 y ss.

este precepto, las penas de prisión de hasta diez años podrán llevar como accesorias las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido.

Quizá pueda pensarse que si el legislador en la regulación de los delitos correspondientes no tuvo en cuenta, como ya se dijo, la inhabilitación especial es debido a que contaba con esta cláusula general de aplicación. Sin embargo, entiendo que no es así y la mejor prueba de ello es que pudiendo aplicarse igualmente en relación con otros delitos, no obstante, en numerosas ocasiones se menciona expresamente la pena de inhabilitación especial, como ocurre, por ejemplo, en los delitos cometidos por funcionarios. Por otra parte, el artículo 57 no puede aplicarse cuando la otra pena principal no lo es de prisión.

No está resuelto por el Código la compatibilidad de aplicación de una pena principal de inhabilitación especial con la misma pena aplicada como accesoria en virtud del artículo 57. Bajo la vigencia del Código anterior, la jurisprudencia terminó por aceptar un principio general de incompatibilidad. De esta manera, cuando concurría por ejemplo la inhabilitación especial como pena principal y la misma pena pero con carácter accesorio, los tribunales sólo aplicaban la primera por ser de idéntico contenido (STS. 7.12.1971).

La nueva regulación da expreso refrendo a las tesis jurisprudenciales, pero lo hace sólo en relación con uno de los supuestos de penas accesorias, a saber, cuando la inhabilitación acompaña a la prisión de más de diez años. Ninguna referencia se hace, en cambio, a la compatibilidad o incompatibilidad en los demás supuestos. Aunque se ha intentado justificar la incompatibilidad en la cláusula "no imponiéndolas especialmente" del artículo 54, lo cierto es que el referido precepto no tiene más alcance que garantizar la aplicación de estas penas aun cuando no estén previstas específicamente en el delito<sup>8</sup>.

Mayores dificultades entraña justificar la incompatibilidad cuando las inhabilitaciones tienen distintos contenidos. Así, por ejemplo, tratándose del delito de alteración de precios en subasta judicial, se prevén las penas de prisión e inhabilitación específica para concurrir a las mismas a las que se adhiere como accesoria la inhabilitación especial para el ejercicio profesional si hubiera tenido relación directa con el delito (art. 56). ¿Afecta la incompatibilidad sólo en los casos de idéntico contenido? y en el caso expuesto, ¿privilegia-

mos al autor imponiéndole sólo la pena principal de inhabilitación específica o le aplicamos también la inhabilitación especial genérica recogida como pena accesoria?

El problema es más sencillo de resolver en los supuestos de inhabilitación absoluta. Primero, porque ésta presenta siempre el mismo contenido y, segundo, porque la incompatibilidad está expresamente prevista por el legislador. No parece posible que se extienda a los supuestos del artículo 56 la incompatibilidad, para con posterioridad excepcionarlo sin fundamento legal alguno en unos casos en los que su aplicación estaría fuera de duda. Así pues, con la actual regulación, ninguna de las dos soluciones son satisfactorias. Negar la vigencia de la incompatibilidad es ignorar la lógica coherencia que debe existir en la regulación de las penas accesorias y es ignorar también la crisis de éstas y la consiguiente conveniencia de introducir criterios restrictivos. Pero, por otra parte, la incompatibilidad no puede convertirse en un privilegio injustificado con un obstáculo para aplicar una inhabilitación profesional genérica cuando el legislador ha previsto otra más específica.

El corolario de consecuencias penales derivadas del delito, dirigidas sobre todo para la criminalidad socio-económica, son las llamadas consecuencias accesorias, a cuyo análisis dedicaremos los siguientes apartados.

### III. Las consecuencias accesorias

1. El nuevo Código Penal ha incorporado un Título (IV. L. I) dentro del que el legislador decide incluir el comiso y otras consecuencias de diversa naturaleza que se encontraban dispersas a lo largo de la parte especial y que tenían como destinataria inmediata la persona jurídica. Su intención se ha limitado a mejorar la sistemática del texto legal. Más allá es imposible encontrar una respuesta firme a la dudas sobre la naturaleza jurídica del comiso y estas otras medidas, que desde hace tiempo venían preocupando a la doctrina y la jurisprudencia.

2. Antes de plantear la cuestión de la naturaleza jurídica de estas otras consecuencias a la luz de la nueva normativa, conviene recordar qué novedades se han introducido en un tema también controvertido y estrechamente relacionado con el anterior de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>9</sup>. El principio del Derecho penal napoleónico, que establece que sólo pueden ser responsables las personas físicas, ha ido con el tiempo fle-

8. GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona. 1996. p. 372.

9. Cfr. BARBERO SANTOS, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en RDM, 1957, pp. 285 y ss; ZUGALDIA ESPINAR, *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional **Societas delinquere non potest***, en CPC. núm. 11, 1980.

xibilizándose, en especial, después del Congreso Internacional de Derecho penal de 1929 (Bucarest), en el que tímidamente se sugiere a los países participantes que introduzcan reformas legales para que pueda ser agravado el castigo de aquellas personas que actúan en representación de una organización.

Un ejemplo bien ilustrativo es el caso del Código Penal francés de 1992. El mismo reconoce ahora, sin ningún género de dudas, dicha responsabilidad. En efecto el artículo 121.2 establece que "las personas jurídicas, con exclusión del Estado, son penalmente responsables, de acuerdo con la distinción del artículo 121.4 a 121.7 (que definen al autor de una acción consumada e intentada y al cómplice) y en los supuestos establecidos por la ley, por las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos, o representantes. En todo caso la colectividad territorial y sus grupos no son responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de las actividades susceptibles de ser objeto de convención de delegación de servicio público. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos."

El aumento de las actividades infractoras en el ámbito de los delitos contra el orden socio-económico que se realizan frecuentemente en el marco de una empresa o negocio y las dificultades de perseguir penalmente esos hechos, han ido haciendo cada vez más frágiles los tradicionales argumentos que sustentaban el principio de *societas delinquere non potest*. Hoy es insostenible, en primer lugar, el argumento de la *ficción* de las personas jurídicas, bien, al contrario, estas son reconocidas como persona jurídicamente independientes con derechos autónomos distintos de los de sus socios y sus órganos con capacidad de decisión. Igualmente rebatible es el argumento según el cual estas personas acceden a la vida jurídica con unas finalidades estatutarias entre las que no se recogen la comisión de infracciones penales (principio de especialidad). Aunque es cierto que las organizaciones no nacen con finalidades delictivas, no lo es menos que, en la práctica, algunas de ellas cometen delitos de los cuales no se pueden hacer responsables ni a sus representantes, ni a los órganos de gestión.

Finalmente, los conceptos de pena y de colectividad son incompatibles en la medida en que el primero evoca fines de dimensión estrictamente personal, tales como la retribución, la intimidación o la resocialización. Es con toda probabilidad la idea

más fundamentada contra la responsabilidad de las personas jurídicas, debido exclusivamente a una tradición inquebrantable de responsabilidad exclusiva de las personas físicas. No obstante, que ello haya sido y que las penas tengan una fuerte impregnación personal no es un argumento que vincule para el futuro. El legislador debe diseñar una respuesta penológica adecuada para las personas jurídicas de igual forma que en su momento la diseño para las personas físicas peligrosas sin culpabilidad.

Tampoco son convincentes los argumentos de la incompatibilidad de los fines de la pena en relación con las personas jurídicas, ni de la desviación hacia las víctimas inocentes de las consecuencias punitivas, ya que, en definitiva, son sus gestores y representantes quienes tomaron las decisiones delictivas y es a quienes va dirigido el mensaje preventivo. Por otra parte, es perfectamente imaginable el diseño de unas penas que tengan en cuenta las circunstancias de un colectivo de trabajadores de la empresa o accionistas, acreedores o gestores de buena fe a los que no se les perjudique con la imposición de la pena.

En nuestro Derecho positivo la reforma de 1983 introduce por vez primera un tímido cambio legislativo que va a excepcionar el principio de la irresponsabilidad. Allí tan sólo se eliminan los eventuales obstáculos que pudiesen impedir que la responsabilidad de los delitos cometidos por una persona jurídica no se hiciese extensiva a sus representantes. El Código actual modifica la redacción de dicho precepto, mencionando de forma genérica a los administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica (art. 31<sup>10</sup>) y lo que es más importante en relación con el tema que nos ocupa, recoge una serie de consecuencias punitivas que tienen como destinataria la persona jurídica (art. 129). Lo uno y lo otro sitúa nuestro sistema penal dentro de aquéllos que prevén una responsabilidad penal indirecta.

El cambio introducido demuestra, a nuestro juicio, que más allá de las innegables dificultades que se presentan para hacer extensiva a las personas jurídicas la responsabilidad penal, tanto en orden a poder afirmar que estas son capaces de realizar una conducta típica, como que pueden ser objeto del juicio de culpabilidad (entendido como reproche o como motivación), existe una necesidad político-criminal de reaccionar frente a las mismas, cuando son instrumentalizadas en ese sentido. Esta necesidad se descubre en numerosos pasajes del Código, en los que el legislador dispone

10. Con razón se ha criticado por la doctrina la amplitud de este precepto, al no requerir que los administradores realicen un acto ejecutivo del delito que se trate. Con la actual redacción parece que se pretende castigar a los representantes o directivos de una persona jurídica en el marco de la cual se ha cometido un delito, por el simple hecho de serlo y no concurrir en ellos las cualidades típicas (MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*. 4ª Edic. Barcelona. 1996, p. 177.

de una rica variedad de sanciones dirigidas contra empresas o sociedades infractoras.

Quizás el expediente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sirva para confirmar que el tradicional abanico de reacciones frente al delito –pena, medida y responsabilidad civil– resulta hoy insuficiente. Las personas jurídicas no son penalmente responsables en el sentido estricto, pero cuando sus actuaciones infringen la ley penal se dispone de unas sanciones que sin ser pena se asimilan a ellas en todo aquello que no presentan sus características propias. El tiempo se encargará de ir perfilando los principios limitativos de esa nueva responsabilidad que el legislador bautiza en nuestro país como “consecuencias accesorias”.

3. No corresponde a la ley resolver debates de la doctrina, y esta afirmación ha sido tenida muy en cuenta por el legislador a la hora de regular las consecuencias accesorias. Es cierto que en alguna ocasión utiliza la expresión pena para referirse a las mismas, como ocurre en el artículo 262 en relación con el delito de alteración de los precios de la subasta, en donde se indica que tratándose de una subasta convocada por la Administración, se “impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho de contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años”<sup>11</sup>. La estricta interpretación literal de este precepto, tiene un alcance extraordinario, pues en él, no sólo se afirma que dichas consecuencias son penas, sino incluso que el principio *societas delinquere non potest* se encuentra definitivamente superado en nuestro país con la eventual criminalización directa de las mismas. Pero si realmente fuera esa la *voluntas legislatoris* no hubiera esperado al Libro II. Semejante declaración es una cuestión que debe ubicarse entre los principios generales del sistema penal. Además, en el resto de las ocasiones en las que se refiere a las mismas consecuencias lo hace utilizando la expresión “las medidas previstas”<sup>12</sup>. Mas bien puede afirmarse que el legislador ha querido distanciar las consecuencias accesorias de la pena, pues el anterior Código incluía el comiso entre las penas.

En la doctrina encontramos una rica variedad de propuestas sobre la cuestión que prácticamente agotan todas las que son imaginables, y en todos los casos hay una pacífica coincidencia en que resulta más fácil decir lo que no son las consecuencias accesorias que lo que son. Los esfuerzos dirigidos a encontrar una naturaleza común a todas estas otras consecuencias del delito resulta baldío.

La doctrina no alcanza a buscar elementos positivos comunes a todas ellas, sino tan solo a destacar cuales son los obstáculos que impiden incluir las reacciones aquí recogidas en cualquiera de las categorías clásicas.

La naturaleza de pena les viene negada a las consecuencias accesorias por distintos motivos. Por una parte, porque se aplican en función de criterios ajenos a la culpabilidad. El fallo condenatorio en el que se decide su aplicación no concluye con la declaración de responsable penal de quien sufre un comiso o la pérdida de su empresa. Tampoco se encuentran sometidas a las reglas generales de determinación de las penas, ni aparecen recogidas en el catálogo general de penas del artículo 33. Por último, ni siquiera pueden asimilarse a las penas accesorias con las cuales sólo tienen en común la accesoriidad.

Más partidarios han encontrado tradicionalmente las tesis que las identifican con las medidas de seguridad. No debemos olvidar que, concretamente el comiso, se encontraba entre las medidas en el anterior Código. Incluso el legislador parece inclinarse por esta hipótesis cuando establece que su aplicación es discrecional o cuando en el artículo 129. 3 señala que “estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva”. Se refrenda así la opinión de quienes distinguen entre peligrosidad subjetiva, que inspira las medidas de seguridad y la peligrosidad objetiva, que fundamenta las consecuencias accesorias. En el primer caso la peligrosidad procede de personas físicas y en el segundo de las personas jurídicas o de las cosas.

Pero tampoco son plenamente convincentes estos argumentos. A parte de las dificultades de aceptar un concepto de peligrosidad objetiva que tan sólo alcanza a explicar el comiso de ciertos artículos como un arma o unos explosivos, pero no la clausura de una empresa, tampoco el legislador establece para la imposición de las consecuencias accesorias ninguna de las garantías (proporcionalidad, vicariedad, etc.) que se exigen en las medidas. Por otra parte, el fundamento de las consecuencias accesorias, sobre todo en relación con las medidas del artículo 129, no está en la peligrosidad. Mas son tratadas como auténticas penas accesorias cuya aplicación depende exclusivamente de la concurrencia de una serie de circunstancias objetivas que, en este caso, se reducen a la vinculación de la empresa o el negocio con la actividad delictiva. Sólo una interpretación restrictiva nos permite reducir a límites más tolerables la amplitud de lo dispuesto en el artículo 129.

Por último, concurren también razones formales, ya que, aunque el legislador en numerosas oca-

11. También, como veremos más adelante, la Ley sobre Contrabando (art. 5) se refiere al comiso llamándolo “pena”.

12. Cfr. arts. 288, 294, 327, 366 y 520.

siones se refiera a estas consecuencias llamandolas "medidas", no se explica por qué en vez de mantenerlas dentro de la regulación general de las medidas —como sucedía antes con el comiso, como se propuso en el Proyecto de 1980 para todas ellas—, finalmente, se incline por regularlas en un Título aparte.

Quedaría, por último, confrontar las consecuencias accesorias con las consecuencias reparatorias derivadas del delito, de las que a todas luces aparecen más alejadas. Ni el comiso ni el resto de las medidas tienen como finalidad la restitución, la reparación o la indemnización. Es más, si fueran estos los criterios por los que debiera guiarse el órgano judicial, en muchas ocasiones las consecuencias accesorias serían inaplicables.

Pero, con todo, no puede negarse la fuerte impregnación civilista del conjunto de las consecuencias accesorias, en la medida en que todas ellas permiten soslayar el grave obstáculo del principio de personalidad, que limita a todos los institutos penales.

Necesariamente, como apunta con acierto GRACIA MARTÍN<sup>13</sup>, las consecuencias accesorias no pueden encontrar una respuesta unitaria a muchas de las cuestiones que plantea, por más que el legislador las haya recogido bajo un mismo epígrafe. Más allá de esto sólo estamos en condiciones de afirmar que nos encontramos ante una nueva consecuencia jurídica del delito que no es pena, ni medida, ni responsabilidad civil.

Quizás aceptar esta hipótesis de la cuarta vía —cuarta consecuencia del delito— puede resultar un abandono prematuro al análisis en profundidad de estas figuras, además de dejar sin respuesta a cuestiones que de otra manera son fáciles de responder, tales como el fundamento, las reglas de determinación, las posibilidades de extenderle algunos beneficios penales o los principios garantistas en que se inspiran. Ahora bien, que se reconozca su autonomía conceptual no es un argumento que impida que las consecuencias accesorias se regulen de acuerdo con las reglas que rigen para el resto de los institutos.

#### IV. El comiso

1. El comiso en el nuevo Código Penal presenta novedades importantes, de entre las que cabe destacar la extensión al comiso de las ganancias obtenidas por el delito. De acuerdo con este precepto, "toda pena que se imponga por un delito o falta doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con

que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe, no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán".

Sin embargo, el legislador vuelve a insistir en una regulación atomizada del mismo sin aclarar si las reglas del comiso recogidas en el Libro I del Código irradian sobre los supuestos más específicos de la parte especial. Dentro de los delitos contra el tráfico de estupefacientes, se hace una mención expresa al comiso con un alcance que no sólo se contradice con la regulación general de esta medida, sino que plantea graves dudas sobre su legalidad, ya que permite a los tribunales la despatrimonialización de los autores sin aparente sometimiento al principio de proporcionalidad. Por otra parte, mientras que en la regulación general se prevé que lo obtenido de los bienes decomisados pueda emplearse con fines reparatorios, en este supuesto se adjudica sin más al Estado. Veamos el contenido literal del texto legal: "1. A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar. 2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar así mismo que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancie el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio, puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas. 3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado" (art. 374).

13. GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN y otros, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*. Valencia. 1996, p. 439 y ss.

Mucho más comedida resulta la referencia al comiso que se hace en relación con los delitos de conducción temeraria con desprecio para la vida de los demás, y el cohecho y tráfico de influencias. En el primer supuesto, para asegurar que los vehículos puedan ser decomisados (art. 385) y, en los segundos para hacer lo mismo con las dádivas presentes o regalos (art. 431).

Fuera del Código Penal se mantiene la regulación específica del comiso en el ámbito de los delitos relacionados con el contrabando. Como en el supuesto del tráfico de estupefacientes, se trata de un comiso que desborda los límites de la regulación general. Téngase en cuenta que la determinación de los bienes decomisables, por ejemplo, es una cuestión que debe ser decidida por el legislador con carácter general, de la misma manera que el contenido de las inhabilitaciones o de las penas privativas de libertad y es dudoso que, en contra de los que se establece en la parte general, se pueda ya en el Libro II incluir unos bienes que no han sido mencionados allí. El comiso en la Ley Orgánica de represión del Contrabando queda de la siguiente forma: "Comiso. 1. Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos: a) Las mercancías que constituyan el objeto del delito. b) Los materiales, instrumentos o maquinarias empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos. c) Los medios de transportes con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en este, y el Juez o el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto de comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando. d) Las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubiera podido experimentar. e) Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fuere, hayan servido de instrumento para la comisión del delito. 2. No se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando, cuando estos sean de lícito comercio y hayan sido adquirido, por un tercero de buena fe. 3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado".

2. La naturaleza jurídica del comiso sobre las ganancias del delito es diferente de la naturaleza de las otras dos modalidades. Cuando se trata de decomisar las ganancias, se evita un enriquecimiento

injusto procedente del delito<sup>14</sup>. Nos encontramos ante una figura jurídica muy próxima a la de responsabilidad civil, no tanto porque su gravedad se determina por un elemento ajeno al hecho delictivo como son las ganancias, sino porque su aplicación no responde a los fines ni preventivos ni retributivos del sistema penal. Nadie discute el carácter punitivo de la pena proporcional y, no obstante, en su determinación los tribunales deberán de tener en cuenta "el beneficio reportado por el delito" (art. 52.1). Lo que es ajeno al Derecho penal es la pretensión de evitar un enriquecimiento ilícito, independientemente de que origine o no un perjuicio a terceras personas.

Distintos son los supuestos de los comisos de los instrumentos y efectos del delito. La doctrina ha encontrado dificultades para considerarlos penas o medidas. Lo primero porque de tratarse de una pena no podrían ser decomisados los instrumentos del delito de un sujeto inimputable. Tampoco podría extenderse el comiso a quienes fueran titulares de los bienes pero ajenos a la responsabilidad penal por el delito que da lugar al decomiso. No obstante, aun sin ser una pena, participa de algunas de las garantías de esta, como es la proporcionalidad "con la naturaleza o gravedad de la infracción penal" (art. 128). El comiso se encuentra, igual que las penas y las medidas, sometido al principio de legalidad en todas sus manifestaciones.

Tampoco es el comiso de los instrumentos y efectos del delito una medida de seguridad. Por las mismas razones anteriormente apuntadas, las medidas como las penas tienen un carácter personal que no se da en el comiso. En este sentido, el comiso alcanza los bienes, pertenezcan o no al responsable del delito, sin más limitación que el adquirente de buena fe.

Pero el comiso, que ahora estamos estudiando, responde también a los postulados preventivos especiales. Ciertamente, el comiso tiene por objeto algunos bienes que resultan intrínsecamente peligrosos (drogas, dinero falsificado) y otros que son peligrosos en la medida que se encuentran a disposición de una persona. Como señala GRACIA MARTÍN<sup>15</sup>, el fundamento del comiso está en la peligrosidad del uso peligroso que un cierto sujeto hace de ellos y cuando la titularidad de los mismos es de una tercera persona, el fundamento del comiso está en que el propietario no ofrece garantías suficientes de que el condenado acceda al uso peligroso de dichos bienes. Sin embargo, este autor niega que semejante fundamento del comiso tenga relación con las medidas preventivas<sup>16</sup>.

14. MANZANARES SAMANIEGO, *El comiso*, en REP núm. 216-219. 1977, pp. 39 y 40. En el mismo sentido GRACIA MARTÍN, en *Las Consecuencias...* op. cit. p. 452.

15. GRACIA MARTÍN, *Las consecuencias...* op. cit. 447.

16. En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, *El comiso*. op. cit. p. 38.





A nuestro juicio, estamos ante una reformulación actualizada de la inocuización. Se trata del desarrollo de la prevención situacional (o prevención natural) que propone como estrategia de lucha contra el delito la evitación de aquellas situaciones que son propicias al mismo, tales como el fácil acceso a instrumentos que con anterioridad han sido utilizados para otros delitos. Este es el caso y el fundamento preventivo del comiso.

El comiso no puede tener naturaleza ni civil ni administrativa, porque de ser así no encontraría justificación en que pudieran expropiarse los bienes a sus titulares por razones de prevención criminal. El comiso de efectos e instrumentos es una consecuencia jurídica del delito de naturaleza penal y como el resto de ellas tiene una finalidad preventiva. Por esta razón, no debe de extrañar que algunos de los conceptos que se emplean en su regulación, aunque procedan de otras ramas del Derecho adquieran aquí una significación distinta.

Si el fundamento del comiso es la peligrosidad no propiamente objetiva, sino del sujeto en relación con ciertos objetos, para aplicarlo será preciso no sólo que concurren una serie de garantías objetivas, sino que además exista un pronóstico desfavorable de criminalidad.

3. Tipos de comisos. Teniendo en cuenta el objeto la nueva regulación del comiso permite distinguir tres modalidades distintas:

a) Comiso de los efectos que provengan del delito. La expresión *efecto* ha seguido una evolución restrictiva. Así, para GROIZARD, efectos debía entenderse en un sentido lato, incluyendo "los objetos que forman el delito y los producidos por el mismo"<sup>17</sup>. Hoy, en cambio, la doctrina dominante se inclina por excluir de los efectos el objeto del delito<sup>18</sup>, de manera que efecto sólo es producido o transformado por el delito. Semejante interpretación da lugar a una injustificada imposibilidad de decomiso de las armas en un contrabando de las mismas, de las cosas sustraídas cuando no se conoce el dueño o de un paquete de acciones que han sido puestas a la venta fraudulentamente. Sólo la específica referencia a los objetos, en algunas ocasiones como en los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, permite que pueda decomisarse la droga.

b) Comiso de los instrumentos con que se haya ejecutado. El instrumento es aquello de que se sirve el autor para la ejecución del delito. Por mas que al autor se le encuentren otros instrumentos que se presume pueda haber utilizado para cometer otras infracciones, solo pueden ser decomisados los instrumentos usados en el deli-

to que ha dado lugar a la causa penal. La utilización de la teoría de la equivalencia nos conduciría a un concepto de instrumento desorbitado (el local de negocios, la fábrica, la patente, los valores, etc.), en su lugar deben considerarse instrumentos sólo aquellos que fueron utilizados o se encuentran vinculados con las acciones a las que son objetivamente imputables la comisión del delito. No necesariamente los instrumentos tienen que ser cosas tangibles, también puede ser decomisado un título nobiliario utilizado por el reo para la comisión de estafas, un contrato de arrendamiento, un soporte informático o energía eléctrica si esta ha sido retirada del mercado con intención de desbastecer un sector.

c) Comiso de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Se trata de una modalidad expresamente pensada para frenar los casos de transformación de los beneficios de las actividades delictivas del mundo de los negocios mediante técnicas de blanqueo, empleando todas las posibilidades que para ello ofrece la moderna ingeniería financiera. La referencia a las transformaciones que dichas ganancias hubiera sufrido es innecesaria e inexacta. Innecesaria porque ya con carácter general se establece que pueden decomisarse los bienes aunque pertenezcan en ese momento a a una tercera persona. Inexacta porque las transformaciones de las ganancias en manos de terceros de buena fe ya no podrán ser decomisadas.

4. Presupuestos para la aplicación del comiso. El comiso es una medida postdelictual y accesoria de una pena. En consecuencia, el legislador exige para poder aplicarlo no sólo que el reo haya sido inculcado por un delito o falta dolosos, sino que haya sido condenado en firme y se le haya impuesto una pena de la que el comiso resulta accesoria. Semejantes presupuestos dan lugar a que con la nueva regulación se den inexplicables espacios de imposible aplicación. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que el sujeto no es condenado por concurrir una excusa absolutoria o por ser inimputable pero queda acreditado, en cambio, que empleó determinados instrumentos para cometer los delitos. Al no castigársele con pena el comiso no puede ser aplicado. Sin embargo, algo tan irregular como es que la consecuencia del delito pueda afectar a terceras personas, es aquí perfectamente imaginable cuando los bienes pertenecen a alguien distinto de la persona condenada

Por otra parte, a la aplicación del comiso se le ha dotado de ese automatismo que caracteriza a las

17. GROIZARD, *El Código Penal de 1870. Comentado y concordado*. Burgos. 1872, p. 308.

18. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*. Barcelona. 1972, p. 196 (T.II). En el mismo sentido, REEG, *Comentarios al artículo 344 bis e)*, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios a la legislación penal* (T. XII), p. 447.

penas accesorias y que permite su aplicación sin necesidad de que concurren otros requisitos. "Toda pena, dice el legislador, que se imponga por un delito o falta dolosa llevará consigo la pérdida..." Semejante disposición debe interpretarse de forma restrictiva a partir del propio fundamento del comiso. En tanto no se acredite el pronóstico de peligrosidad del sujeto en contacto con los ciertos bienes no será posible decomisar.

El presupuesto es la condena por un delito o falta dolosa, entendiéndose por tal cualquiera de las manifestaciones del dolo (directo o eventual).

5. No pueden ser decomisados los bienes que pertenezcan o hayan sido transferidos a terceros de buena fe. En el Derecho civil común la buena fe significa la creencia de que una cosa pertenece a una persona, sin intervención de fraude alguno o de que el acto realizado es lícito o justo<sup>19</sup>. En el caso que nos ocupa es indiferente que el tercero tenga buena fe, es decir, sea consciente de la licitud civil del negocio jurídico por el que se le han transferido los bienes. Dejará de haber buena fe sólo cuando conozca que estos han sido o bien instrumentos para la comisión de un delito, efectos o ganancias del mismo. Sin embargo, se plantean dudas sobre si el conocimiento ha de ser cierto o sólo eventual y si ha de concretarse en unos hechos delictivos, los mismos que van a dar lugar a la condena o basta con la convicción de que proceden de unos delitos no determinados. Teniendo en cuenta que se trata de tercera persona ajena a la comisión del delito, exigir un conocimiento directo y concreto puede generar graves lagunas de punibilidad quizá no recomendables desde una perspectiva político-criminal. Ahora bien, con toda probabilidad los casos en los que se utilizan a terceras personas para ocultar bienes o blanquear ganancias en el marco de delitos macrofinancieros van a dar lugar a responsabilidad penal independiente para estas (receptación, blanqueo, encubrimiento, etc.) por lo que se abren nuevas perspectivas de decomisar en condición de autor y no de tercera persona. Así pues, la irregularidad y excepcionalidad de que una consecuencia penal del delito afecte directamente a terceras personas hace recomendable exigir con rigor las mínimas garantías que en este supuesto se concretan en el conocimiento directo y no eventual de que los bienes que poseen proceden o fueron utilizados en unos delitos concretos.

6. El principio de proporcionalidad. El artículo 128 suma a la regulación del comiso el principio general de proporcionalidad del sistema penal, con las particularidades que requiere el caso concreto. Su texto, que ha permanecido inalterado en el nuevo Código, es el siguiente: "Cuando los referi-

dos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrán el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente".

En realidad nos encontramos aquí con dos principios distintos. Por una parte el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que obliga a los Tribunales a considerar la oportunidad del comiso cuando el valor o la naturaleza de la infracción (a lo que se ha de sumar el daño que ocasione la pena impuesta por la misma) sea menor que el perjuicio que se causa con el comiso. Por otra parte, un principio limitativo del comiso en base a consideraciones victimológicas. Aun cuando el comiso resulte proporcional, si han sido satisfechas las responsabilidades civiles se acordara su no imposición o su imposición parcial.

En la poderación de oficio que lleven a cabo los tribunales tendrá que ser tenidas en cuenta las circunstancias del comiso. Si recae sobre el autor o terceras personas, si afecta a bienes de primera necesidad, si puede perjudicar a otras personas no relacionadas con los hechos, etc.

La eficacia del principio de proporcionalidad ha quedado reducida sólo a dos supuestos de comiso: de efectos y de instrumentos. La exclusión del comiso de las ganancias no puede significar que no se encuentre sometido a los principios generales de intervención mínima y de proporcionalidad. En ocasiones, ciertas ganancias provenientes de la comisión de un delito pueden ser acrecentadas por medio de otros negocios, y aunque literalmente las mismas tienen un origen ilícito su posible decomiso estará sometido a otros límites que no sean únicamente la posesión de buena fe.

En todo caso, también a los comisos previstos específicamente para el tráfico de drogas o el contrabando les será de aplicación este principio de proporcionalidad, lo cual plantea un problema, ya que la proporcionalidad tiene como presupuesto la satisfacción de las responsabilidades civiles, mientras que en la regulación específica del comiso se señala que los bienes serán adjudicados al Estado.

### V. Otras consecuencias accesorias

1. El artículo 129 incluye un paquete de consecuencias accesorias que fundamentalmente tienen como destinatario directo las personas jurídicas que se han visto involucradas en la comisión del delito. Están recogidas en el artículo 129 con el que se cierra el Título y su contenido es el siguiente:

19. MOUTÓN Y OCAMPO, *Vox Buena Fé*, en N.E.J. Tomo III. Barcelona. 1951, p. 455.

2. Como ya hemos señalado el legislador se ha limitado a recoger en un solo artículo algunas de las medidas que aparecían en el anterior Código Penal dispersadas por el Libro II y que suscitaban dudas sobre su naturaleza jurídica. El hecho de que se recojan bajo la denominación de consecuencias accesorias no permite avanzar en la resolución del problema de la naturaleza jurídica de las mismas. La única razón para desechar la tesis de que nos encontramos ante auténticas medidas de seguridad es que el destinatario de estas consecuencias son las personas jurídicas y no físicas. Sin embargo, aunque pueda considerarse vigente el principio de *societas delinquere non potest* y, en consecuencia, formalmente no puedan considerarse medidas, las consecuencias establecidas en este precepto tendrán que regularse materialmente de acuerdo con los principios generales que regulan aquéllas.

3. Para su sistematización GRACIA MARTÍN<sup>20</sup> acude a los criterios preventivos y así distingue entre medidas preventivas de carácter asegurativo y medidas coercitivas. A nuestro juicio, son sin embargo todas ellas de carácter preventivo, en el sentido que ya hemos apuntado. Se trata de medidas tendentes a evitar que el reo vuelva a tener posibilidades de acceder a una actividad en la que mostró sus tendencias delictivas. En esta ocasión la separación entre el individuo y el medio favorable se pretende alcanzar mediante el cierre del negocio, la empresa o la sociedad.

Si el reo no ha sido condenado a una inhabilitación que le impida el ejercicio profesional, no habrá inconveniente alguno en que pueda crear o constituir una empresa nueva o una sociedad distintas.

4. La accesoriedad aquí no aparece por ningún lado. Al contrario que en el comiso, el tribunal no se encuentra vinculado a la imposición de una pena. Sea cual sea el resultado de la responsabilidad criminal se puede imponer una o algunas de estas medidas.

Si es en cambio un presupuesto de las mismas el pronóstico de peligrosidad. Imponer una medida sin que concurra el mismo infringiría los fines de esta institución recogidos expresamente en el último párrafo.

5. Se trata, como hemos apuntado, de unas consecuencias muy próximas a las medidas de seguridad, por lo que analógicamente debe de aplicarse la regulación general de estas. En este sentido, la aplicación de la medida se rige por el principio de necesidad y cuando desde una perspectiva preventiva se estime que no es necesario mantener la clausura, el Juez o Tribunal debe proceder a levantarla o sustituirla por otra.

La imposición de una consecuencia de esta naturaleza debe recogerse en el fallo y fundamentarse. Como garantía de que responde a razones de prevención, el legislador exige al órgano judicial previo la imposición de audiencia a los titulares o sus representantes legales.

Nuevamente encontramos aquí una plausible atención a los intereses de quienes pueden resultar ser doblemente victimizados: primero por el delincuente y después por la imposición de la pena. Para evitar este efecto negativo no deseado se prevé que en lugar de la clausura de la empresa se proceda a su intervención.

De cara a una mayor eficacia y agilidad se dispone también la intervención con anterioridad al fallo condenatorio-firma, lo que constituye una medida cautelar real. ●

20. GRACIA MARTÍN, *Las consecuencias*, op. cit. pp. 458 y ss. En el mismo sentido, SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*. Bolonia. 1989.