

55

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRATIQUE ET PRO

Revista

Enero 2025

55

Revista Penal

Penal



Enero 2025



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 55

Sumario

Doctrina:

– Noticias falsas y amnistía, por <i>Miguel Abel Souto</i>	5
– La bipolaridad del Código Penal, por <i>María Acale Sánchez</i>	14
– Los retos del Derecho penal posmoderno: los coches autónomos y el sistema de faltas en el ordenamiento jurídico italiano, por <i>Maristella Amisano</i>	31
– La libertad de expresión. Algunas reflexiones desde el Derecho penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> ..	45
– La <i>desaparición</i> de la delincuencia infantil en España, la consiguiente ausencia de debate y, de nuevo, un espejo en el que mirarse: Alemania, por <i>Miguel Ángel Cano Paños</i>	66
– Inaplicación del principio de no punición a víctimas de trata de seres humanos (comentario de la STS 960/2023, de 21 de diciembre), por <i>Marcos Chaves-Carou</i>	83
– Personas jurídicas instrumentales como sujetos inimputables a efectos del régimen legal del art. 31 bis CP: posibilidades de respuesta penal, por <i>Javier G. Fernández Teruelo</i>	96
– Manipulaciones bursátiles, redes sociales y desinformación. El “Caso Gamestop” como piedra de toque del delito del art. 284.1.2º del Código Penal, por <i>Alfonso Galán Muñoz</i>	112
– Mentiras e ilusiones. Acerca de las ultrafalsificaciones, por <i>Mª del Carmen Gómez Rivero</i>	128
– La amnistía como (nueva) causa de extinción de la responsabilidad penal: aspectos problemáticos de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, por <i>José León Alapont</i>	155
– Las objetables y escasamente atendidas “defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”: ¿castigo penal de la pobreza energética e ilícitos civiles criminalizados?, por <i>Félix Mª. Pedreira González</i>	181
– Entidades pantalla y proceso penal, por <i>Pedro Pablo Pulido Manuz</i>	209

Sistemas Penales Comparados:

– Delitos de malversación o peculado (<i>Crimes of embezzlement</i>)	235
--	-----

Bibliografía:

– Abadías Selma, Alfredo: <i>Violencia de Género: Una exégesis sobre su tipología delictiva</i> , Editorial Dykinson, Madrid, 2023, 204 páginas, por <i>Núria Fernández Albesa</i>	307
– Ferré Olivé, Juan Carlos: <i>El delito de blanqueo de dinero</i> . Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 412 páginas, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i>	313
– Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>Jaime Couso Salas</i>	317
– Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>José Luis Guzmán Dalbora</i>	320

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>.

Pueden consultarse números posteriores en <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Consuelo Murillo Ávalos (Chile)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Luigi Foffani (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Personas jurídicas instrumentales como sujetos inimputables a efectos del régimen legal del art. 31 bis CP: posibilidades de respuesta penal

Javier G. Fernández Teruelo

Revista Penal, n.º 55 - Enero 2025

Ficha Técnica

Autor: Javier G. Fernández Teruelo

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Oviedo

ORCID: 0000-0002-1576-4527

Title: Instrumental legal persons that cannot be prosecuted for the purposes of the Art. 31 bis of the Spanish Penal Code: possibilities for a criminal response.

Sumario: I. La introducción en nuestra legislación de una fórmula de responsabilidad de los entes corporativos. Obtención de personalidad jurídica (condición positiva) y la exclusión de los entes del art. 31 quinquies (condición negativa). II. Personas jurídicas como instrumento para la ejecución de delitos. El caso del blanqueo de dinero. III. La distinción de las sociedades instrumentales de las sociedades cuya actividad legal es menos relevante que la ilegal (art. 66 bis CP). IV. Fundamento de la consideración como sujetos inimputables de las personas jurídicas instrumentales. V. Incumplimiento de las condiciones y requisitos del hecho de conexión (atipicidad de la conducta). VI. Fórmulas de reacción: El recurso a las consecuencias accesorias del art. 129 CP. VII. Fórmulas de reacción: La respuesta a través del decomiso. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

Summary: I. The introduction in the Spanish Penal Code of the criminal liability of legal persons. Obtaining legal personality (positive condition) and the exclusion of the entities of article 31 quinquies of the Spanish Penal Code (negative condition). II. The existence of legal persons those are an instrument for the execution of certain offences. The case of money laundering. III. The distinction between instrumental legal entities and those whose legal activity is less relevant than their illegal activity (article 66 bis of the Spanish Penal Code). IV. Basis for the consideration of instrumental legal entities as non-imputable subjects. V. Breach of conditions and requirements of the connecting factor (atypical nature of the conduct). VI. Reaction formulas: Recourse to the accessory consequences of article 129 of the Spanish Penal Code. VII. Reaction formulas: The response through the figure of confiscation. VIII. Conclusions. IX. Bibliography.

Resumen: En este trabajo se analizan las posibilidades que existen para que las personas jurídicas de carácter instrumental, esto es aquellas que tienen como fin único o casi único la comisión de delitos (especialmente, aunque no solo, el delito de blanqueo de dinero) puedan ser penalmente condenadas. En la primera parte del trabajo se sistematizan los argumentos que llevan a concluir que no es posible su condena penal. A continuación, se buscan fórmulas alternativas de respuesta, que no se sustenten en el reproche a la propia entidad (lo que es propio del modelo de responsabilidad), sino que traten a dicho ente como un instrumento peligroso en manos del autor, recurriendo para su desactivación a las consecuencias accesorias y, en particular, a las distintas formas de decomiso introducidas en recientes reformas penales.

Palabras clave: Personas jurídicas, Responsabilidad penal de personas jurídicas, Blanqueo de dinero, Personas jurídicas instrumentales, Consecuencias accesorias, Decomiso

Abstract: This paper analyses the possibilities that exist for instrumental legal persons, i.e. those whose sole or almost sole purpose is the commission of crimes (especially, but not only, the money laundering), to be criminally convicted.

The first part of the paper systematized the arguments that lead to the conclusion that criminal conviction is not possible. It then looks for alternative formulas of response, which are not based on the reproach of the entity itself (which is typical of the liability model), but which treat this entity as a dangerous instrument in the hands of the perpetrator, using the accessory consequences and, in particular, the different forms of confiscation introduced in recent criminal reforms to deactivate it.

Key words: Legal entities, Corporate Criminal Liability, Money laundering, Instrumental legal entities, Accessory consequences, Confiscation

Rec.: 28-10-2024 **Fav.:** 13-11-2024

I. LA INTRODUCCIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN DE UNA FÓRMULA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES CORPORATIVOS. OBTENCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA (CONDICIÓN POSITIVA) Y LA EXCLUSIÓN DE LOS ENTES DEL ART. 31 QUINQUIES (CONDICIÓN NEGATIVA)

Pronto se cumplirán los primeros 15 años de vigencia del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestra legislación penal (incorporado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) y una década desde la importante reforma del año 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), que determinó cambios significativos en la fórmula, especialmente a través de la introducción en el modelo del conjunto de requisitos y condiciones mínimas que debe cumplir un programa de compliance penal o prevención de delitos.

Pese al tiempo transcurrido, estamos ante una construcción teórica y legislativa, que aún presenta múltiples incertidumbres por resolver, lo que debe tratar de lograrse a través del desarrollo de una dogmática completa y coherente que articule y apunte todo el modelo. La fórmula legal de responsabilidad de los entes corporativos no incorporó ni en su redacción inicial ni en sus reformas posteriores un concepto de “persona jurídica”, a la que le resulta aplicable el modelo, y ello pese a que dicha institución (la persona jurídica) constituye el epicentro en torno al cual gira todo el modelo. Dicha omisión determina la aparente necesidad de acudir a las fórmulas extrapenales de adquisición de personalidad jurídica, según el tipo de entidad ante la que nos encontremos.

Dentro de las entidades que adquieren personalidad jurídica se incluyen (por disposición legal extrapenal), entre otras las siguientes: – las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, colectivas, laborales, etc., – las sociedades estatales, autonómicas, provinciales y locales, – las sociedades cooperativas y las sociedades agrarias de transformación, – las sociedades unipersonales, – las agrupaciones de interés económico, – las agrupaciones europeas de interés económico, – las

asociaciones, fundaciones e instituciones de todo tipo, tanto públicas como privadas, – los entes públicos (Administraciones del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas, Corporaciones locales, Organismos Autónomos, etc.).

La única limitación de la norma penal se refiere precisamente a este último grupo de entidades, a través de su exclusión expresa, mediante la cláusula contenida en el art. 31 quinquies CP. Sin embargo, una de las cuestiones de la fórmula de responsabilidad, sólo parcialmente resuelta, es la relativa a si más allá de esta previsión expresa del art. 31 quinquies (exclusión de determinadas personas jurídicas) existen otras entidades que, aun habiendo obtenido personalidad jurídica, deben, sin embargo, quedar al margen del modelo, adquiriendo por tanto la condición de personas jurídicas penalmente irresponsables.

Una decisión de ese tipo debe tomarse a través de la configuración de una estructura argumental, integrada en un modelo dogmático que lo justifique, ya sea por imposibilidad de cumplimiento de alguno de los requisitos del denominado hecho de conexión (contenido de los apartados a y b del art. 31 bis CP). Se configura de este modo una cuestión de atipicidad, ya sea por el alejamiento de los presupuestos y fundamento de esta forma de responsabilidad, con la consiguiente ausencia de la posibilidad de formular un reproche penal, en cuyo caso nos encontraremos frente a una persona jurídica inimputable.

Analizando la jurisprudencia referida al modelo de responsabilidad emanada hasta la fecha, podemos constatar que, con matices, se ha planteado la condición de personas jurídicas inimputables, a dos tipos de entidades:

- *Sociedades unipersonales en las que existe una “confusión de personalidades física y jurídica”*, esto es, aquellos supuestos en los que no existe en la sociedad un núcleo de actuación diferenciado de su gestión. En estos casos se considera que carece de lógica jurídica imponer a la persona física titular única (o casi única) de la sociedad dos pe-

nas: una por la comisión del delito y otra por no haber adoptado medidas adecuadas para prevenir (sus propios delitos). Se trata de entidades que carecen una estructura corporativa compleja, al ser generalmente dirigidas por un administrador único, por lo que parece adecuado acudir al principio *non bis in idem* para excluir su responsabilidad penal¹; la ausencia de complejidad organizativa, como se expondrá más adelante, es un criterio que puede determinar la exclusión tanto de las sociedades unipersonales como de las sociedades pantalla o instrumentales².

- *Sociedades utilizadas como mero instrumento en la ejecución del delito* (generalmente definidas como sociedades instrumentales o pantalla). De ellas nos ocupamos en el presente trabajo, tratando —en primer lugar— de sistematizar el conjunto de ideas que, de forma inconexa entre sí, han sido formuladas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, de tal modo que nos permita —en segundo lugar— desarrollar un modelo completo de justificación de la exclusión, sus consecuencias y los métodos alternativos de reacción frente a tales entidades que no pueden ser penalmente condenadas.

Este tipo de entidades son meros instrumentos del delito, ya sea para ejecutarlo —creadas para la ejecución del plan criminal— o incluso para encubrirlo, en manos de la persona física, y, siendo formalmente personas jurídicas, carecen por lo general de actividad, infraestructura o personal relevantes. Permiten con frecuencia evitar el seguimiento de la propiedad y el origen de los fondos (especialmente cuando se ubican en paraísos fiscales). Dicha condición las podría situar al margen de nuestro sistema penal de reacción frente a las personas jurídicas, y, en consecuencia, no podrían gozar de los derechos y garantías que éste ofrece, convirtiéndose, a efectos penales, en personas jurídicas inimputables.

II. LA EXISTENCIA DE PERSONAS JURÍDICAS QUE CONSTITUYEN UN MERO INSTRUMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE DETERMINADOS DELITOS. EL CASO DEL BLANQUEO DE DINERO

El recurso a entidades con personalidad jurídica como mero instrumento facilitador de la ejecución del hecho delictivo es relativamente frecuente en determinadas formas de criminalidad, y muy en particular en la

criminalidad económica y/u organizada. Así, encontramos este tipo de entidades meramente instrumentales en la ejecución de delitos de tráfico de drogas a gran escala (ver, por ejemplo, la STS 154, de 29/2/2016), delitos contra la Hacienda Pública (STS 785, de 24/10/2023), malversación de caudales públicos (STS 83, de 14/2/2017), insolvencias punibles y alzamiento de bienes (STS 498, de 11/6/2013), estafa (STS 1033, de 5/6/2002), pero sobre todo en actividades delictivas de blanqueo de dinero (por ejemplo, la STS 273, de 4/3/2019).

El delito de blanqueo de dinero constituye, en efecto, la tipología delictiva en la que con más frecuencia se recurre a la instrumentalización de personas jurídicas. Es, además, una de las categorías delictivas incluidas en el catálogo de *numerus clausus*, que posibilitan la condena de la persona jurídica, cuando —además— estén presentes los elementos del hecho de conexión de las letras a) y b) del apartado 1 del art. 31 bis. En concreto, el art. 302 CP determina las penas a imponer cuando la persona jurídica sea considerada responsable (todas las recogidas en el apartado 7 del art. 33, incluida la disolución). Por lo general, en la ejecución de esta fórmula delictiva suele recurrirse a dos tipos de sociedades (de forma alternativa o cumulativa) y tanto en la ejecución como en el encubrimiento del delito:

- *Entidades que ejercitan una actividad esencialmente lícita, pero que son utilizadas para introducir en el sistema económico dinero procedente del delito*. Se corresponden básicamente con los sujetos obligados por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cuyo art. 2.2 dispone que tienen tal consideración las personas físicas o jurídicas que desarrollen las actividades mencionadas en el apartado precedente (promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles, empresas de servicios postales, entidades de crédito, etc.).
- *Sociedades instrumentales, pantalla, interpuestas o fantasma, que tienen como único o principal objetivo la ejecución del delito o la ocultación del capital obtenido ilícitamente para blanquearlo*, y que en ocasiones aparecen administradas por testaferros. Serían supuestos como, por ejemplo, el contenido en la STS 299, de 8/4/2021 —que resuelve el caso conocido como “Sito Mi-

1 SÁNCHEZ MELGAR J., Personas jurídicas imputables e inimputables, La Ley, núm. 9849, 2021, p. 3, en referencia a la Sentencia 63/2017, de 13 de febrero del Juzgado de lo Penal número 8 de Madrid. Sobre la vulneración del principio *ne bis in idem* en caso de doble sanción, ver, por ejemplo, la STS 747, de 27/7/2022.

2 Sobre la ausencia en este tipo de sociedades de un mínimo de complejidad organizativa puede verse, por ejemplo, entre las más recientes, la STS 534, de 22/10/2020 o la STS 264, de 18/3/2022.

ñanco”—, y que considera acreditado que el condenado y otros formaron una estructura organizada caracterizada por intensos vínculos personales y que blanquearon dinero procedente del narcotráfico entre los años 1988 y 2012, a través de dos sociedades instrumentales, constituidas para la ocultación y retorno de las ganancias obtenidas o vinculadas con las actividades de narcotráfico. O el caso resuelto en la STS 688, de 4/3/2019, caso “*Fórum filatélico*”, en el que aparece una sociedad adquirida expresamente por uno de los coacusados con la única finalidad de distraer fondos de Fórum, mediante el encarecimiento de los precios de los sellos del proveedor y la recepción de filatelia, que había salido de la compañía, para volver a facturársela.

III. LA DISTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES DE LAS SOCIEDADES CUYA ACTIVIDAD LEGAL ES MENOS RELEVANTE QUE LA ILEGAL (ART. 66 BIS CP)

El artículo 66 bis CP, que tiene como principal objetivo establecer los criterios de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, dispone que para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g)³ por un plazo superior a dos años será necesario que se dé una de las dos circunstancias en el mismo citadas y, en concreto, la segunda (apartado b) consistirá en que la persona jurídica *se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales*. Añade a continuación que se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que “la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”. Dicha previsión acredita que este tipo de sociedades *quedan dentro del ámbito de responsabilidad de las personas jurídicas*, por lo que son, sin lugar a dudas, *imputables*. En principio, éste es además el único supuesto en el que cabe la imposición de la pena de disolución, decisión que, en todo caso, debe adoptarse teniendo también en cuenta la regla general, prevista en la primera parte de dicho precepto y en concreto la segunda regla específica (apartado b) de entre las detalladas en él (sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores de la entidad).

Parece necesario entender que la previsión legal descrita recurre a la expresión “*uso instrumental*” en un sentido distinto al que hemos utilizado hasta ahora⁴. Se establecen con ello *dos niveles* de personas jurídicas “*instrumentalizadas*”, en función del peso que tenga la actividad delictiva respecto al total de su actividad. Si se recurre a ella con fines exclusivos o casi exclusivos de carácter delictivo *la sociedad será instrumental en sentido estricto* y por tanto inimputable. Si, sin embargo, la entidad desarrolla una actividad legal relevante, aunque inferior a su actividad ilegal la sociedad será imputable y responderá según lo dispuesto en el artículo 66 bis del Código Penal, siendo por lo tanto posible imponerle la pena de disolución.

La determinación de la existencia de una sociedad de este tipo en base a la cuantificación de un porcentaje de su actividad legal es, sin embargo, un planteamiento difícilmente trasladable a la práctica (en ocasiones quimérico), pues no resulta nada sencillo encontrar *parámetros de cómputo porcentual de la actividad* (legal o ilegal). La Audiencia Nacional, en su AAN 359, de 19/5/2021, ya advertía que esta distinción no siempre estará clara desde el punto de vista fáctico y jurídico, pues “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo”.

Las incertidumbres y dificultades a la hora de hacer el cálculo referido son enormes. Por ejemplo, no sabemos si es preciso tomar en el citado cómputo toda actividad que ha desempeñado la persona jurídica a lo largo de toda su existencia, en el momento de la comisión de los hechos delictivos, o únicamente en el momento que es objeto de enjuiciamiento. Tampoco sabemos si debe tomarse como referente sólo la actividad ilegal que es objeto de enjuiciamiento en el proceso, o también otro tipo de actividad ilegal que puede intuirse, aunque no sea objeto de enjuiciamiento, respecto a la que, por lo tanto, careceremos de actividad probatoria. Igualmente desconocemos el elemento a tomar para proceder al citado cómputo: la cifra de negocio, los beneficios, u otro parámetro y tampoco sabemos si debemos utilizar para ello la contabilidad de la entidad, que probablemente estará falseada⁵.

3 En concreto, son las siguientes: c) Suspensión de sus actividades. d) Clausura de sus locales y establecimientos. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

4 En sentido contrario, FEIJOO SÁNCHEZ, B. El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas, Civitas, Madrid 2015, p. 58, pues estima que la aplicación de este artículo, y con ello de todo el modelo de responsabilidad, se extiende también a las sociedades instrumentales.

5 TUGUI F. D., Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal Español, Colex, 2021, p. 153 y ss. 2.

IV. FUNDAMENTO DE LA CONSIDERACIÓN COMO SUJETOS INIMPUTABLES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS INSTRUMENTALES

Durante el periodo de vigencia del modelo, tanto el Tribunal Supremo (e incluso, aunque en menor medida, la Audiencia Nacional⁶) como la Fiscalía General del Estado (en sus Circulares 1/2011 y 1/2016) han planteado, como hemos visto, la exclusión de responsabilidad penal de todas aquellas personas jurídicas cuya actividad y objeto real sean, total o de forma absolutamente mayoritaria, delictivos; esto es, como se ha dicho, aquellas en las que la actividad legal no exista o sea solo residual. La idea central es que no puede ni debe ser suficiente que formalmente se haya reconocido personalidad jurídica a un ente social, sino que es indispensable que materialmente la tenga y además la ejerza, actuando en el tráfico jurídico⁷. Más en particular, entre las razones que impiden que las personas jurídicas instrumentales puedan ser declaradas imputables (sujeto susceptible de imputación penal) destacamos las siguientes:

- *Ausencia de capacidad auto organizativa (falta de complejidad organizativa y consiguiente ausencia de capacidad de culpabilidad)*. Así, la STS 534 de 22/10/2020, en el caso que fue objeto de enjuiciamiento, constata que algunas de las sociedades acusadas carecían por completo de actividad mercantil o empresarial (figuraban a nombre de un testaferro, carecían de empleados y no poseían organización ni infraestructura). El acusado (persona física) simplemente se sirvió de las dos sociedades de una forma puramente instrumental. Las empresas acusadas carecían de sustrato real, sin constar actividad, infraestructura o patrimonio alguno, solo fueron creadas o adquiridas para el buen éxito del plan criminal, utilizadas como instrumentos del delito y con el objetivo de dificultar la investigación de la actividad criminal. En el desarrollo expositivo, estima en primer lugar que alguna de las sociedades que intervienen en la actividad delictiva enjuiciada (estafa) no pueden ser consideradas imputables,

pues *solo una empresa con una mínima complejidad interna* adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, no sería posible hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la culpa organizativa, prevista por el artículo 31 bis del Código Penal. De este modo, las denominadas “sociedades pantalla”, que no tienen otro propósito que (ser utilizadas para) delinquir o para encubrir actividades ilegales, quedarían al margen del sistema penal previsto para las personas jurídicas, siendo inimputables a todos los efectos penales. Dicha idea es reiterada por la STS 894, de 11/11/2022, en la que se afirma que (el modelo de) la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa, de manera que (sólo) cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquellas que presenten un cierto grado de complejidad⁸.

En la misma dirección va la argumentación desarrollada por la FGE en su Circular 1/2016, donde se afirma que, en aquellas estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal sea precisamente la comisión de delitos, no debe ser aplicado el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, pues *no está realmente diseñado para ellas*. De ese modo, las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente *carecen del suficiente desarrollo organizativo* para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

- *No desarrolla actividad de empresa o ésta es residual*. En estos supuestos, la ausencia de actividad propia (real) desarrollada por la persona jurídica podría implicar que la condena conjunta de ambas (persona física y la jurídica) conlleve una infracción del principio *ne bis in idem*. Y así, por ejemplo, la resolución de la Audiencia Nacional (AAN 128, de 19/5/2014) aclara que las personas jurídicas penalmente responsables no son todas aquellas que han adquirido personalidad jurídica conforme a Derecho, sino que es preciso que ellas *realicen una actividad lícita de*

6 En tal sentido, el AAN 128, de 19/5/2014 y posterior AJCI-AN 2, de 6/9/2017 entienden que aquellas entidades cuyo carácter instrumental exceda del referido en el art. 66 bis, por serlo totalmente, sin desarrollar ninguna actividad legal o desarrollando sólo aquella actividad lícita meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, serán personas jurídicas puramente simuladas, no reales y por ello inimputables.

7 SÁNCHEZ MELGAR J., *Personas jurídicas imputables e inimputables*, op. cit., p. 4.

8 GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas a propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014*, La Ley, núm. 8331, 2014, p. 6; en coherencia con la construcción teórica elaborada por el autor, considera que el motivo de su exclusión del modelo es que estas entidades *no han alcanzado la madurez organizativa necesaria para poder ser consideradas penalmente responsables*. A este respecto resulta evidente que carece de sentido declarar culpable a una sociedad pantalla, ya que por su propia naturaleza no puede desarrollar una cultura de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad, que es lo que requeriría el Derecho penal de las personas jurídicas.

cierta entidad en el tráfico jurídico ya que, en otro caso, se considerarán meros instrumentos en manos de los auténticos responsables penales que serían sus creadores y/o sus gestores⁹.

- *Conflicto con la propia esencia del modelo, pues no es posible valorar la ausencia de una cultura de respeto al derecho por parte de una sociedad que tiene como fin único o casi exclusivo el de servir de instrumento para la ejecución de delitos.* Ciertamente, parece indudable, especialmente a partir de la expresa inclusión en el año 2015 del modelo de organización y gestión como causa excluyente de la responsabilidad (apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis), que en la previsión de condena contenida en la fórmula española subyace un reproche (a la propia entidad o a sus dirigentes) por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar o reducir de forma significativa las posibilidades de que el delito se cometa. Evidentemente ese modelo de reproche es absolutamente incompatible con los tipos de entidades meramente instrumentales a los que nos referimos, ya no solo por ausencia de capacidades organizativas, sino por la absoluta incoherencia de base que supone reprochar a una entidad dedicada a delinquir *no haber realizado especiales esfuerzos para evitar que el delito se produzca*. Si a la sociedad se le reprocha no haber adoptado, a través de su órgano de administración, las medidas adecuadas de control para evitar la comisión de delitos, indudablemente carece de sentido la valoración negativa por la presencia de defectos estructurales de organización que impiden prevenir delitos, cuando toda o casi toda su actividad se dedica precisamente a delinquir.

- *Imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control.* Tanto el Tribunal Supremo (en su conocida STS 154, de 29/2/2016), como la Fiscalía General del Estado, a través de su Circular CFGE 2016, han planteado la necesidad de excluir la posibilidad de que sean penalmente responsables todas aquellas personas jurídicas cuya actividad y objeto real sean esencialmente delictivos (total o de forma absolutamente mayoritaria), esto es, aquellas en las que la actividad legal no exista o sea solo residual. En concreto, en el caso de la citada resolución, el Tribunal Supremo se pronunció expresamente sobre la cuestión, considerando que en el caso de las sociedades instrumentales (en el supuesto enjuiciado dos de las tres sociedades

fueron constituidas como instrumento para cometer delitos o facilitar su comisión) no procede la aplicación del modelo de responsabilidad (en contra de la opinión de la Audiencia Nacional que sí había condenado penalmente a tales entidades). En concreto, se afirma que las sociedades meramente instrumentales, o pantalla, creadas exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, han de quedar al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, pues *carece de sentido* pretender realizar valoraciones vinculadas a la *existencia o inexistencia de mecanismos adecuados de control* respecto a entidades que nacen exclusivamente con una finalidad delictiva absoluta o muy mayoritaria. En esa misma línea, la STS 108, de 5/3/2019 o la STS 534, de 22/10/2020 en la que se afirma su “incompatibilidad con la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”.

El planteamiento expuesto es coherente con el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto si se defienden planteamientos de autorresponsabilidad como si se opta por los de hetero-responsabilidad. Ciertamente es que en el primero de los supuestos la incongruencia que supondrá tratar de castigar este tipo de entidades instrumentales se hace más evidente. Según la teoría de la responsabilidad directa o propia (o teoría de la responsabilidad por el hecho propio o de autorresponsabilidad), la persona jurídica es penalmente responsable por comportamientos (esencialmente omisivos), consistentes en no haber adoptado las medidas de organización y control necesarias para prevenir y evitar la comisión del delito. De este modo la entidad responderá *por un hecho propio*, que se concreta en su *propio* defecto de organización. La responsabilidad penal de la persona jurídica se sustenta, de este modo, sobre la base de un injusto y culpabilidad propios, independientes de los de la persona o personas físicas actuantes. Si a la sociedad se le reprocha no haber adoptado las medidas adecuadas de control para evitar la comisión de delitos, induda-

9 En sentido equivalente, la CFGE 1/2011, ya advertía que no es preciso imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o con el objeto de dificultar su investigación.

blemente carece por completo de sentido la valoración de defectos estructurales de organización para prevenir delitos, cuando la persona jurídica tiene precisamente fines delictivos. El planteamiento sería coherente con la STS 668, de 11/10/2017, con remisión a la STS 516, de 13/6/2016 o la más reciente STS 234, de 8/5/2019 en la que se insiste en que nuestro modelo del art. 31 bis tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados, en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica.

Pero es que incluso desde planteamientos próximos a la responsabilidad por transferencia (modelo vicarial), la responsabilidad de este tipo de entidades tampoco encontraría sentido. Recordemos que, según los defensores de este segundo modelo, la persona jurídica responde objetivamente por el hecho de otro (persona física); se transfiere a la persona jurídica la responsabilidad de las personas físicas que, bajo determinadas condiciones, actúan en su seno de forma delictiva. En ese proceso de transferencia, aún objetivado y automatizado, se hace responsable a la persona jurídica, mediante un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por los delitos cometidos por determinadas personas físicas, que tienen establecidos diferentes vínculos con ella (directivos en sentido amplio e incluso trabajadores indebidamente controlados), pero —a la vez— requiere la presencia de una serie de elementos definidos como *hecho de conexión* (apartados a y b del art. 31 bis 1 CP), que perderían su sentido y razón de ser en el caso descrito, según podremos constatar en el apartado siguiente.

V. INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES Y REQUISITOS DEL HECHO DE CONEXIÓN (ATIVIDAD DE LA CONDUCTA)

El art. 31 bis CP, precepto encargado de establecer las bases del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas configura un doble criterio de transferencia o doble vía de imputación —también denominado doble hecho de conexión— (apartados a) y b) del número 1 del artículo citado. Así, se hace responsable a la persona jurídica, mediante un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad, por los delitos cometidos por determinadas personas físicas, que tienen establecidos diferentes vínculos con ella, requiriendo la presencia de una serie de condiciones y requisitos.

En concreto, tanto el supuesto del apartado a), como el contenido en el apartado b) del art. 31 bis exigen que el comportamiento delictivo de la persona física se lleve a cabo *en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica*. A dicha expresión se le ha atribuido un sentido objetivo y tendencial, de tal modo que el delito (cometido por la persona física) tiende a producir (idoneidad o aptitud objetiva de la conducta) un beneficio a la entidad, sin que sea sin embargo preciso que éste efectivamente se produzca. Pues bien, evidentemente este requisito *sólo tiene sentido respecto a sociedades que operan con normalidad en el mercado*; pensemos por ejemplo en un delito fiscal (que puede producir una minoración de la carga fiscal) o en un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente (buscando el ahorro de medidas de control, “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general” —art. 325 y ss. CP—), pero *carece por completo de sentido cuando la sociedad es un mero instrumento de ejecución del delito en manos del autor*. En tal caso el actor (persona física) no actúa (ni el delito se ejecuta) en beneficio de la persona jurídica sino (exclusivamente) en el suyo propio, estando ausente la autonomía real de la entidad, que sin embargo resulta imprescindible para poder constatar el cumplimiento de dicha previsión.

Pero aún hay más; el apartado b) del art. 31 bis se refiere, a la hora de designar a los sujetos que pueden activar con sus comportamientos delictivos la responsabilidad penal de la persona jurídica, a *quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior; y que han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*. De nuevo, carece por completo de sentido cualquier intento de constatación de la presencia de este requisito, pues en una sociedad utilizada para (y con el fin de) delinquir en ningún caso se comete el delito *por ausencia de cumplimiento de deber u obligación de control*.

Y lo mismo podría decirse de otros requisitos que conforman el citado hecho de conexión, como, por ejemplo, la necesaria realización del delito *en ejercicio de actividades sociales* del apartado b, del art. 31 bis, que determina que el referido comportamiento (delictivo) se haya realizado dentro del ámbito de las competencias atribuidas al trabajador de la entidad, sometido a nulo o insuficiente control¹⁰. En definitiva, la sociedad instrumental no solo es inimputable penalmente, sino que, además, su comportamiento es atípico, desde

10 FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a) y b) CP), en Estudios jurídico penales y criminológicos: En homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, coord. por José María Suárez López, Jesús Barquín Sanz, Ignacio F. Benítez Ortúzar, María José Jiménez Díaz, José Eduardo Sáinz Cantero Caparrós; Lorenzo Morillas Cueva (hom.), Vol. 1, pp. 223-245.

el análisis del parámetro de los requisitos (típicos) contenidos en los apartados a) y b) del art. 31 bis 1 CP.

VI. FÓRMULAS DE REACCIÓN: EL RECURSO A LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ART. 129 CP

El objetivo razonable en un proceso penal en el que se enjuicia un caso en el que se ha recurrido a una o varias sociedades instrumentales es doble; en primer lugar, su desactivación jurídica (en palabras de la STS 154, de 29/2/2016, la declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento) y, en segundo lugar, la incautación de bienes que derivan de actividades delictivas o están destinados a la ejecución de estas. Al no poder contar, por las razones expuestas¹¹, con la estructura legal de la fórmula de responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus consecuencias, vamos a analizar las posibilidades (y limitaciones) que nos ofrecen determinados instrumentos potencialmente adecuados para ello.

No debe olvidarse, en todo caso, que el reconocimiento de capacidad para responder penalmente, más allá de la parte aflictiva, tiene también una clara vertiente positiva, pues las personas jurídicas gozarán del estatuto jurídico procesal previsto en la ley para las personas jurídicas imputadas, con los derechos y garantías que ello conlleva (sobre esta cuestión puede verse el AAN 128, de 19/5/2014 y el posterior AJCI-AN 40, de 6/9/2017). A la vez, se ha afirmado que con esta decisión se produce una privación de los derechos y garantías previstos para la persona jurídica investigada y que fueron introducidos en la LECr. por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (así, STS 154, de 29/2/2016)¹².

Lo cierto es que el Derecho penal no puede permanecer impasible ante estructuras que no sólo se han utilizado, sino que en muchas ocasiones son precisamente las que han posibilitado la ejecución delictiva, e

igualmente no puede mantenerse al margen de los bienes que ellas detentan, que —por definición— estarán relacionados directa o indirectamente con actividades delictivas¹³. Se plantea por lo tanto la cuestión de cuál debe ser la reacción y a través de qué mecanismo/s legal/es se puede actuar para desactivar de modo definitivo el elemento societario que ha desarrollado un papel esencial en la ejecución delictiva.

Se ha planteado el recurso a soluciones extremas, como considerar que las sociedades que carecen de actividad legal y tienen un único propósito delictivo han sido constituidas en fraude de ley conforme al art. 6.4 CC, pudiendo por esta vía proceder a su disolución¹⁴. Sin embargo, más allá de estas fórmulas expeditivas, pero que pueden carecer de un respaldo suficiente en términos de garantías penales, procede explorar otras vías que parecen más razonables.

Así, una primera posibilidad a valorar es el recurso a las consecuencias accesorias del art. 129 CP de forma exclusiva o compaginándola de modo simultáneo con la institución del decomiso (art. 127 y ss. CP). La STS 154, de 29/2/2016 (varias posteriores se han limitado a citarla literalmente sin añadir argumentos novedosos) ya sugería la posibilidad de “*recurir a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo (...), a los efectos de aflorar las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla (...), posibilitando la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga*”. En la misma resolución, el Tribunal Supremo consideró que cabe disolver o extinguir la entidad, recurriendo a las consecuencias accesorias del art. 129 CP: “*por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante ‘consecuencia accesoria’ a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunica-*

11 Como forma de mantener la reacción frente a este tipo de entes en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, propone LEÓN ALAPONT calificar a la sociedad instrumental como organización criminal (570 bis 1 CP); y, proceder a su disolución (art. 570 quater); LEÓN ALAPONT J., Personas jurídicas «imputables» e «inimputables» en el régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP: una breve divagación a raíz de la errática jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Ley, núm. 10191, Sección Tribuna, 19 de Diciembre de 2022.

12 Conviene también recordar cómo la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, preveía en su artículo 91, entre los motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad, la imputación del delito a una persona jurídica, cuando ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente.

13 Creemos por ello que, con carácter general, no son correctas soluciones como la ofrecida por la STS 233, de 22/11/2020 (AAN 128, de 19/5/2014), que acordó la absolución de la sociedad instrumental por el delito cometido, limitando su responsabilidad a la civil y de forma subsidiaria. Considerado, sin embargo, por GÓMEZ-JARA DÍEZ C., (La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p. 11), como una solución coherente con la construcción teórica por él defendida.

14 MARTÍN SAGRADO O, El decomiso de las sociedades pantalla, op. cit., p. 10.

*ción al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento. (...)*¹⁵. Sin embargo, dicha posibilidad no está exenta de dificultades.

Las actuales consecuencias accesorias del art. 129 CP son fruto de la reforma penal del año 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), que determinó una sustancial modificación del modelo previsto en dicho precepto. En concreto, el legislador trató de colmar una laguna y destinar la aplicación de tales medidas (precisamente) a entes corporativos a los que no sea posible aplicar el artículo 31 bis CP y sus penas (art. 33.7 CP)¹⁶, aunque —como veremos más adelante— de forma más o menos consciente, fue introduciendo excepciones.

La primera dificultad deriva sin embargo de que se trata de una previsión a la que se reconduce la respuesta frente a los *entes o agrupaciones que carecen de personalidad jurídica*¹⁷ y que, por lo tanto, quedan por definición excluidos de las previsiones del art. 31 bis CP, lo que, a priori, podría imposibilitar su aplicación a las sociedades de carácter instrumental analizadas, pues éstas —pese a dicho carácter instrumental— *gozan de personalidad jurídica al estar formalmente constituidas*¹⁸.

Pese a lo indicado y como se apuntó, en el libro II del Código penal se encuentran figuras delictivas en las que se prevé la posibilidad de recurrir al 129 CP para supuestos en los que la entidad respecto a la que se dispone su aplicación *normalmente gozará de personalidad jurídica* (en algún caso incluso siempre, como ocurre con los supuestos del art. 294 CP); podemos verlo en los delitos relativos a la manipulación genética (art. 162 CP); en los de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP); en el de negativa a actuaciones inspectoras ya citado (art. 294 CP); en los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP), en los de falsificación de moneda (art. 386.4 CP); en los delitos de asociación ilícita (art. 520 CP), y en los de organización y grupo criminal terrorista (art. 570 quater).

Cabría en todo caso plantearse la búsqueda de una interpretación que permita aplicar las consecuencias accesorias del art. 129 CP a entes que sí posean personalidad jurídica, pero que no puedan ser objeto de castigo penal por la vía del art. 31 bis. La primera vía pasaría precisamente por apelar a la contradicción descrita: el hecho de que los diversos tipos de la parte especial, de forma indubitada, permitan la aplicación de estas medidas a entidades con personalidad jurídica. Una segunda vía interpretativa se podría sustentar en considerar que la referencia legal del precepto “por carecer de personalidad jurídica”, va *únicamente referida* a la última categoría citada, esto es “a cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas”. Finalmente, en tercer lugar, cabría entender, en la línea apuntada indirectamente por algún autor¹⁹, la posibilidad de recurrir a un concepto de personalidad jurídica *en un sentido específico propio del Derecho penal* y según el cual la sociedad instrumental podría entenderse carente de personalidad jurídica, a efectos penales, precisamente en la medida en que es un instrumento en manos del autor.

La segunda dificultad del modelo es que, a diferencia de la fórmula de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según lo dispuesto en el art. 31 ter CP, las consecuencias accesorias del art. 129, precisamente por ese carácter “accesorio” (dependiente de), *requerirían necesariamente la condena e imposición de una pena a la persona o personas físicas*; así dice literalmente el precepto: “una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”. Ello impediría acudir a esta fórmula, cuando dicha condena del sujeto individual no se produzca. Lo cierto es que tampoco existe absoluta unanimidad doctrinal en cuanto al carácter preceptivo de esta condición o requisito, pero lo que resulta indiscutible es que son muchos los tipos de la parte especial —de los que posibilitan la aplicación de estas consecuencias— que de forma aparentemente indubitada hacen depender su imposición de la necesaria condena de la persona o personas

15 Acerca de la previsión de las medidas previstas en el art. 129 CP para entidades sin personalidad jurídica, vid. GIL NOBAJAS M. S.: *Personas jurídicas versus entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del código penal*, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 29, 2018.

16 AGUILERA GORDILLO R., *Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program*, Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2018, p. 119.

17 Art. 129: *En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis*.

18 Es opinión mayoritaria la aplicación en exclusiva del art. 129 CP a entidades carentes de personalidad jurídica, y su exclusión en el caso de personas jurídicas inimputables; vid por todos, FUENTES OSORIO J. L., *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, J.M. Bosch Editor, 2022, p. 145.

19 GÓMEZ TOMILLO M., *Recensión a Juan Luis FUENTES OSORIO, Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, J.M. Bosch, Barcelona, 2023, 332 páginas, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2023, si bien el autor lo hace en un sentido distinto, al considerar que debe tenerse en cuenta que quienes actúan en su seno tienen capacidad para determinar la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, son reguladas por el ordenamiento jurídico, y pueden hacer frente al pago de una multa.

físicas autoras del delito²⁰, lo que —en todo caso— podría obedecer simplemente, y una vez más, a la falta de reflexión y coordinación legislativa suficiente.

Todavía encontramos un tercer inconveniente relevante. Se trata de que la disolución de la entidad no aparece en el catálogo de las consecuencias accesorias²¹ y, sin embargo, dicha medida es precisamente la que, en buena lógica, procedería adoptar frente a una sociedad instrumental. En concreto, el primer apartado prevé la posibilidad de imponer las medidas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33, a las que se añade la posibilidad de imponer la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita y recordemos que *la disolución está regulada en el apartado b)*.

Una posible solución interpretativa pasaría por recurrir a la medida de “prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”, impidiendo de ese modo todo tipo de actividades y produciendo con ello un efecto próximo al de la disolución. Facilita esta posibilidad el hecho de no se requiere que las actividades prohibidas estén relacionadas con el delito cometido.

Un cuarto inconveniente, si bien en este caso menor, es que las consecuencias accesorias tienen carácter potestativo para el juez, que solo las impondría (sin estar en todo caso obligado a ello) cuando sea preciso desactivar el instrumento peligroso (dado que su finalidad es inocuidadora²²). Ello a diferencia del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que dispone la imposición *preceptiva* sobre el ente al que se atribuye responsabilidad delictiva.

En definitiva, los obstáculos no son pocos ni pequeños, pero parece en todo caso conveniente, en mi opinión, hacer un esfuerzo interpretativo que posibilite su aplicación, teniendo en cuenta especialmente que estas consecuencias accesorias tienen su razón de ser en la desactivación de un instrumento peligroso de ejecución del hecho delictivo, que es lo que constituyen exactamente las sociedades de carácter instrumental.

Resulta positivo el hecho de que (en paralelo con las previsiones del art. 33.7 CP) el apartado 3 del artículo 129 CP prevea la posibilidad de aplicar con carácter cautelar, algunas de las consecuencias accesorias, como la clausura temporal, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial. Como todas las medidas de carácter cautelar, su imposición requiere motivación judicial en la que se justifique su necesidad.

VII. FÓRMULAS DE REACCIÓN: LA RESPUESTA A TRAVÉS DE LA FIGURA DEL DECOMISO

Una vez expuestas las capacidades y las (importantes) limitaciones de las medidas contenidas en el art. 129 CP en el proceso desactivador de las sociedades instrumentales, procede analizar hasta dónde puede complementarse y cubrir sus carencias acudiendo a la figura del decomiso (también consecuencia accesorias) presente en nuestro Código penal, ya sea atribuyendo a la persona jurídica la condición de instrumento del delito (cosificándola)²³, ya sea mantenido su condición inmaterial, pero aprovechando al máximo las distintas fórmulas presentes en nuestra legislación (arts. 127 y ss.) para desposeerla de todo bien o elemento patrimonial.

Ya la propia Fiscalía General de Estado, a través de su Circular 1/2016, expresaba que, “dado que las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis (...) la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, *que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales*”.

Se trata por lo tanto de analizar si el enorme proceso expansivo sufrido por la institución del decomiso, llevado a cabo a través de las reformas de los años 2003, 2010 y, especialmente 2015²⁴, puede permitir conseguir

20 Así, los supuestos previstos en el art. 162: “En los delitos contemplados en este título (manipulación genética), la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando *el culpable* pertenezca a una sociedad, organización (...) y en el art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas): El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si *el culpable* pertenezca a alguna sociedad, organización o asociación (...).

21 Sorprende por ello que la STS 154, de 29/2/2016 apelase a su imposición: “ (...) que lo procedente en estos supuestos sería acordar su disolución por la vía de las consecuencias accesorias del art. 129 CP o la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento”.

22 FUENTES OSORIO J. L., Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, op. cit., p. 285.

23 Favorable a esta opción, MARTÍN SAGRADO O, El decomiso de las sociedades pantalla, La Ley, núm. 8768, 2016, p. 12, “pues aquellas son, al fin y al cabo, un medio del que se ha valido la persona física para preparar, ejecutar u ocultar el delito”.

24 FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Adaptación de la normativa penal española a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero: Ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas de 2015 e in-

resultados equivalentes a los derivados del propio régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su sanción más contundente, esto es la disolución.

Las sucesivas reformas de esta figura han tenido como uno de sus principales objetivos hacer frente a la delincuencia económica y organizada, cuya ejecución con frecuencia se canaliza a través de personas jurídicas. En particular, la Ley Orgánica 15/2010, de 22 de junio sustentó la reforma de esta materia en la existencia de obligaciones legislativas de índole comunitaria y, en concreto, sobre la obligada trasposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Se reconocía en tal sentido, en la justificación de la reforma, cómo el principal objetivo (y casi único) de la delincuencia económica y organizada es la obtención del mayor beneficio económico posible y, del mismo modo, cómo, para luchar de forma eficaz contra aquella, resulta imprescindible la previsión de normas altamente eficaces relativas al decomiso de los productos del delito. Como consecuencia de este progresivo e intenso proceso legislativo, la regulación penal vigente prevé múltiples modalidades de decomiso: decomiso sin condena, decomiso ampliado, decomiso por valor equivalente, supuestos de decomiso de bienes en poder de terceros, el decomiso anticipado, el decomiso en situaciones de depreciación de los bienes, etc.

Como apuntamos el planteamiento es doble, pues se trata de determinar, en primer lugar, si la propia empresa utilizada de manera instrumental puede ser considerada “instrumento” del delito y, como tal, ser decomisada y en segundo lugar, si (subsidiariamente) puede acordarse el decomiso de los bienes, medios, instrumentos, ganancias atribuibles a la propia entidad, haciendo uso de las amplias posibilidades que ofrecen las

formas de decomiso, que han sido integradas en nuestra legislación en el intenso proceso expansivo comentado.

La primera opción pasaría por considerar que la persona jurídica instrumental es un medio o instrumento del delito (los útiles empleados para la ejecución del delito), en el sentido indicado en el precepto base del decomiso (apartado 1 del art. 127 CP), que dispone que toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, *medios o instrumentos* con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Sin descartar esta posibilidad, no puede negarse que el decomiso de algo inmateral, procediendo jurídicamente a su extinción, no deja de tener un elemento de ficción un tanto arriesgado desde el punto de vista de las garantías penales²⁵, y ello, pese a la insistencia de nuestro legislador (en los preámbulos de las leyes de reforma) en sentido contrario, al atribuir al decomiso una naturaleza jurídica distinta a la de la pena, con lo que quedaría de ese modo desvinculado de los principios garantistas propios de nuestra disciplina, en general, y de las garantías de la pena, en particular²⁶.

No cabe desconocer el carácter fuertemente expeditivo de una parte de nuestra jurisprudencia y, así, se ha recurrido a fórmulas como acordar la nulidad de las operaciones de transferencia de bienes a las sociedades instrumentales por las personas físicas autoras del delito, revirtiendo a ellos los bienes y procediéndose a continuación a su decomiso (vid., por ejemplo SAP Murcia 193, de 26/3/2013)²⁷. O incluso proceder al decomiso directo de los bienes, entendiéndose que la atribución a la persona jurídica instrumental es una mera transmisión de titularidad; así la STS 186, de 12/2/2007²⁸.

ciencia en la economía y sociedad digital, celebrado en el salón de actos de la EGAP, Santiago de Compostela, en julio de 2017/coord. por Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 263-282.

25 El esquema desarrollado por el legislador en esa modalidad plantea en efecto la eventual quiebra de garantías penales esenciales, determinando además una evidente inversión de la carga de la prueba, a cambio de la obtención de dosis importantes de efectividad, vid. FERNÁNDEZ TERUELO J. G., La viabilidad reclamada por la Directiva 2018/1673 de nuevas normas comunes sobre el decomiso, en IX Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Abel Souto, Miguel. Coordinador Lorenzo Salgado, José Manuel. Coordinador Sánchez Stewart, Nielson. Coordinador, Tirant lo Blanch, 2024, p. 40.

26 Se trata de un proceso que se intensificará con la aprobación de la Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos, respecto a cuya propuesta ya se advertía que contempla un modelo de decomiso de patrimonio no explicado, expansivo y que no respeta los derechos fundamentales de las personas afectadas AGUADO CORREA T., Embargo y decomiso en la propuesta de directiva sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso a costa de las garantías, RECPC, núm. 25, 2023, p. 46.

27 Procede acordar la nulidad de la transmisión de las fincas registrales NUM042 y NUM043 de fecha 21-10-2008 a Inversiones Camino de Enmedio S.L., por ser una sociedad de pantalla sin actividad alguna y el decomiso de las respectivas participaciones sociales de los acusados Juan Manuel y Tarsila.

28 “Octavio «para dar salida a las ganancias obtenidas del tráfico de drogas» utilizó varias sociedades entre las que se encuentra la que adquirió el apartamento. De esta forma, pretendía darles una apariencia de legalidad. Esta conclusión genérica está claramente explicada y justificada, por lo que se dice respecto de la sociedad Glaciar, SL, en relación con su capital, forma de constitución y objeto social. Por otro lado, la recurrente aparece con un capital como accionista, solo con 19 acciones frente a las 980 de su hijo y una de un ter-

En todo caso, las dudas expuestas hacen conveniente valorar la posibilidad de proceder a su desactivación, actuando no sobre la propia entidad, sino sobre todos los bienes, valores o dinero de los que, directamente o indirectamente, ésta pueda disponer.

Así, de todas las posibilidades que nos ofrece la amplia gama de formas de decomiso, quizá la más interesante sea el *decomiso de bienes (efectos y ganancias derivadas del delito) en poder de terceros*²⁹, considerando que la persona jurídica instrumental lo es (un tercero)³⁰.

La regulación del decomiso de bienes en poder de terceros es objeto de lo que el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo llama “reformas técnicas”³¹ (...) orientadas a incrementar su eficacia³². En concreto, tras la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica, el apartado quater del art. 127 dispone la posibilidad de acordar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias, aunque estos hayan sido transferidos a terceras personas (o un valor equivalente) en dos supuestos: a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando se hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. b) En el caso de otros bienes, cuando se hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. Este último inciso se precisa con una presunción *iuris tantum* y así se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, *cuando los bienes o efectos le hubieran*

sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

Tanto en la regulación actual como en la anterior a la reforma de 2015, este instrumento se ha utilizado, entre otros casos, para eliminar cualquier tipo de protección jurídica por esta vía a las sociedades pantalla, tras el levantamiento de velo³³. No existe en mi opinión ningún límite legal ni dificultad interpretativa para considerar tercero a una persona jurídica, ni por ello a la empresa o sociedad, utilizada instrumentalmente por el sujeto que lleva a cabo la acción delictiva. Contamos además con precedentes jurisprudenciales al respecto. Así, por ejemplo, en la STS 1108, de 6/9/1999 se afirma que “*es unánime la opinión de testigos y coacusados de que era Luis P. L. quien no sólo actuaba como armador de la embarcación sino que también ostentaba públicamente la condición de dueño y disponente de la misma, no parece de recibo aceptar —como pretende el recurrente— que la empresa «Valinia Trading Inc.» era un tercero de buena fe, excluido del contenido del art. 127 CP, pues dada la postura y relación de P. L. con «Valinia Trading» —sociedad instrumental creada para encubrir sus actividades delictivas— la condición de tercero de buena fe aparece como una entelequia*”.

En definitiva, los bienes, efectos, ganancias (o un valor equivalente) podrán ser decomisados cuando hayan sido transferidos a sociedades de carácter instrumental, constituyéndose de este modo la fórmula contenida en el art. 127 quater en un instrumento esencial de respuesta frente a las sociedades instrumentales.

Además de los bienes, efectos (...) derivados del delito, la persona jurídica instrumental puede tener otros que, sin tener su origen en la conducta delictiva objeto de enjuiciamiento, procedan de otros comportamientos delictivos previos (de una o varias personas físicas). Frente a ellos puede actuarse a través de la figura del deco-

tero, siendo su hijo, el acusado Octavio, el administrador único. Las posteriores adquisiciones de acciones por ésta no consiguen ocultar la inexistencia de actividad empresarial y de los ingresos de la sociedad”.

29 El presupuesto fundamental es, por tanto, la ausencia de buena fe del tercero, DÍAZ CABIALE J. A., *El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, RECPC, núm. 18, 2016, p. 58.

30 La protección de terceros tiene su límite en lo dispuesto en el art. 122 CP, en relación a la responsabilidad del partícipe a título lucrativo, así como en el principio plasmado en diferentes normas del derecho privado, entre ellas los arts. 638 del Código Civil, 85 del Código de Comercio y 34 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor no se protege la propiedad de las adquisiciones a título gratuito o lucrativo frente a la acción reivindicatoria y, por tanto, no se genera la adquisición del derecho de propiedad.

31 En realidad, la reforma no introduce simples mejoras técnicas, sino que se trata de una regulación completamente distinta a la anterior, DEL CARPIO DELGADO J., *Decomiso de bienes transferidos a terceros tras la reforma de 2015 del código penal*, Cuadernos de política criminal, núm. 122, 2017, p. 89 ss.

32 La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo suprimió la clásica referencia a los terceros “de buena fe” (adquirentes de buena fe), presente históricamente en nuestra legislación penal.

33 Vid, al respecto RODRÍGUEZ HORCAJO D., *El decomiso de terceros de mala fe (art. 127 quater CP) como piedra de toque: naturaleza del decomiso y solapamiento con la autoría de ciertos delitos*, RECPC, núm. 24, 2022, p. 4, en referencia a la STS 5244, de 30/11/2016 y vid. las referencias bibliográficas allí citadas.

miso ampliado (artículo 127 bis³⁴), previsto legalmente precisamente para actuar *sobre bienes atribuidos a la persona jurídica que no se refieran exactamente al delito cometido, pero cuyo origen se pueda atribuir — a través del juego de presunciones — a otras actuaciones delictivas previas*.

La introducción en nuestro texto penal del decomiso ampliado a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio no estuvo exenta de polémica, en la medida en que su adopción se basa en una presunción (*iuris tantum*)³⁵, pues se requiere la existencia de unos bienes, respecto a cuyo ingreso o procedencia el sujeto no es capaz de dar una explicación razonable, lo que determina que se atribuyan a actividades delictivas previas y se proceda a su decomiso³⁶.

Su espectro de aplicación inicial (delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales), a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se extendió a otras tipologías, en las que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivarse importantes beneficios económicos, elenco que de nuevo fue ampliado a través de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero. La citada reforma de 2015 reemplazó el único criterio previo de presunción (bienes, respecto a cuyo ingreso o procedencia el sujeto no es capaz de dar una explicación razonable) por un catálogo abierto de indicios que deberán ser valorados por el juez para resolver. Así, además de la desproporción entre el patrimonio del sujeto responsable de alguno de los delitos citados y sus ingresos lícitos, se añaden otros factores a tener en cuenta, como *la ocultación intencionada del patrimonio* a través de la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos,

o mediante el recurso a paraísos fiscales; o su transferencia mediante operaciones que dificulten su localización o seguimiento, y que carezcan de justificación económica³⁷.

Por todo ello, se trata de un instrumento idóneo en el proceso de reacción frente a las entidades instrumentales y debe tenerse en cuenta, además, que precisamente si estamos ante una sociedad instrumental, sus bienes —por definición— procederán en su totalidad o casi totalidad de actividades delictivas, con lo que esta fórmula, unida al decomiso de bienes en poder de terceros ya comentada, podría ser suficiente para que el sistema de reacción penal se haga con todos o casi todos los bienes de la persona jurídica instrumental.

Como instrumento complementario, la vigente regulación también habilita la posibilidad de acordar el decomiso con carácter cautelar a través del *decomiso anticipado*. En efecto, al margen de las previsiones de naturaleza procesal relativas a las medidas cautelares, existe una específica en el propio Código Penal (art. 127 octies) que permite acordar el decomiso durante la tramitación de la causa³⁸. Dicha vía puede ser también utilizada frente a las sociedades instrumentales, lo que resulta de especial interés, dada la demostrada capacidad que presentan este tipo de entidades para mover el dinero con agilidad de un sitio a otro (recurriendo a instrumentos que son propios del tipo de criminalidad, como movimientos en paraísos fiscales o recurso a testaferros, por ejemplo), dificultando de ese modo su aprehensión.

No cabe sin embargo en mi opinión la posibilidad de recurrir al decomiso sin que exista sentencia condenatoria (*decomiso sin condena*)³⁹. La reforma de 2015 profundizó en la idea de desvincular el decomiso de

34 Art. 127 bis 1. “El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito (...)”.

35 Tal y como apunta ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN B., El verdadero talón de Aquiles del decomiso ampliado, Revista penal, núm. 54, 2024, p. 33-59, se discute en la doctrina acerca de si se trata de presunciones normativas o un conjunto de indicios, pero como apunta la autora, aún tratándose de presunciones normativas, estas cumplirían tanto con los criterios exigidos por el TEDH al respecto, como los criterios de la doctrina Murray respecto al silencio del acusado, por lo que considera que no se produciría una inversión de la carga de la prueba.

36 El decomiso de basa por lo tanto en la constatación de indicios de enriquecimiento, desvinculados del hecho delictivo que se enjuicia, MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO C., El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas, Planeta, 2018, p. 35.

37 El precepto aún contiene dos ulteriores precisiones: a) Con la primera de ellas se tratan de establecer criterios de proporcionalidad y bis in ídem y así dispone el apartado 4 que, si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juez o Tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento. b) En segundo lugar (apartado 5) se establecen límites a las posibilidades del decomiso ampliado, disponiendo que no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

38 Artículo 127 octies 1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

39 Artículo 127 ter 1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes

los bienes, ganancias y demás elementos relacionados con el delito de la existencia de una sentencia condenatoria. Así, en primer lugar, se sustituyó el requisito de la ausencia de “imposición de pena” por el de ausencia de “sentencia de condena”. Es cierto que, por su propia naturaleza, estas entidades tienen una gran agilidad para mover el patrimonio, pudiendo ocurrir que en el momento en que se acuerde su decomiso, este haya desaparecido y no sea posible su localización. Sin embargo, las previsiones legales se refieren un tipo de supuestos en los que dicha institución solo puede ser aplicada a personas físicas. Así en el primer y tercer supuesto se afrontan situaciones que no tienen por qué haber sido provocadas por un sujeto, que siempre será persona física: fallecimiento o enfermedad grave, exención o extinción de responsabilidad, que determinan el riesgo de prescripción del delito eventualmente cometido; en el segundo se trata de hacer frente a una situación provocada por el sujeto (rebeldía) —también persona física— que pone en riesgo el enjuiciamiento y consiguientemente la consecuencia.

En igual medida la previsión de la letra c del artículo 127 ter.1 CP, posibilidad de acordar el comiso cuando *no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido*, que sería la única a priori susceptible de predicarse respecto a una persona jurídica, tampoco podrá ser aplicada a nuestro ámbito de estudio, dado que el apartado 2 del mismo precepto limita este tipo de decomiso al *imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal*. La razón es obvia, si estamos hablando de una sociedad instrumental que no puede ser objeto de un procedimiento penal, siendo considerada inimputable, no podrá estar imputada ni existir respecto a ella indicios de criminalidad.

VIII. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha podido constatar la imposibilidad dogmática de hacer penalmente responsables a las personas jurídicas instrumentales, que son aquellas que tienen por objeto, de forma absoluta o muy mayoritaria, la comisión de delitos. Dicha condición de sujeto inimputable deriva de argumentos como la ausencia de capacidad auto organizativa de este tipo de entidades, la falta de desarrollo de actividad empresarial o su carácter residual y, en definitiva, del conflicto

con la propia esencia del modelo, pues no es posible valorar la ausencia de una cultura de respeto al derecho por parte de una sociedad que tiene como fin único o casi exclusivo el de servir de instrumento para la ejecución delictiva. A ello se suma la imposibilidad de cumplir varios de los elementos del hecho de conexión, presentes en el apartado 1 del art. 31 bis CP, especialmente la actuación en beneficio directo o indirecto.

La situación descrita obliga a buscar fórmulas alternativas para desactivar dicho instrumento (que no puede ser penalmente condenado), fórmulas que podemos encontrar en las consecuencias accesorias presentes en nuestro Código penal, ya sea a través de aquellas destinadas a ser aplicadas a entidades sin personalidad jurídica (art. 129 CP) o ya sea a través de la figura del decomiso (art. 127 y ss. CP). La primera opción (consecuencias accesorias del art. 129) presenta evidentes dificultades, especialmente por el hecho de que tales medidas, precisamente y en principio, estarán destinadas a ser aplicadas a entidades que carecen de personalidad jurídica, lo que requeriría (para habilitar su aplicación a este tipo de entidades) una interpretación un tanto forzada. Una opción alternativa y sin duda menos traumática pasaría por recurrir a las distintas formas de decomiso, especialmente al decomiso de bienes (efectos y ganancias derivadas del delito) en poder de terceros, así como al decomiso ampliado.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA GORDILLO R., Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el *compliance program*, Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2018.
- AGUADO CORREA T., Embargo y decomiso en la propuesta de directiva sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso a costa de las garantías, RECPC, núm. 25, 2023.
- DEL CARPIO DELGADO J., Decomiso de bienes transferidos a terceros tras la reforma de 2015 del código penal, Cuadernos de política criminal, núm. 122, 2017, pp. 89-132.
- DÍAZ CABIALE J. A., El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, RECPC, núm. 18, 2016.

supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.

- ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN B., El verdadero talón de Aquiles del decomiso ampliado, *Revista penal*, núm. 54, 2024, p. 33-59.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas, Civitas, Madrid 2015.
- FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a) y b) CP), en *Estudios jurídico penales y criminológicos: En homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, coord. por José María Suárez López, Jesús Barquín Sanz, Ignacio F. Benítez Ortúzar, María José Jiménez Díaz, José Eduardo Sáinz Cantero Caparrós; Lorenzo Morillas Cueva (hom.), Vol. 1, 2018, pp. 223-245.
- FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Adaptación de la normativa penal española a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero: Ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas de 2015 e incidencia en la economía y sociedad digital, celebrado en el salón de actos de la EGAP, Santiago de Compostela, en julio de 2017, coord. por Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 263-282.
- FERNÁNDEZ TERUELO J. G., La viabilidad reclamada por la Directiva 2018/1673 de nuevas normas comunes sobre el decomiso, en IX Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Abel Souto, Miguel. Coordinador Lorenzo Salgado, José Manuel. Coordinador Sánchez Stewart, Nielson. Coordinador, Tirant lo Blanch, 2024, p. 40 ss.
- FUENTES OSORIO J. L., Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, J.M. Bosch Editor, 2022.
- GIL NOBAJAS M. S., Personas jurídicas *versus* entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del código penal, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 29, 2018.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ C., La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas a propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014, *La Ley*, núm. 8331, 2014.
- GÓMEZ TOMILLO M., Recensión a Juan Luis FUENTES OSORIO, Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, J.M. Bosch, Barcelona, 2023, 332 páginas, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2023.
- LEÓN ALAPONT J., Personas jurídicas «imputables» e «inimputables» en el régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP: una breve divagación a raíz de la errática jurisprudencia del Tribunal Supremo, *La Ley*, núm. 10191, Sección Tribuna, 19 de diciembre de 2022.
- MARTÍN SAGRADO O, El decomiso de las sociedades pantalla, *La Ley*, núm. 8768, 2016.
- MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO C., El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas, Planeta, 2018.
- RODRÍGUEZ HORCAJO D., El decomiso de terceros de mala fe (art. 127 quater CP) como piedra de toque: naturaleza del decomiso y solapamiento con la autoría de ciertos delitos, *RECPC*, núm. 24, 2022.
- SÁNCHEZ MELGAR J., Personas jurídicas imputables e inimputables, *La Ley*, núm. 9849, 2021.
- TUGUI F. D., Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal Español, *Colex*, 2021.

Jurisprudencia Citada

- STS 1108, de 6/9/1999
STS 1033, de 5/6/2002
STS 186, de 12/2/2007
SAP Murcia 193, de 26/3/2013
STS 498, de 11/6/2013
AAN 128, de 27/2/2014
AAN 359, de 19/5/20214
STS 516, de 13/6/2016
STS 154, de 29/2/2016
STS 83, de 14/2/2017
AJCI-AN 40, de 6/9/2017
STS 668, de 11/10/2017
STS 273, de 4/3/2019
STS 108, de 5/3/2019
STS 123, de 8/3/2019
SSTS 234, de 8/5/2019
STS 534, de 22/10/2020
STS 233, de 22/11/2020
STS 299, de 8/4/2021
STS 36, de 20/1/2022
STS 264, de 18/3/2022
STS 747, de 27/7/2022
STS 894, de 11/11/2022
STS 785, de 24/10/2023

CIRCULAR 2011: Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

CIRCULAR 2016: Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.