

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>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

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.S.: 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>



Entidades pantalla y proceso penal

Pedro Pablo Pulido Manuz

Revista Penal, n.º 55 - Enero 2025

Ficha Técnica

Autor: Pedro Pablo Pulido Manuz

Adscripción institucional: Profesor Sustituto Interino de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz

ORCID: 0000-0001-9823-2675

Title: Shell entities and criminal procedure.

Sumario: I. Introducción. II. Las entidades pantalla y el régimen del art. 31 *bis*. II.1. Concepto y delimitación. II.2. Las entidades pantalla excluidas del régimen de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. II.3. Diferencia entre entidad instrumental y pantalla. III. Características de las entidades pantalla. IV. Construcción de la inimputabilidad de las entidades pantalla. IV.1. Ley Orgánica 5/2010. IV.2. El auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. IV.3. La sentencia del Tribunal Supremo 154/2016. IV.3.1. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016. IV.3.2. La consolidación de la creación jurisprudencial: STS 154/2016. V. Consecuencias controvertidas de la creación jurisprudencial. V.1. Asunción de funciones legislativas por parte de organismos jurisdiccionales. V.2. Peligro de reducción de garantías procesales. VI. Tratamiento procesal de las entidades pantalla. VI.1. Asunción de la condición de parte en el proceso penal. VI.1.1. Doctrina del levantamiento del velo. VI.1.2. La entidad pantalla como parte imputada en el proceso penal. VI.1.3. Entidad pantalla como responsable civil subsidiario. VI.2. No asunción de la condición de parte en el proceso penal. La entidad pantalla como sociedad sin nacimiento jurídico. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

Summary: I. Introduction. II. Shell entities and the regime under Article 31 *bis*. II.1. Concept and scope. II.2. Shell entities excluded from the regime of attribution of criminal liability for legal persons. II.3. Distinction between instrumental entities and shell entities. III. Characteristics of shell entities. IV. Construction of the non-liability of shell entities. IV.1. Ley Orgánica 5/2010. IV.2. Auto Audiencia Nacional May 19th, 2014. IV.3. Sentencia Tribunal Supremo 154/2016. IV.3.1. Circular Fiscalía General del Estado 1/2016. IV.3.2. The consolidation of jurisprudential creation: Supreme Court Judgment 154/2016. V. Controversial implications of jurisprudential creation. V.1. Assumption of legislative functions by jurisdictional bodies. V.2. Risk of undermining procedural safeguards. VI. Procedural treatment of shell entities. VI.1. Recognition of party status in criminal proceedings. VI.1.1. The doctrine of piercing the corporate veil. VI.1.2. The shell entity as an accused party in criminal proceedings. VI.1.3. The shell entity as a subsidiary civilly liable party. VI.2. Non-recognition of party status in criminal proceedings. The shell entity as a non-existent legal entity. VII. Conclusion. VIII. Bibliography.

Resumen: Desde la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010, han surgido relevantes incertidumbres procesales en torno a los aspectos específicos de su enjuiciamiento. Estas dudas se agravan cuando la entidad adquiere personalidad jurídica de manera fraudulenta. En este contexto, surgen interrogantes fundamentales: ¿debe dicha entidad ser considerada parte en el proceso penal con todas las garantías procesales? ¿O, por el contrario, debe ser considerada inimputable por la falta de un sustrato mínimo de actividad lícita? El presente artículo examina los posibles cauces procesales aplicables a las denominadas entidades pantalla en el ámbito penal, prestando especial atención a las posturas jurisprudenciales y doctrinales más relevantes en la materia.

Palabras clave: entidad pantalla, persona jurídica, proceso penal, responsabilidad penal persona jurídica, imputabilidad.

Abstract: Since the introduction of corporate criminal liability in 2010, significant procedural uncertainties have arisen regarding the specific aspects of prosecuting legal entities. These uncertainties are exacerbated when a legal entity obtains its corporate personality through fraudulent means. In this context, fundamental questions emerge: Should such an entity be considered a party to the criminal proceedings, with all the corresponding procedural guarantees? Or, on the contrary, should it be deemed non-imputable due to the absence of a minimal foundation of lawful activity? This article analyzes the potential procedural avenues applicable to so-called “shell entities” within the criminal justice framework, with particular focus on the most relevant jurisprudential and doctrinal positions on the matter.

Key words: shell entity, legal entity, criminal proceedings, corporate criminal liability, imputability.

Rec.: 06-10-2024 **Fav.:** 06-12-2024

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introduce formalmente en el ordenamiento jurídico español en el año 2010, a través de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. Desde entonces, el clásico brocardo se ve alterado en su significado y asume una nueva redacción: *societas delinquere potest*.

Antes de esa fecha, las personas jurídicas carecían de capacidad para ser procesadas; no se podía sustanciar contra ellas un proceso penal, ni podían ser condenadas a una pena. El único instrumento procesal a disposición del juez para infligir alguna consecuencia similar a la pena era el recurso a las consecuencias accesorias, reguladas en el antiguo art. 129 CP¹.

Pero la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lejos de clarificar las tensas relaciones procesales y sustantivas entre entidades colectivas y proceso penal, mantiene, e incluso intensifica, el clima de incertidumbre e inseguridad jurídica previo.

El legislador penal español no define el concepto jurídico de persona jurídica, ni las entidades que resultan incluidas en el régimen ordinario de atribución de responsabilidad penal del art. 31 *bis* CP. Tampoco la tipología de sujetos pasivos colectivos con capacidad de ser parte de un proceso penal, más allá de su necesaria condición de persona jurídica.

Surge así la duda de cuál debe ser la respuesta del orden jurisdiccional penal a la casuística de entidades que, aunque formalmente ostentan la condición de

1 La cuestión de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias ha sido objeto de continuo debate doctrinal. Existen autores que consideran que participan de una naturaleza penal, por lo que las asimilan a las penas, las medidas de seguridad, o una tercera clase de sanciones penales. Por su parte, un sector doctrinal opuesto considera que las consecuencias accesorias tienen naturaleza civil o jurídico-administrativa. DOPICO GÓMEZ-ALLER considera que «ni su carácter facultativo ni su vocación preventivo-especial impedirían que hablásemos de penas». DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Consecuencias aplicables a entidades sin personalidad jurídica”. En: JUANES PECES, A. (Dir.). *Memento Experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Madrid: Francis Lefevre, 2015, p. 166. En el mismo sentido, vid. ZUGALDIA ESPINAR, J. M. “Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas. (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”. *Revista del Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial*. 1997, nº 46 (II), pp. 333-335. También pueden citarse los siguientes autores en defensa de una concepción punitiva de las consecuencias accesorias, en su caso como asimiladas a las medidas de seguridad: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Derecho Fundamentales. Artículos 1 a 137*. Getafe: Trivium editorial, 1997, pp. 1563-1564; ECHARRI CASI, F. J. *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003, pp. 110, 111 y 118; SILVA SÁNCHEZ, J. M. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”. En: *Derecho penal económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 343-347. Por último, a favor de una consideración como tercera vía de carácter penal, vid. LUZÓN PEÑA, D. M. “Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales”. En: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M., CORTÉS BECHIARELLI, E., (Coords.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 549; LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 124. Por su parte, el principal ponente en contra de la naturaleza penal de las consecuencias accesorias es GRACIA MARTÍN. Vid. GRACIA MARTÍN, L. “Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica”. En: GRACIA MARTÍN, L. (Coord.). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 5ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 240; vid., asimismo, GRACIA MARTÍN, L. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, pp. 456-457.

personas jurídicas, en la realidad mayoritariamente se hallan instrumentalizadas para la comisión de delitos. Las entidades pantalla son agrupaciones de personas físicas revestidas de personalidad jurídica, pero sustancialmente configuradas como herramientas delictivas a disposición de otras personas, físicas o jurídicas, criminales. Las sociedades pantalla poseen formalmente personalidad jurídica y, en consecuencia, son titulares de derechos y garantías procesales. Sin embargo, en la práctica estos derechos y garantías no se respetan.

En este artículo se estudia el cauce procesal por el que discurren las entidades pantalla en el proceso penal.

También se someten a análisis las diferentes soluciones aportadas por la jurisprudencia y la doctrina a los variados problemas derivados del vacío normativo existente, así como las principales controversias asociadas. Todo siempre bajo la lupa de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, de los que las personas jurídicas son titulares.

II. LAS ENTIDADES PANTALLA Y EL RÉGIMEN DEL ART. 31 BIS

II.1. Concepto y delimitación

Las entidades pantalla se pueden definir como organizaciones que, mediante fraude o simulación, aparentan tener un interés lícito y acogerse a un modelo

válido para constituirse como personas jurídicas, y, aprovechando la protección que esta condición les otorga, sirven realmente como instrumento delictivo a disposición de una o varias personas físicas o jurídicas.

Queda claro que, al menos formalmente, una entidad pantalla puede ostentar el estatus de persona jurídica. Ahora bien, ¿tienen encaje las entidades pantalla en el régimen ordinario de atribución de responsabilidad penal del art. 31 bis, previsto para las personas jurídicas?

Cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, se hizo a través de un complejo sistema dual que permitía la persecución de ilícitos cometidos en beneficio directo o indirecto de la entidad. En su virtud, resultan punibles tanto los delitos cometidos por los representantes legales o personas con poder de decisión, de forma directa, como los delitos cometidos por sujetos bajo la autoridad de aquellos, por *culpa in vigilando*. A su vez, el art. 31 bis, 2, 5) establece los requisitos que deben cumplir los programas de *compliance*², los modelos de organización y gestión autónomos para la supervisión y previsión de delitos.

Como consecuencia de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, surgieron dudas en torno a la aplicabilidad práctica y la compatibilidad teórica del nuevo régimen con la dogmática y los principios generales del derecho penal y procesal³: la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede entrar en conflicto con el principio de personalidad de las penas⁴ y muestra difícil encaje en el concepto de culpabilidad⁵. Si bien el análisis de estas cuestiones ex-

2 El concepto jurídico de *compliance program* excede de la materia analizada en este artículo, por ello nos remitimos a la definición aportada por RODRÍGUEZ MOLINA: «podemos definir el *compliance program* como el autocontrol para el cumplimiento normativo penal mediante la implantación en la propia estructura piramidal de la empresa (vertical y horizontal) de una cultura de respeto al Derecho, por medio de unos modelos de organización y gestión eficaces e idóneos que puedan servir para prevenir o mitigar el riesgo de que determinadas personas físicas, en nombre o en el ejercicio de actividades sociales (directivos o empleados) y por cuenta y beneficio de la persona jurídica cometan un delito de los que expresamente tienen prevista la responsabilidad penal de estas organizaciones». RODRÍGUEZ MOLINA, A. "Aproximación al sistema penal de cumplimiento normativo de las personas jurídicas". En: GALÁN MUÑOZ, A., MENDOZA CALDERÓN, S., (Coords.). *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 208.

3 En este sentido, resultan muy ilustrativas las palabras de MORENO CATENA: «(t)oda la estructura del proceso penal ha estado diseñada para el enjuiciamiento de las personas físicas, porque sólo respecto de los seres humanos se puede reconocer el elemento volitivo a la hora de realizar las acciones u omisiones tipificadas como delito, de modo que la responsabilidad penal es siempre personal y sólo podría imponerse a quien ha cometido directa o indirectamente los hechos. Esta perspectiva excluía a las personas jurídicas del posible reproche penal (*societas delinquere non potest*), porque los entes morales, creados como una ficción para funcionar en el tráfico desvinculándose de quienes los constituyeron, carecen obviamente de voluntad propia, y debe mediar la intervención humana para tomar decisiones. Por eso ha sido muy complicado atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, máxime a partir de un ordenamiento procesal decimonónico, enteramente construido para enjuiciar a seres humanos, y de unas garantías procesales reconocidas en la Constitución, que se plantearon, de acuerdo con el sistema imperante, solo a favor de las personas físicas». MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. 10ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 124.

4 Si se considera, como sostiene el voto minoritario de la STS 154/2016, de 29 de febrero, apoyado por siete ponentes, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue un formato de atribución de responsabilidad vicaria, o de heteroresponsabilidad, podría haber conflicto con el principio de personalidad de las penas. En efecto, el principio de personalidad de las penas exige que solo podrá penarse a la persona autora del delito, en ningún caso a terceros, como ha clarificado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias: SSTC 131/1987, de 20 de julio; 219/1988, de 22 de noviembre; 254/1988, de 21 de diciembre; 146/1994, de 12 de mayo; 93/1996, de 28 de mayo; 137/1997, de 21 de julio; 125/2001, de 4 de junio; y 60/2010, de 7 de octubre.

5 La culpabilidad «se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y el grado de madurez suficiente para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos». MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN,

cede de la materia de nuestra investigación, si se hace necesario comprender y estudiar aquello que conforma el núcleo de la culpabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal: la cultura de respeto al derecho.

Tras dos reformas disruptivas del Código Penal, que introdujeron la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los años 2010 y 2015, y tras la consecuente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 2011, resulta natural cierto grado de confusión. Ello hizo especialmente necesario un primer pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal, dirigido a aclarar los extremos más controvertidos de la regulación, lo que finalmente sucede a través de la STS 154/2016 de 29 de febrero.

En esta capital sentencia, la posición mayoritaria consideró que el núcleo de la culpabilidad y, por lo tanto, el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la autorresponsabilidad⁶. Consecuentemente, en cada caso, la responsabilidad penal de la persona jurídica «ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por 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»⁷.

A la luz del fundamento de la autorresponsabilidad, las sociedades pantalla no tienen cabida en el régimen ordinario de atribución de responsabilidad penal del

art. 31 *bis* para las personas jurídicas, dado que carece de sentido contemplarlas como sujetos capaces de responsabilidad penal. Si el núcleo de la culpabilidad reposa en 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, una entidad sin actividad lícita, organizada, independiente y real, cuya única o principal función es la comisión de delitos, que se protege con el manto legal de la personalidad jurídica para facilitar sus objetivos criminales, no encaja en el régimen de responsabilidad penal del art. 31 *bis*. En otras palabras, de nuevo procedentes de nuestro Alto Tribunal: «solo una empresa con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la “culpa organizativa”, prevista por el artículo 31 *bis* del Código Penal»⁸.

A favor de la exclusión de las sociedades pantalla del régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas se encuentra la Fiscalía General del Estado. En efecto, ya en la Circular 1/2011, de 1 de junio, la Fiscalía General del Estado, consciente del problema, consideraba que «aun a pesar de que desde el punto de vista estrictamente formal, una empresa pantalla puede gozar de personalidad jurídica y por tanto, ser potencial responsable de conductas delictivas conforme al art. 31 *bis* del Código Penal, en los aludidos supuestos de abu-

M. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 389. Por su parte, CUELLO CONTRERAS se muestra a favor del encaje de la persona jurídica en el concepto de culpabilidad y considera que «(e)n este campo, una vez más, se vuelve a mostrar que la mejor manera de abordar los nuevos desafíos a que se enfrenta la dogmática penal en la época del normativismo es la de adaptar la dogmática naturalística —que tantos frutos ha dado a la dogmática penal del siglo XX— a los nuevos desafíos, colmando las lagunas que puede mostrar como consecuencia de estar hecha a la medida del sujeto-persona física, que actúa de propia mano y en su propio nombre, con interpretaciones de las normas tradicionales, eventualmente completadas con nuevas normas específicas como las de los artículos 31 y 31 bis CP español, conforme a criterios normativos de cuño funcionalista, respetuosos en cualquier caso de los grandes principios del derecho penal. Ocurre así por la creciente complejidad de la realidad social, determinante de que la sociedad se vea desglosada en numerosos subsistemas, dentro de los cuales personas físicas y entes colectivos a los que se asigna personalidad jurídica asumen roles sometidos a pautas necesarias para que la sociedad, como un todo, funcione; lo que obliga frecuentemente a dislocar lo que en otras épocas, como la de eclosión de la dogmática penal naturalística, aparecía concentrado en una única persona (física) no necesitada de desdoblarse en roles». CUELLO CONTRERAS, J. “El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2013, nº 15, pp. 2-3.

6 El fundamento de la culpabilidad de las personas jurídicas basado en la afrenta a la cultura de respeto al derecho fue desarrollado por primera vez en la STS 154/2016, de 29 de febrero. Esta sentencia fue la primera manifestación del Tribunal Supremo desde la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y marcaría el camino para muchas otras, a modo de ejemplo, *vid.* STS 221/2016, de 16 de marzo, STS 668/2017, de 11 de octubre, STS 108/2019, de 5 de marzo.

7 Si bien la postura mayoritaria se inclina hacia la autorresponsabilidad basada en la cultura de afrenta al Derecho como fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas, debe tenerse en cuenta la división existente entre los quince magistrados: un voto particular, apoyado por los siete magistrados restantes, se decanta por un modelo radicalmente distinto, basado en un formato de responsabilidad vicarial de la persona jurídica. *Vid.* STS 154/2016, de 29 de febrero. La doctrina se encuentra igualmente dividida, para más información sobre las distintas posturas doctrinales, *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “La eficacia exigente de los programas de prevención de delitos”. *Estudios penales y criminológicos*. 2019, nº 39, pp. 599-604. Por su parte, también hay autores que niegan una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, manteniendo vivo el aforismo: *Societas delinquere non potest*. Para más información, *vid.* GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 48 y ss.

8 STS 534/2020, de 22 de octubre.

so de la forma social, se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia».

En este mismo sentido, la CFGE 1/2016, de 22 de enero, parte del trabajo realizado por la anterior Circular de 2011 y mantiene la exclusión de las sociedades pantalla del régimen de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Así, y en comunión con el argumento anteriormente desarrollado de falta de adecuación entre el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la casuística de las sociedades pantalla, la Fiscalía General del Estado entiende que estas se mantienen excluidas del régimen de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas del art. 31 *bis.*, con la consecuente repercusión en su régimen procesal⁹.

Ahora bien, la CFGE 1/2016 da un importante paso adelante, incluyendo una serie de requisitos de imputabilidad para las personas jurídicas. Asunto que constituye un punto sujeto a controversias y, como tal, merece un estudio particular, que se lleva a cabo en los apartados siguientes.

II.2. Las entidades pantalla excluidas del régimen de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Parece evidente que en ningún caso las entidades pantalla van a encontrar en el art. 31 *bis* del CP el cauce de atribución de responsabilidad penal, por varias razones:

Primera: existe una falta de encaje total entre las entidades pantalla y el entramado de atribución de responsabilidad penal pensado por el legislador en el art. 31 *bis*. Resulta ilógico pensar que, con base en un modelo de atribución de responsabilidad penal basado en la cultura de respeto al Derecho en el funcionamiento de una entidad, puedan encajar sociedades fraudulentas que nunca han sido susceptibles de participar en el trá-

fico mercantil¹⁰. En efecto, no tiene sentido calibrar la cultura de respeto al Derecho de una sociedad ficticia, instrumentalizada *ab initio* por personas físicas para la comisión de delitos. De igual manera, tampoco cabe plantear la viabilidad de programas de *compliance*, ni tiene razón de ser el desarrollo del proceso penal ni la imposición de penas.

Segunda: si bien las sociedades pantalla pueden ostentar personalidad jurídica, en tal caso dicha condición se ha obtenido mediante un fraude de ley. Una entidad pantalla no existe como organización mercantil o civil, independiente de la autonomía de las personas físicas que la conforman. Es simplemente un instrumento que adquiere interés para el Derecho penal cuando las personas físicas lo utilizan para cometer delitos. Pero, de igual manera que no se plantea la incoación, substanciación y condena de una lancha motora utilizada con fines de tráfico de drogas, carece de sentido singularizar un proceso penal al amparo del art. 31 *bis* contra la herramienta delictiva o sociedad pantalla. La sociedad pantalla sería una suerte de “objeto” o instrumento jurídico hecho para delinquir.

Tercera: en la práctica de los tribunales, la totalidad de la jurisprudencia excluye a las entidades pantalla del régimen ordinario de atribución de responsabilidad penal. Por su parte, la Fiscalía General del Estado apoya esta interpretación. Tanto la jurisprudencia como las CFGE han ido perfilando unos criterios de imputación de las personas jurídicas en el proceso penal, criterios que, para operar como verdaderas causas de inimputabilidad, deberán verse refrendados normativamente en una reforma del Código Penal. Aplicando los mencionados requisitos de imputabilidad, analizados con detalle posteriormente, las sociedades pantalla son, a efectos jurídicos, completamente inimputables en el ámbito procesal penal.

A pesar de que la doctrina se muestra de forma mayoritaria a favor de la exclusión de las entidades pantallas del régimen de atribución de responsabilidad penal del art. 31 *bis*¹¹, debe tenerse en cuenta que existen

9 Vid. CFGE 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: «ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades *pantalla* o de *fachada*, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación».

10 De la misma opinión, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. “Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 bis CP. Respuesta penal a través de la figura del decomiso”. En: SIMÓN CASTELLANO, P., ABADÍAS SELMA, A., (Coords.). *Cuestiones penales a debate*. Barcelona: Bosch Editor, 2021, p. 148.

11 Vid. entre otros: GÓMEZ-JARA DIEZ, C. “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”. En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2005, pp. 425-446; BACIGALUPO SAGGESE, S. “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., (Coords.). *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*. Cizur menor: Aranzadi, 2013, pp. 76-77; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 99; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. “Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”. *Diario La Ley*. 2014, n° 8368,

algunos autores que se manifiestan en contra de esta concepción¹².

II.3. Diferencia entre entidad instrumental y pantalla

Debe hacerse una precisión importante: los términos instrumental y pantalla no son sinónimos y, por tanto, tampoco totalmente intercambiables.

El art. 66 *bis*, apartado 2 define las sociedades instrumentales como aquellas en las «que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Es decir, sociedades que hayan sido instrumentalizadas en mayor o menor medida para la comisión de delitos.

Por su parte, las sociedades pantalla son aquellas cuyo carácter instrumental con respecto al delito es absoluto, sin que la entidad desarrolle ningún tipo de actividad lícita, o salvo que esta actividad lícita sea totalmente residual¹³.

Así, si bien todas las entidades pantalla son instrumentales, no todas las instrumentales son pantalla¹⁴. Esta categorización nos lleva a analizar seguidamente las consecuencias de imputabilidad asociadas.

III. CARACTERÍSTICAS DE LAS ENTIDADES PANTALLA

La figura de la sociedad instrumental no ha sido regulada por el legislador español. El Código Penal no menciona en ningún momento a las sociedades pantalla, solamente hace referencia en una ocasión a las sociedades instrumentales, en el art. 66 *bis*, apartado 2, sobre la graduación de las penas, definiéndolas como sociedades en las que «la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Por tanto, tratar de establecer un catálogo de características resulta complejo. La categorización más completa hasta la fecha, proporcionada desde la doctrina, es la de ETXEBERRIA BEREZIARTUA, que establece los siguientes rasgos característicos de las sociedades pantalla:

- A) Se trata de personas jurídicas que se han constituido bajo la fórmula de sociedades limitadas
- B) No tienen actividad económica
- C) Se presentan descapitalizadas desde su constitución, incluso se puede proceder a retirar de la tesorería de la sociedad el importe del capital social mínimo legal exigido por la normativa mercantil
- D) No tienen ningún patrimonio
- E) El domicilio social se establecía en centros de negocios o en despachos de abogados
- F) Los socios de la persona jurídica y los administradores sociales, son insolventes o incluso inexistentes, en realidad son una fachada de los verdaderos propietarios y responsables que dominan fácticamente las transacciones delictivas. Habitualmente, los titulares que constituyen la fachada de las sociedades son personas a las que suplantan su identidad o incluso son indigentes o pertenecientes a sectores marginales que a cambio de pequeñas cantidades de dinero asumen el riesgo de figurar formalmente en estas sociedades
- G) Y, por último, los dueños reales de las sociedades junto con los que facilitan la estructura societaria se reparten los beneficios obtenidos de las cantidades que se defraudan¹⁵.

Si bien estos criterios pueden resultar útiles para una mejor comprensión del concepto de sociedades pantalla, no resuelven la indeterminación que caracteriza la cuestión, ni sirven al juez a la hora de declarar una sociedad como instrumental o pantalla.

Dicho de otra forma, la caracterización desarrollada por ETXEBERRIA BEREZIARTUA resulta útil como descripción de una realidad, pero no sirve para definir una figura, que es lo que se espera de una caracterización, de tal modo que, si no se diera alguno de los caracteres, no estaríamos ante la figura definida. A modo de ejemplo, es habitual el uso del modelo de sociedad limitada, y resulta lógico que así sea por su facilidad para constituirse, pero eso no quiere decir que queden

p. 10; SÁNCHEZ MELGAR, J. "Personas jurídicas imputables e inimputables. Posición de la jurisprudencia". *Diario la Ley*. 2021, nº 9849, pp. 1 y ss; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. "Personas jurídicas inimputables... *ob. cit.*, pp. 147-149.

12 A modo de ejemplo, AGUILERA GORDILLO considera que «(e)l Código no señala, en ninguno de sus preceptos, que aquellas personas jurídicas creadas, exclusivamente, para delinquir deban ser apartadas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Vid. AGUILERA GORDILLO, R. Manual de compliance penal en España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 398. También a favor de la aplicación a las entidades pantallas del régimen ordinario de responsabilidad penal de las personas jurídicas GONZÁLEZ TAPIA M. I., "Las consecuencias accesorias del art. 129: la nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica". En: PALMA HERRERA, J. M., (Dir.). *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Madrid: Dykinson, 2014, p. 64.

13 También se hace eco de esta distinción FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. "Personas jurídicas inimputables... *ob. cit.*, pp. 143-144.

14 En cualquier caso, es usual encontrar referencias a ambos términos como idénticos, lo que constituye un ejemplo más de la inseguridad jurídica e intelectual existente en todo lo relacionado con las entidades instrumentales y pantalla, debido a la ausencia total de regulación por parte del legislador.

15 ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E. *La cuestión cautelar en el proceso sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 98-99.

excluidas otras formas de asociación, quizás no mercantiles —clubes, asociaciones, etc.—.

Es preciso, por tanto, ahondar en el asunto, y para ello recurrimos a la jurisprudencia, que, a partir de la mencionada STS 154/2016, ha abordado en diferentes ocasiones la inimputabilidad de las sociedades pantalla. De su análisis pueden inducirse una serie de características de las sociedades pantalla, puestas de relieve en diferentes sentencias.

La STS 534/2020, de 22 de octubre, establece que «las denominadas “sociedades pantalla” que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales». La razón de su inimputabilidad radica en la inexistencia de forma alguna de «capacidad autoorganizativa». Los motivos que llevaron al Tribunal Supremo a la consideración de la sociedad como pantalla fueron:

- A) Identidad entre la persona física del administrador de la sociedad y la persona física responsable del delito.
- B) Ausencia de sede propia de la persona jurídica considerada instrumental.
- C) Ausencia total de desarrollo de actividad propia y lícita de la sociedad instrumental.
- D) Ausencia de ningún tipo de lucro o enriquecimiento de la sociedad instrumental.
- E) Ausencia de infraestructura propia de la sociedad instrumental

Por su parte, la STS 264/2022, de 18 de marzo, recoge una serie de atributos de las sociedades pantalla:

- A) Son sociedades unipersonales.
- B) Ausencia de organización propia diferenciada de la del único socio y administrador.
- C) Identidad entre socio y administrador único.
- D) Ausencia de suficiente desarrollo organizativo suficiente, lo que imposibilita la aplicación de *compliance programs*.
- E) Las sociedades instrumentales constituyen meros instrumentos delictivos a disposición de la persona física responsable.
- F) Las acciones de la sociedad son dirigidas directa y personalmente por la persona física responsable del delito, no disponen de voluntad ni identidad propia.
- G) Existe confusión entre el patrimonio de la sociedad instrumental y el de la persona física responsable.

El auto de la Audiencia Nacional 359/2014, de 19 de mayo, constituyó un hito fundamental para la categorización de las entidades pantalla. El auto las considera sociedades cuyo «carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna

otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos». Complementando el auto de la Audiencia Nacional, la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/2016, profundiza en el concepto aportando unos caracteres frecuentes de las sociedades pantalla:

Este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.

En todo caso, si bien de la casuística y de la propia actividad jurídico procesal pueden inferirse ciertas características de las sociedades pantalla, lo cierto es que el nivel de indeterminación del concepto jurídico es muy elevado y, como consecuencia de ello, la discrecionalidad caracteriza la resolución del juez de instrucción sobre la instrumentalidad de una sociedad. No debe considerarse una cuestión baladí, porque la decisión determinará profundamente el contenido del derecho de defensa de la entidad en el proceso penal, según veremos a lo largo de este artículo.

Por tanto, concretando, pueden definirse tres características principales, presentes en todas las entidades pantalla, que sirven para diferenciarlas de otras figuras: la instrumentalidad total con respecto al delito, la ausencia de objeto social y la confusión de patrimonios de la entidad y de la persona física responsable.

Sabemos que, por definición, todas las sociedades son instrumentales. Lo son al servicio del fin perseguido por los socios, que puede ser la obtención de un beneficio, un fin lucrativo, etc., pero, en cualquier caso, este es siempre lícito. Por tanto, al hablar de sociedades instrumentales, hacemos referencia a la completa subordinación del entramado al destino criminal perseguido, a su vocación fundamental de medio respecto al fin de la actividad delictiva.

IV. CONSTRUCCIÓN DE LA INIMPUTABILIDAD DE LAS ENTIDADES PANTALLA

En la redacción utilizada por el legislador para la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en ningún momento se menciona la exclusión de aquellas personas jurídicas que no tengan un porcentaje mínimo de negocio legítimo.

Los requisitos de imputabilidad de las personas jurídicas son fruto de una creación jurisprudencial, intro-

ducida en el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014, consolidada en la mencionada STS 154/2016, y clarificada por la Fiscalía General del Estado, a través de la CFGE 1/2016, de 22 de enero.

Existen tres posibles supuestos de entidades con personalidad jurídica que, por estar relacionadas con la comisión de delitos, interesan en el ámbito del Derecho procesal penal:

- A) Sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se producen comportamientos delictivos. Son entidades no concebidas como instrumentos para facilitar actividades delictivas; para estas sociedades el delito “es un mero accidente, algo que sucede en un momento determinado (por la mala conducta de los directivos, o la falta de control de la actuación de alguno de los empleados), pero que no forma parte de su ser”¹⁶. Jurídicamente son consideradas personas imputables.
- B) Organismos utilizados instrumentalmente para la comisión de delitos, cuya actividad legal es menos relevante que su actividad ilegal¹⁷. Estas entidades son imputables, tal y como reconoce el art. 66 *bis* del Código Penal en su apartado 2, en el que se establecen algunas penas enumeradas en el art. 33.7 para este tipo de entidades.
- C) Organismos pantalla en sentido estricto, que realmente carecen de actividad legal o que, teniéndola, esta es totalmente residual y está dirigida a fines delictivos. Utilizando la dicción del auto de la Audiencia Nacional de 2014, son aquellas cuyo «carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos»¹⁸. Estas entidades, tal y como reconoce la doctrina y la jurisprudencia,

son totalmente inimputables, lo que no excluye que se puedan aplicar medidas de carácter accesorio.

Por lo tanto, existen personas jurídicas excluidas del régimen de atribución de responsabilidad penal regulado en el art. 31 *bis*, más allá de las enunciadas por el mismo y mencionadas en el apartado anterior. Estas entidades, tal y como reconoce la doctrina y la jurisprudencia, son totalmente inimputables, por lo que no pueden ser sujetos pasivos de un proceso penal, ni, lógicamente, ser condenadas.

Si bien este posicionamiento jurisprudencial se encuentra asentado, no está exento de polémica y merece sujetarse a análisis crítico. Podría entenderse que por vía jurisdiccional estaría alterándose el contenido material de una provisión legal, el art. 66 *bis*, 2.^a, en un sentido ajeno a su propia previsión. Esto podría significar un abuso de las funciones atribuidas a los órganos jurisdiccionales por la Constitución Española¹⁹, contrario al principio de legalidad²⁰ y a la propia separación de poderes²¹, fundamentos del Estado de Derecho.

Para desarrollar un estudio holístico de las respuestas que plantea el ordenamiento procesal penal español al desafío de las sociedades pantalla relacionadas con la comisión de delitos, se hace necesario abordar previamente un análisis cronológico que analice la evolución de la creación jurisprudencial de los requisitos de imputabilidad de las personas jurídicas.

IV.1. Ley Orgánica 5/2010

Comenzamos este análisis a partir de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por ser la primera vez que se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. No obstante, debe hacerse mención a un sector doctrinal que ya antes del año 2010 reconocía la imputabilidad de las personas

16 BANACLOCHE PALAO, J. “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. sr. d. José Manuel Maza Martín*. Madrid: Fiscalía General del Estado, 2018, p. 18.

17 La FGE desarrolla una categorización de estos tres tipos de entidades y menciona como ejemplo para este tipo de sociedades «las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene». *Vid.* CFGE 1/2016, de 22 de enero.

18 Auto de la Audiencia Nacional 359/2014, de 19 de mayo de 2014.

19 *Vid.* art. 117 Constitución Española: «(l)os Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

20 *Vid.* art. 9.3 Constitución Española: «(l)a Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes público».

21 Para más información, *vid.* ESPÍN TEMPLADO, E. “Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española”. *Revista de las Cortes Generales*. 1985, nº 6, pp. 167-230.

jurídicas²², así como la existencia de requisitos de inimputabilidad para las personas jurídicas. En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ²³, en el año 2005, introducía una distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables apoyado en la existencia de un sustrato suficiente de actividad legal como fundamento jurídico procesal de imputabilidad.

En el año 2011 se promulgó la *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*, con el objetivo de clarificar distintos elementos que ofrecían confusión tras la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el año anterior. La Circular se refiere a las entidades pantalla en varias ocasiones, apuntando las bases de la futura exclusión de imputabilidad.

En este sentido, la Circular menciona que la entidad pantalla, «a pesar de que desde el punto de vista estrictamente formal (...) puede gozar de personalidad jurídica y por tanto, ser potencial responsable de conductas delictivas conforme al art. 31 bis del Código Penal (...) en los aludidos supuestos de abuso de la forma social, se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia».

De forma clara, la Fiscalía General del Estado, desde el año 2011, en el mismo comienzo del recorrido jurídico que se abrió con la responsabilidad penal de la persona jurídica, considera procedente, en los casos de sociedades puramente instrumentales sin porcentaje de negocio lícito, o con porcentaje de negocio lícito residual, que el reproche punitivo se dirija contra la persona física responsable que instrumentalice a la persona jurídica para la comisión de delitos, «evitando imputar a esta última aun a pesar de que pueda gozar de personalidad jurídica y por tanto, y desde un punto de vista estrictamente formal, podría serles de aplicación el art. 31 bis del Código Penal».

IV.2. El auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014

El 19 de mayo de 2014 se dictó el auto 359/2014, de la Audiencia Nacional, de máxima relevancia, dado que supuso un punto de inflexión en el reconocimiento de los requisitos de imputabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal, sirviendo como fundamento

para la doctrina y el Tribunal Supremo los próximos años.

Seis son los principales puntos para destacar del auto en relación con el tema analizado en este capítulo:

1. Establece la diferenciación entre personas jurídicas imputables e inimputables: «se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo estatus jurídico procesal referido a esta clase de personas, del que en principio solo podrían gozar en tanto que efectivamente fueran penalmente imputables a tenor del artículo 31 bis del CP, por no ser meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, es decir evidentes meras proyecciones de las actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas». De esta forma, el auto 359/2014 establece dos categorías de persona jurídica relevantes desde el punto de vista procesal penal: personas jurídicas imputables y personas jurídicas inimputables.
2. Recoge el criterio de inimputabilidad de las personas jurídicas. Una vez señalada la existencia diferenciada de personas jurídicas imputables e inimputables, el auto aporta el argumento jurídico que servirá de criterio para tal diferenciación. El razonamiento parte del art. 66 bis 2 del CP, que gradúa con mayor intensidad las penas para los casos en los «que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», lo que sucede «siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Si la instrumentalidad de la persona jurídica aumenta el grado de la sanción penal, lo que resulta «claro es que incluso en el caso de que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales es penalmente imputable como persona jurídica y debe ostentar el estatus jurídico penal correspondiente». A continuación, el auto desarrolla el núcleo del argumento jurídico: «Razonando por exclusión debemos de concluir, que solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables».

22 En palabras de ZUGALDIA ESPINAR: «el CP español de 1995 ha seguido la Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa (...), ha derogado la fórmula tradicional *societas delinquere non potest* y ha consagrado justamente la contraria». ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «Las penas previstas en el art. 129... *ob. cit.*, p. 334.

23 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «¿Imputabilidad de las personas... *ob. cit.*, pp. 425-446.

Por lo tanto, la Audiencia Nacional interpreta que, en los casos de personas jurídicas instrumentalizadas para la comisión de delitos, pero que dispongan de un porcentaje de actividad comercial lícita, serán imputables con base en la regla segunda del art. 66 *bis* del CP, mientras que las personas jurídicas sin actividad lícita —o con actividad meramente residual— se estimarán completamente simuladas y, por tanto, inimputables²⁴.

- Clarifica la necesaria citación procesal de la sociedad pantalla, independientemente de su condición de imputable o inimputable. La categoría jurídica de la sociedad pantalla que se considera inimputable es un aspecto que será tratado posteriormente en este capítulo. Si bien el auto no se pronuncia sobre esta cuestión, sí lo hace sobre la necesidad de citar en el proceso a la sociedad instrumental. En este sentido, tal y como dicta la Audiencia Nacional, aunque «no se trata de una persona jurídica que tenga la condición de imputable a tenor del artículo 31 bis del CP», «deberá cuando menos permitirse a la persona jurídica afectada su personación en el procedimiento, no en el concepto de perjudicada o actor civil como solicita, sino para que pueda ejercitar adecuadamente su derecho de defensa una vez haya tenido suficiente acceso al resultado de la investigación y pueda instar lo que a su derecho convenga en su defensa, incluso para que se le impute formalmente llegado el caso».
- Establece la necesidad de una declaración de instrumentalidad y el órgano competente para ello: «corresponde al juzgado instructor durante la instrucción del procedimiento determinar cuál ha de ser la situación y pronunciarse fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas incurso en el procedimiento».
- Señala las consecuencias de la instrumentalidad de las personas jurídicas. Una vez constatado por los órganos instructores, de forma fundada y motivada, que las entidades en cuestión no son más que «meras proyecciones de las actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas», y respecto de las que «procedería únicamente el levantamiento del velo para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental, como tal no sus-

ceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías para su disolución y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva».

- Introduce una advertencia. La imputabilidad de la persona jurídica depende de la relación entre negocio lícito e ilícito, pero el límite por el cual una entidad pasa a ser de imputable a inimputable, y, por tanto, «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». En efecto, la Sala de la Audiencia Nacional advierte que, en aplicación evidente del principio de legalidad, solo mediante regulación legislativa expresa se podrá imponer el límite por el que se considerará instrumental a la persona jurídica.

IV.3. La sentencia del Tribunal Supremo 154/2016

El auto de la Audiencia Nacional 359/2014, de 19 de mayo supuso una revolución para el tratamiento procesal de las entidades, tanto con personalidad jurídica como sin ella, sometidas a un proceso penal en el ordenamiento jurídico español. Prueba de ello son los diferentes trabajos doctrinales analizando sus amplias repercusiones jurídicas²⁵.

De hecho, la influencia del auto cimenta la base jurídica de las dos principales novedades en materia de entidades instrumentales analizadas en este apartado: la *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* y la sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero.

IV.3.1. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016

A través de la CFGE 1/2016, de 22 de enero, la Fiscalía General del Estado profundiza en el análisis de las entidades instrumentales y en su inimputabilidad, entre otras muchas cuestiones controvertidas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En ella, la FGE sigue la senda marcada por la anterior CFGE 1/2011 y se abona a la tesis anteriormente defendida por GÓMEZ-JARA DÍEZ sobre la distinción

²⁴ En este sentido, NEIRA PENA, A. M^a. "Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. Imputación, medidas cautelares y personas jurídicas meramente instrumentales". *Ars Ius Salmanticensis* (en línea). 2014, vol. 2, n^o 2, pp. 300-302 (consulta: 26/07/2024). Disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/12792>.

²⁵ A modo de ejemplo, *vid.* NEIRA PEÑA, A. M^a. "Auto de la Audiencia Nacional... *ob. cit.*"; 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". *Diario La Ley*. 2014, n^o 8341; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Personas jurídicas penalmente responsables... *ob. cit.*"

entre entidades imputables e inimputables en función del porcentaje de actividad lícita. Queda de esta forma ratificado el criterio de imputabilidad con base en el porcentaje de negocio lícito suficiente de la entidad, estableciéndose, además, una tipología de personas jurídicas en el ámbito del Derecho procesal penal, sobre la influencia reconocida del auto 359/2014 de 2014:

1. *Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.*

2. *Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, “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.” (...) A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas “instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. 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.” El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.*

3. *Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos” (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. (...) En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.*

Esta categorización de personas jurídicas resultará fundamental para dotar de contenido a la construcción

jurisprudencial sobre la inimputabilidad de las entidades sin personalidad jurídica.

IV.3.2. La consolidación de la creación jurisprudencial: STS 154/2016

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010, la sucesiva reforma de 2011 para adaptar la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la posterior reforma del CP en el año 2015 revolucionaron el panorama procesal-penal español. El nuevo brocardo *societas delinquere potest* trajo consigo numerosas incógnitas tanto en la vertiente práctica como en la dogmática²⁶, incógnitas que la deficiente redacción aportada por el legislador no supo resolver. En este contexto llega el primer pronunciamiento con condena penal a personas jurídicas por parte del Tribunal Supremo.

La STS 154/2016 se pronuncia sobre diferentes aspectos relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁷, si bien en este apartado se analiza en exclusividad la consolidación de la creación jurisprudencial referida a los requisitos de imputabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal. El TS se adhiere a la postura de la FGE: «la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica».

Por tanto, en palabras del Tribunal Supremo:

(...) la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia.

De esta forma, quedan consolidados los requisitos de imputabilidad de las personas jurídicas, si bien, se trata

26 Como ya se ha mencionado, la Fiscalía General del Estado venía sosteniendo un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas basado en un formato “vicarial”, hasta que la STS 154/2016 estableció un formato basado en la responsabilidad directa de la persona jurídica.

27 Para más información sobre la mencionada sentencia, *vid.* NEIRA PENA, A. M^a. “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica”. *Diario La Ley*, 2016, n.º 8736; MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M. I. “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 154/2016, 29 de febrero [ROJ: STS 613/2016] Primer pronunciamiento condenatorio en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Ars Iuris Salmanticensis* (en línea). 2016, vol. 4, n.º 2, pp. 268-272 (consulta: 21/07/2023). Disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/15318>. VELA MOURIZ, A. “Primera condena penal del TS a Personas Jurídicas (STS 154/2016, de 29 de febrero)”. *La Ley 1454/2016* (en línea). 2016 (consulta: 21/07/2023). Disponible en: <https://acortar.link/BvMphS>.

de una posición no exenta de polémica, como seguidamente vemos.

Posteriormente a esta significada STS 154/2016, el Tribunal Supremo ha seguido la senda en ella marcada y ha reiterado la construcción jurisprudencial, asentándola definitivamente. La STS 534/2020 hace uso de los requisitos de imputabilidad a la hora de analizar una posible vulneración del *non bis in idem* al condenar tanto al administrador de una sociedad unipersonal, como a la propia sociedad. La cuestión que se plantea es que no basta con que formalmente se haya reconocido a un ente social personalidad jurídica, sino que, además, materialmente, en su actuación práctica, debe desplegarla realmente y ejercerla actuando en el tráfico jurídico. En el mismo sentido se manifiesta el Alto Tribunal a través de la STS 264/2022, de 18 de marzo, que parte del argumento jurídico de la STS 534/2020 y considera que la sociedad instrumental, «si bien formalmente es una persona jurídica, materialmente carece del suficiente desarrollo organizativo para ser diferenciada de la persona física, sin que pueda por ende SERLE DE APLICACIÓN EL ART. 31 BIS».

V. CONSECUENCIAS CONTROVERTIDAS DE LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL

Como se ha señalado, la tipología de entidades imputables e inimputables en cuyo seno se desarrollan comportamientos delictivos y la redacción y establecimiento de requisitos en cuya virtud se decide la imputabilidad de las personas jurídicas, son fruto de la dinámica jurídica y la operativa de desarrollo de los órganos jurisdiccionales, y no del estamento legislativo. Esta circunstancia, ineludiblemente controvertida, reclama ser analizada.

V.1. Asunción de funciones legislativas por parte de organismos jurisdiccionales

De entrada, cabría plantearse: ¿supone el desarrollo de los criterios de imputabilidad para las personas jurídicas una suplantación por parte del orden jurisdiccional de las funciones del orden legislativo? Así lo considera ETXEBERRIA BEREZIARTUA: «La creación jurisprudencial de las sociedades instrumentales a través de la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, del Tribunal Supremo excede del cometido de los órganos jurisdiccionales y supone adoptar una función legislativa que no le corresponde. Además, supone dotar de una grave inseguridad al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas»²⁸.

En este sentido, en efecto coincidimos en que la creación jurisprudencial que establece los requisitos de imputabilidad de las personas jurídicas supone una intrusión de los órganos jurisdiccionales en las funciones atribuidas al legislador. Esto es así, con independencia de la evidente exclusión de las sociedades pantalla del régimen ordinario de atribución de responsabilidad penal del art. 31 *bis*.

En el ordenamiento jurídico español, las causas de inimputabilidad se regulan mediante Ley Orgánica: el capítulo II del Título I del Código Penal recoge expresamente las causas que excluyen la responsabilidad penal²⁹. Por lo tanto, en el caso de considerarse necesario renovar las causas de inimputabilidad en el proceso penal, adaptando nuestro Ordenamiento Jurídico a la reciente introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe ser el legislador quien asuma su regulación, por el procedimiento adecuado de Ley Orgánica.

En los artículos 19 y 20 del Código Penal, que conforman el mencionado Capítulo II Título I, no hallamos mención alguna a ninguna causa de exclusión de imputabilidad para personas jurídicas. Por su parte, el art. 66 *bis*, al regular las reglas generales para la aplicación de las penas sobre las personas jurídicas, sí se refiere a las sociedades instrumentales. El legislador reserva las sanciones más graves contra las personas jurídicas para aquellas entidades utilizadas «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. 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». Tal y como se subrayó en el apartado anterior, es aquí donde enraíza su fundamento jurídico el trascendental auto de 19 de mayo de 2014 —y, subsiguientemente, de la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo— para revestir de cierto carácter normativo la innovación jurisprudencial. El auto, en su razonamiento jurídico 5º, reconoce que «los únicos elementos que por el momento sirven de referencia jurídica son las menciones que se contienen en el art 66 bis 2 del CP». Por lo tanto, resulta evidente que «incluso en el caso de “que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales” es penalmente imputable como persona jurídica y debe ostentar el estatus jurídico penal correspondiente». Así, «razonando por exclusión debemos concluir, que solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estare-

28 ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E. *Medidas cautelares sobre la persona jurídica en el ámbito penal*. Donostia: Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, E.H.U./U.P.V., 2017, p. 447.

29 *Vid.* arts. 19 y 20 CP.

mos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables».

En España, actualmente no existe una ley autónoma que regule el proceso penal contra las personas jurídicas³⁰. Como consecuencia, la atribución de responsabilidad penal sigue los mismos cauces en el caso de las personas físicas y jurídicas, siendo las personas jurídicas igualmente titulares de derechos procesales y garantías constitucionales. La novedad de la inclusión de las personas jurídicas como sujetos pasivos en el ámbito procesal-penal no puede repercutir, sin más, en una relajación de los derechos procesales y constitucionales derivados del debido proceso penal: la persona jurídica es titular de derechos fundamentales³¹, y entre ellos, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³².

Resulta del todo improcedente, —e inconstitucional—, utilizar una interpretación de los tribunales, ya de por sí forzada —pues no debe olvidarse que el art. 66 *bis* 2 funciona como fundamento para la imposición de las penas más graves contra las personas jurídicas consideradas sociedades instrumentales— como único sostén de inimputabilidad. Compartimos la opinión de PALMA HERRERA: «planteamientos como el que hacen la Circular 1/2016 o el Tribunal Supremo deben descartarse al no encontrar, a mi juicio, base legal»³³.

Por elemental que resulte, debe recordarse que el Código penal, imprescindible como mecanismo de orden social y como garante crucial de las libertades individuales de los individuos de una sociedad, tiene categoría de Ley Orgánica y constituye una de las normas claves de todo Estado de Derecho, al regular las conductas tipificadas como delitos y las penas y medidas de seguridad a ellos aparejadas, con apoyo de la normativa procesal. El art. 66 *bis* referido forma parte

del Capítulo II, Título III del Código Penal, y se refiere a las «reglas generales para la aplicación de las penas». Como tal, su función es modular penas imponibles a las personas jurídicas. A esta precisa y puntual cuestión alcanza la voluntad y expresión del legislador. Traer y llevar diagonalmente su decisión a otros problemas excede la cobertura jurídica invocada.

Por supuesto, tal y como reconoce la STS 154/2016, la solución recogida por la Fiscalía en la mencionada CFGE 1/2016 es «sobre todo procesalmente muy práctica». Pero el argumento de utilidad no justifica eludir los cauces oportunos, y menos cuando esta vía conduce a una objetiva restricción de garantías.

En caso de considerar que el fundamento de exclusión de las entidades pantalla del régimen de atribución de responsabilidad penal del art. 31 *bis* es su inimputabilidad —en palabras de GÓMEZ-JARA DÍEZ, «(d) e la misma manera que las personas físicas que no han alcanzado un mínimo de complejidad mental no se consideran imputables penalmente, las personas jurídicas que no tengan un mínimo de complejidad organizativa no se consideran imputables penalmente»³⁴—, debe así reflejarlo el Código Penal, mediante reforma del Capítulo II a través del procedimiento oportunamente reservado por el Ordenamiento para la ley orgánica. No obstante, no puede olvidarse que las personas físicas y las personas jurídicas no son equiparables en todos sus aspectos. Las personas jurídicas son ficciones no asimilables en todo a las personas físicas: solo algunos aspectos jurídicos pueden trasladarse mediante el recurso a cierta analogía.

No debe pasarse por alto que el mencionado auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 359/2014, de 19 de mayo de 2014, citado generalmente como base

30 A diferencia de lo que sucede en Italia, donde existe una ley autónoma que regula todo lo relacionado con la responsabilidad administrativa de las entidades con y sin personalidad jurídica por la comisión de delitos. *Vid.* Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

31 Como reconoce GÓMEZ MONTORO, la «titularidad es admitida por el Tribunal Constitucional desde hace más de veinte años y lo es de manera prácticamente incontrovertida». *Vid.* GÓMEZ MONTORO, A. «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas. Un intento de fundamentación». *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2002, n.º 65, pp. 52-53.

En efecto, el TC ha admitido la titularidad de algunos derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas: «(e)n nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas. Así ocurre con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, o el derecho a la tutela judicial efectiva». *Vid.* STC 23/1989, de 2 de febrero.

32 *Vid.* STC 23/1989, de 2 de febrero; STC 137/1985, de 17 de octubre; STC 19/1983 de 14 de marzo.

En palabras de GIMENO BEVIÁ, la doctrina del Tribunal Constitucional «fue la que desarrolló paulatinamente la tesis de que las personas jurídicas son titulares de una serie de derechos determinados en función de su propia naturaleza» (...) «no se discute el derecho de la persona jurídica a la tutela judicial efectiva, puesto que la STC 19/1983 de 14 de marzo (RTC 1983, 19) mantiene que «la legitimación para interponer recursos de amparo no corresponde sólo a los ciudadanos, sino a cualquier persona —natural o jurídica— que sea titular de un interés legítimo aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado». Tampoco cabe duda del reconocimiento del derecho del derecho de asociación, inherente a la persona jurídica, establecido en el artículo 22CE». GIMENO BEVIÁ J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECRIM de 2015, circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, 2016, pp. 232-233.

33 *Vid.* PALMA HERRERA, J. M. y AGUILERA GORDILLO, R. *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, p. 42.

34 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «La inimputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas... *ob. cit.*, p. 3.

sobre la que se levanta la construcción jurisprudencial, reconoce que «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». Se admite así que el límite por el que la sociedad pasa de ser imputable a inimputable debe ser establecido por la norma —norma que en este caso corresponde al legislador alumbrar mediante reforma del Código Penal—.

Otro fragmento del citado Auto de la AN recoge una sentencia que puede resultar especialmente ilustrativa al hablar de la inversión de funciones entre los poderes legislativo y jurisdiccional:

Estimamos que corresponde al juzgado instructor durante la instrucción del procedimiento determinar cuál ha de ser la situación y pronunciarse fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas incurso en el procedimiento y en su caso efectuar la imputación a que se refieren los arts. 118 y 119 de la LECrim.

La labor de concreción aplicativa del Derecho, de discernimiento, justificación concreta y aplicación de la norma al caso particular, es una labor que ha de distinguirse de la función abstracta y general previa de conformación de la voluntad legislativa y expresión del Derecho en sí, consecuencia directa del principio de legalidad. Una cosa es pronunciarse, en el desempeño de la producción normativa, sobre el régimen ordinario y estatus jurídico procesal de las personas jurídicas, y otra descender a su adecuado cumplimiento respecto a particulares personas jurídicas incurso en procedimientos igualmente concretos. Y cuestión diferente es que, en ausencia de la debida labor regulatoria, la necesidad de dar respuesta a las situaciones planteadas por la realidad jurídica conduzca, prioritariamente, a desbloquear las dificultades técnico-jurídicas del juzgado instructor.

V.2. Peligro de reducción de garantías procesales

No se discute aquí que, desde un punto de vista basado estrictamente en la economía procesal, la exclusión en términos de imputabilidad de las entidades sin un sustrato mínimo de actividad legal, es decir, las sociedades pantalla, ofrece una salida atractivamente ágil. En palabras de GÓMEZ-JARA DÍEZ: «Así, al no ser estar imputada, no tiene que tomarse declaración en calidad de imputado, no tendrá que citarse en el domicilio social y nombrar un representante legal durante la fase de instrucción, etc»³⁵.

En efecto, el Tribunal Supremo, a la hora de consolidar la creación jurisprudencial sobre los requisitos de imputabilidad de las personas jurídicas, es consciente de lo conveniente de una solución «solvente y sobre todo procesalmente muy práctica».

Como se analizará en el capítulo siguiente, de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo sobre las sociedades consideradas instrumentales se derivará la imposición de medidas de carácter accesorio, aplicables por el juez en fase cautelar, asimiladas a las condenas más graves planteadas contra las personas jurídicas, pudiendo incluso plantearse su extinción.

Por lo tanto, si sumamos la indeterminación existente en la regulación sobre los requisitos y procedimientos para declarar instrumental a una entidad, a las ventajas desde un punto de vista de economía procesal admitidas por vía extra-normativa en el caso de que las sociedades sean consideradas instrumentales, obtenemos un caldo de cultivo peligroso que puede entrar en conflicto directo con diversos derechos y principios constitucionales, como el principio de legalidad, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.

Como ya advierte la Audiencia Nacional en el auto 359/2014, de 19 de mayo de 2014, y la doctrina, se hace imprescindible una reforma legislativa que regule el límite de negocio lícito necesario para que una entidad sea considerada pantalla, clarificando las consecuencias de dicha declaración de instrumentalidad, así como el procedimiento a seguir.

VI. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS ENTIDADES PANTALLA

Hemos visto que, en la práctica, la imputabilidad o inimputabilidad de las entidades sometidas a un proceso penal dependerá en exclusividad de la valoración del juez de instrucción que examine cada caso³⁶. Sabemos que el origen de esta situación reside en la pasividad o inacción del legislador a la hora de regular el porcentaje de negocio lícito necesario para considerar imputables a las personas jurídicas relacionadas con actividades delictivas. En este sentido la Sala de la Audiencia Nacional del mencionado AAN, de 19 de mayo, manifiesta: «(e)stimamos que corresponde al juzgado instructor durante la instrucción del procedimiento determinar cuál ha de ser la situación y pronunciarse fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas incurso en el procedimiento y en su caso efectuar la imputación a que se refieren los arts 118 y 119 de la LECrim».

Al no existir una norma previa que regule el porcentaje de negocio lícito necesario para considerar

35 En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas... ob. cit., p. 4.

36 *Ibidem.*, p. 4.

a una entidad imputable, la atribución de tal función se desplaza al juez de instrucción, fragmentándose la consideración de todos los aspectos que deban considerarse. Con ello se carga de un poder mayúsculo, desproporcionado y en exceso discrecional al juez de instrucción³⁷, en cuyas manos recae la trascendental tarea de decidir si una agrupación de personas físicas continúa como parte acusada en un proceso penal, con todas las garantías constitucionales derivadas del derecho de defensa, o, por el contrario, si se le recluye en un limbo de indeterminación legal, caracterizado por la no obtención de la condición de parte, en el que no queda claro el cauce procesal a seguir.

Si el juez considera a la sociedad como imputable porque cumple los requisitos mínimos de volumen de negocio lícito, la entidad proseguirá por el cauce de atribución de responsabilidad penal ordinaria de las personas jurídicas del art. 31 *bis*.

Pero si el estudio de la posible declaración de instrumentalidad de la entidad por el juez de instrucción conduce a la conclusión de la necesaria inimputabilidad de la entidad, existen dudas sobre el cauce por el que debe continuar el procedimiento contra la sociedad, el alcance de su derecho a defensa y los actos que se pueden adoptar sobre ella.

A la urgencia de la reforma para aclarar el régimen de imputabilidad de las personas jurídicas, se suma ahora una nueva necesidad: regular el procedimiento por el que el juez de instrucción decide sobre la instrumentalidad delictiva de la sociedad pantalla, detallando el momento procesal oportuno, así como las consecuencias derivadas. Debe tenerse en cuenta que la norma que regule el acto por el que se declare instrumental a una sociedad tendrá efectos directos en el alcance de su derecho fundamental de defensa³⁸, pues, de ser considerada pantalla, quedaría privada de los derechos

derivados de la condición de imputada a la luz del art. 118 de la LECrim.

A continuación, se analizan diferentes posibilidades procesales a la hora de encauzar un procedimiento contra entidades pantalla.

VI.1. Asunción de la condición de parte en el proceso penal

VI.1.1. Doctrina del levantamiento del velo

A la hora de afrontar en un proceso el problema de entidades que han adquirido su personalidad jurídica a través de fraude o simulación, tradicionalmente se ha acudido a la doctrina del levantamiento del velo, inspirada en el Derecho norteamericano (*disregard of legal entity*)³⁹. Según la jurisprudencia y la doctrina norteamericana, en caso de abuso de la personalidad jurídica, los tribunales levantarán el velo de la sociedad y juzgarán de conformidad con la sustancia y no con la forma, como si la *corporation* no existiera⁴⁰. Tal y como entendemos la doctrina del levantamiento del velo en el ordenamiento jurídico español, su fundamento descansa en la prohibición tanto del fraude de ley, como del abuso del Derecho o el ejercicio antisocial del mismo, regulados en los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil.

La doctrina del levantamiento del velo sirve a un objetivo principal: resolver los problemas derivados del abuso de la personalidad jurídica. En efecto, en palabras de CAPILLA RONCERO, «(u)no de los principales problemas suscitados por las personas jurídicas es la posibilidad de que se produzca el denominado “abuso de la personalidad jurídica”. Nuestra jurisprudencia ha acogido, con entusiasmo, la llamada “técnica del levantamiento del velo” para poner coto a los actos abusivos. Pero su utilización indiferenciada exige que se precisen

37 Aunque, debe tenerse en cuenta que, en principio, nada obliga al juez de instrucción a resolver este asunto, por lo que cabe plantearse la posibilidad de que la decisión sobre la instrumentalidad se ubique procesalmente en la fase del juicio oral. Esta circunstancia también genera dudas de carácter procesal, a modo de ejemplo: ¿tiene la declaración de instrumentalidad valor de cosa juzgada, de modo que vincule al juez juzgador? No habría problema si el juez instructor decidiera que se trata de una sociedad pantalla; el problema surge en el caso contrario: si el juez instructor concluye que no es una sociedad pantalla, ¿puede el juez sentenciador declarar ahora su nulidad, contradiciendo al juez instructor?

38 Art. 24.2 CE.

39 Tal y como aclara CONSTANTINI, dos fueron las sentencias claves, el caso “Bank of the United States vs. Deveaux”, de 1809, y el caso “Harris vs. Youngstone Bridge Co.”, de 1898. En el primer supuesto, el «Juez Marshall, quien fue llamado a resolver el caso, entendió que correspondía penetrar el velo social, sacando a la luz a sus integrantes, para así extender la jurisdicción de los tribunales federales a las controversias suscitadas entre éstos por ser ciudadanos de distintos Estados, por cuanto la corporación es una entidad artificial, invisible, intangible que sólo existe en la mente del legislador». Por su parte, el segundo supuesto fue clave para reformular la teoría, concluyendo que se «encuentra justificado prescindir de la persona jurídica cuando la vinculación existente ha sido utilizada para obtener un resultado injusto, por más que haya habido una estricta observancia de las exigencias y formalidades establecidas por la ley». COSTANTINI, P. “La doctrina del *disregard of the legal entity*”. *Revista Jurídica Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y de la Comunicación*. 2016, vol. 4, nº 1, p. 20.

40 BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*. 2º Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997, p. 147.

con mayor rigor las condiciones y límites de la aplicación de esas técnicas»⁴¹.

A través del levantamiento del velo se pretende trascender la coraza externa o formal de la persona jurídica para penetrar en su interioridad y descubrir la naturaleza real de los intereses individuales que bajo ella se ocultan⁴².

En el ámbito del Derecho penal, el levantamiento del velo implica romper el hermetismo de la persona jurídica para dilucidar posibles responsabilidades penales de las personas físicas implicadas. Por supuesto, la responsabilidad penal de la persona jurídica, como sujeto imputable, es autónoma e independiente, por lo que será procesada como sujeto pasivo siempre que se cumplan los requisitos del régimen de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas del art. 31 bis. Pero la utilidad de la doctrina del levantamiento del velo se centra en aquellos casos en los que la condición de persona jurídica de la entidad se ha adquirido mediando fraude o simulación y, en efecto, al afrontar supuestos de esta índole, puede ser un valioso instrumento para dar una primera respuesta jurídica a la problemática casuística que suscitan las entidades pantalla en el proceso penal.

Este punto se aborda también por la FGE a través de la CFGE 1/2011⁴³, que es consciente del problema de las sociedades pantalla: en virtud de la apariencia de su condición de personas jurídicas, de entrada, cabría pensar que el proceso penal debiera discurrir por la vía del art. 31 bis, pero «en los aludidos supuestos de abuso de la forma social, se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia».

Para retirar el mencionado manto de opacidad que la condición de persona jurídica permite desplegar a la entidad pantalla, la CFGE 1/2011 aporta dos posibles soluciones: «recorrir bien a la figura de la simulación contractual», o bien a «la doctrina del levantamiento del velo». En la conclusión quinta aportada por la Circular la cuestión queda suficientemente clara:

En aquellos casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la total ausencia de auténtica actividad, organización, infraestructura, patrimonio etc., utilizadas como herramientas

del delito y/o para dificultar su investigación, nada obsta a que los Sres. Fiscales recurran a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla, evitando imputar a estas últimas aun a pesar de que puedan gozar de personalidad jurídica y por tanto, y desde un punto de vista estrictamente formal, podría serles de aplicación el art. 31 bis del Código Penal.

Por su parte, el revolucionario auto de la AN 359/2014, de 19 de mayo de 2014 también menciona la doctrina del levantamiento del velo, si bien planteando su uso exclusivamente para el caso de sociedades pantalla:

Resulta cierto, que a partir de la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la consecuente regulación de su posición procesal y de las garantías procesales inherentes de que están revestidas se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo estatus jurídico procesal referido a esta clase de personas, del que en principio solo podrían gozar en tanto que efectivamente fueran penalmente imputables a tenor del artículo 31 bis del CP, por no ser meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, es decir evidentes meras proyecciones de las actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas, y respecto de las que procedería únicamente el “levantamiento del velo” para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental, como tal no susceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías para su disolución y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva.

A través del mencionado auto, la Audiencia Nacional lleva a cabo una advertencia sobre la indeterminación existente a la hora de diferenciar entre sociedades pantalla o sociedades imputables a través de la vía del art. 31 bis del CP: «Sin embargo, ésta no es una situación que sea siempre tan nítida y evidente fáctica y jurídicamente, ni que tampoco se dé fácilmente en estado puro». Dada la trascendencia que tiene la declaración de sociedad pantalla en orden a su derecho de defensa, de carácter fundamental, el juez debería dejarse llevar por un principio garantista: ante la duda sobre si es o no

41 CAPILLA RONCERO, F. “Persona Jurídica”. En: MONTROYA MELGAR, A. (Dir.). *Enciclopedia Jurídica Básica. Volumen III*. Madrid: Civitas, 1995, p. 4864.

42 En este sentido, *vid.* DE ANGEL YÁGÜEZ, R. “La doctrina del «levantamiento del velo» y las sociedades interpuestas”. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*. 1995, vol. 43, nº 2, p. 2.

43 Si bien la CFGE 1/2016, de 22 de enero, no menciona la doctrina del levantamiento del velo. Ahora bien, esta novedad no significa necesariamente un giro interpretativo, pues perfectamente se podría aplicar la doctrina del levantamiento del velo a aquellas entidades que, por su carácter instrumental, resulten inimputables a la luz de los requisitos de imputabilidad.

sociedad pantalla, debe inclinarse por considerar que no lo es, para facilitar su defensa procesal.

Debe tenerse en cuenta que la doctrina del levantamiento del velo ya se encontraba asentada para nuestros órganos jurisdiccionales con anterioridad a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010. En efecto, desde que en el año 1984 salió a la luz la primera sentencia del Tribunal Supremo que se valía del levantamiento del velo, la STS 1196/1984⁴⁴, de 28 de mayo, la doctrina ha sido aplicada sin pausa por nuestros órganos jurisdiccionales. En palabras del Tribunal Supremo:

*(...) la jurisprudencia justifica la técnica y práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)*⁴⁵.

En cualquier caso, si bien la doctrina del levantamiento del velo se encuentra asentada y se aplica con normalidad por nuestros tribunales, ello no significa que su uso no deba responder a un fundamento y una lógica jurídica de excepcionalidad, y, por tanto, aplicarse de forma restrictiva, como ha recordado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones⁴⁶. También existe un amplio y autorizado sector doctrinal que tradicionalmente ha rechazado la doctrina del levantamiento del velo⁴⁷.

Existen supuestos tasados, a los que la jurisprudencia denomina «clásicos», a la hora de aplicar la doctrina del levantamiento del velo: «son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso —sea procedente el “levantamiento del velo” a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros»⁴⁸. Pero debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo en diferentes ámbitos y en muy variados supuestos, lo que hace imposible establecer un formato cerrado *numerus clausus* de supuestos o requisitos para su aplicación; en este sentido, la STS 796/2012, de 3 de enero establece que «(e)ste carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan *numerus clausus*».

Siguiendo a DE ANGEL YÁGÜEZ: «hoy se considera admitido que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a la que constituye la justificación de dicha figura, los Tribunales podrán descartarla o prescindir de ella o de algunas de las consecuencias que de la misma dimanen»⁴⁹.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la doctrina del levantamiento del velo no sirve para cancelar la personalidad jurídica de la entidad. En efecto, «como recuerda la sentencia 673/2021, de 5 de octubre, la jurisprudencia del levantamiento del velo parte, como premisa ineludible, del respeto a la personalidad de las sociedades de capital y a las reglas sobre el alcance de

44 La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo utiliza la siguiente redacción para la definición de la doctrina del levantamiento del velo, en el futuro ampliamente repetida: «CONSIDERANDO que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, uno, y noveno, tres), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (artículo diez de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un “ejercicio antisocial” de su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil)». STS 1196/1984, de 28 de mayo de 1984.

45 STS 422/2011, de 7 de junio.

46 A modo de ejemplo, *vid.* STS 979/2008, de 23 de octubre; STS 326/2012, de 30 de mayo; STS 475/2008, de 26 de mayo; STS 422/2011, de 7 de junio.

47 BOLDÓ RODA realiza una labor magistral de recopilación de los distintos argumentos utilizados por la doctrina sobre la materia, categorizando los distintos sectores enfrentados. *Vid.* BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica... ob. cit.*, p. 295 y ss.

48 STS 718/2011, de 13 octubre; STS 670/2010, de 4 de noviembre.

49 *Vid.* DE ANGEL YÁGÜEZ, R. *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*. 6º Edición. Madrid: Editorial Civitas, Thomson Reuters, 2013, p. 86.

la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley (sentencias 796/2012, de 3 de enero de 2013, 326/2012, de 30 de mayo, 628/2013, de 28 de octubre, y 47/2018, de 30 de enero)»⁵⁰.

La razón de ser y el alcance de la doctrina del levantamiento del velo es instrumental, como herramienta jurídica disponible para procesos en los que medien sociedades pantalla, y, por ende, inimputables. En esta línea, SÁNCHEZ MELGAR⁵¹ sostiene:

(...) si la persona jurídica ha sido creada con regularidad, al menos aparente, y es utilizada para la comisión delictiva, estaremos en presencia de una sociedad pantalla, es decir, de una entidad utilizada para el delito. Esta forma de actuación, permite el mecanismo denominado del levantamiento del velo, que arrojará como resultado que, en realidad, sus representantes o directivos, serán meros testaferros que actuarán para un tercero, que generalmente no tendrá formalmente ningún vínculo societario, aunque de facto controlará a tal entidad, y que es el verdadero autor criminal, y para ello utilizará una o varias mercantiles para camuflar su verdadera actuación, y cuya responsabilidad penal no podrá solaparse con la persona jurídica, porque no hay detrás una verdadera persona jurídica, sino que lo que hay «detrás» es un ente ficticio creado por medio de testaferros para dar apariencia de existencia de una sociedad mercantil, u otra figura con personalidad jurídica que, en realidad, es una mera tapadera en el actuar del verdadero autor, que se vale así de un teatro construido a base de falsos actores, unos físicos y otros jurídicos, que ocultarán al verdadero protagonista de la obra.

En todo caso, siendo pacífica la posibilidad de retirar el velo a las sociedades pantalla para descubrir a las personas físicas o jurídicas imputables, ello no excusa de la necesidad de realizar un análisis pormenorizado de las consecuencias procesales que pueden recaer sobre la propia persona jurídica “desvelada”, que seguirá teniendo la consideración de parte en el proceso penal, y que será objeto de estudio en el capítulo siguiente.

VI.1.2. La entidad pantalla como parte imputada del proceso penal

Una posibilidad, planteada por los sectores más garantistas de la doctrina, sería la de considerar a la entidad pantalla como persona jurídica con plenos derechos, protegida, por tanto, de forma absoluta por el derecho fundamental a defensa y por los derechos procesales derivados de su procesamiento, en virtud de los arts. 118 y 119 de la LECrim⁵².

En este sentido, ETXEBERRIA BEREZIARTUA considera que no solo es preceptiva una reforma legislativa que establezca el procedimiento y la forma de la declaración de instrumentalidad, sino que «(a)ún en el supuesto de que se entienda apriorísticamente que esa personalidad es una ficción o una simulación, que se presume que es fraudulenta, no debemos olvidar que el derecho a la defensa consagrada en el artículo 24.2 CE se extiende a todo tipo de personas jurídicas»⁵³. Por lo tanto, «(a) pesar de esta declaración del carácter instrumental de la persona jurídica, en nuestra opinión, el derecho a la defensa por aplicación del art. 24 CE debe extenderse más allá de la intervención en el trámite de la declaración de la calificación de instrumental y prolongarse a lo largo de todo el proceso penal»⁵⁴. Como consecuencia de esta propuesta, «la decisión sobre la instrumentalidad debe retrasarse hasta la sentencia penal»⁵⁵.

Si bien coincidimos con ETXEBERRIA BEREZIARTUA en la necesidad de reformar el régimen de intervención procesal de las entidades pantalla en el proceso penal, correspondiendo esta tarea al legislador, y resultando intolerable «que desde los juzgados se construyan complejos instrumentos normativos»⁵⁶, discrepamos en la inmutabilidad de la personalidad jurídica de las entidades pantalla, así como en la extensión de su derecho a defensa hasta el momento de la sentencia.

No debe olvidarse que, a la luz los requisitos de imputabilidad planteados por la ya desarrollada construcción jurisprudencial, y la categorización que el mismo autor realiza sobre las características de las entidades pantalla, nos hallamos ante simples instrumentos para facilitar la comisión delictiva, a disposición de las personas físicas delincuentes. Instrumentos que sirven de medio para facilitar el desarrollo delictivo, o para disminuir su comisión tratando de diluir las posibles responsabilidades a través de fraude, simulación o abuso

50 STS 2340/2022, de 16 de junio.

51 SÁNCHEZ MELGAR, J. “Personas jurídicas imputables e inimputables... *ob. cit.*”, pp. 1-2.

52 ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E. *La cuestión cautelar en el proceso...* *ob. cit.*, p. 115.

53 *Ibidem.*

54 *Ibidem.*

55 *Ibidem.*

56 *Ibidem.*

de derecho, cubriéndose del manto protector otorgado por la personalidad jurídica. Los derechos y garantías procesales deben proporcionárseles a la entidad al menos hasta que una resolución jurisdiccional declare su carácter instrumental, lo que no es necesario que ocurra en la fase de juicio oral.

Insistimos en las razones de legalidad y seguridad jurídica ya expuestas para promover una reforma legislativa que establezca un estatuto jurídico procesal para las entidades pantalla, cuyo contenido debería servir para asegurar que el proceso por el que el juez declare la instrumentalidad de las personas jurídicas se desarrolle con plenas garantías. En efecto, hasta el momento procesal en el que se declare a la entidad como instrumental y pantalla, ha de gozar de todos los derechos derivados del derecho fundamental de defensa y de la tutela judicial efectiva del art. 24 Constitución Española.

La declaración de instrumentalidad se ubica normalmente en la fase de instrucción. A modo de ejemplo de la ineficacia e ineficiencia que supondría retrasar la instrumentalidad al momento procesal de la sentencia, piénsese el caso de un entramado de múltiples sociedades pantalla, dedicadas en exclusividad a servir como medio para la comisión delictiva, algunas con sede fuera de España. Siguiendo a MARTÍN SAGRADO, «(s)ería inimaginable otorgar a todas y cada una de ellas una representación y defensa propias, recibirles declaración en calidad de investigadas, velar porque no haya conflicto de intereses o facilitar un proceso de negociación con la fiscalía, entre otras cuestiones»⁵⁷.

La imposibilidad de declarar a una entidad pantalla hasta la sentencia podría tener consecuencias peligrosas incluso desde un punto de vista de política criminal; es razonable temer que tal limitación procesal provocase un efecto llamado fomentando la utilización de sociedades pantalla para la comisión delictiva, al ser tan atractiva su cobertura para el encubrimiento de personas físicas o jurídicas responsables, así como de intereses y medios de prueba. En efecto, si solo se admite que mediante sentencia, tras años de procedimiento penal, sea posible penetrar el velo de la persona jurídica pantalla, se estaría poniendo a su disposición una herramienta criminal de valor incalculable, bajo cuyo amparo cabría retrasar el procedimiento penal durante años, enmarañándolo con sociedades pantalla dotadas formalmente de personalidad jurídica, con capacidad de enturbiar la investigación, ocultar a las personas

físicas responsables y favorecer la continuidad de la comisión delictiva.

Ahondando en el argumento, si se propone que la decisión sobre la instrumentalidad se sitúe temporalmente en el momento de dictarse sentencia penal, en tal caso debe tenerse en cuenta que la única forma de participación procesal existente en nuestro ordenamiento jurídico para entidades con personalidad jurídica es como parte procesada, en virtud del art. 31 *bis* del Código Penal, posición que mantendría durante el tiempo que durase el proceso y hasta la sentencia. Sin embargo, ningún tipo de sociedades instrumentales fraudulentas tiene encaje en el art. 31 *bis* del Código Penal, resultando «insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia»⁵⁸.

VI.1.3. Entidad pantalla como responsable civil subsidiario

Cabe preguntarse si la sociedad declarada instrumental e inimputable podría continuar participando en el proceso bajo el amparo de alguna figura procesal.

Desde luego, desde el punto de vista pragmático de economía procesal, la consideración de una entidad como inimputable tiene importantes ventajas, ya mencionadas (a modo de ejemplo, no se le tomará declaración en calidad de imputada, ni será necesaria su citación en el domicilio social, ni preceptiva la figura de representante legal en la instrucción)⁵⁹.

La figura de responsable civil subsidiario puede dotar de cierta estabilidad procesal a la sociedad a la que se ha catalogado como instrumental, permitiendo canalizar elementos del derecho de defensa. Esta particular solución la aporta GÓMEZ-JARA: «El estatus será el de un tercero responsable civil —en el caso que nos ocupa, parece que dicha responsabilidad habría de configurarse conforme al art. 120.4.º CP—, por lo que, de conformidad con reiterada jurisprudencia no tiene por qué ser llamado al procedimiento hasta el Auto de transformación»⁶⁰.

En la misma línea se posiciona HORMAZÁBAL MALARÉE, que considera que la resolución por la que se declara la instrumentalidad de la persona jurídica «debe ser previa a la adopción de cualquier medi-

57 MARTÍN SAGRADO, O. "El decomiso de las sociedades pantalla". *Diario La Ley*. 2016, n.º 8768, p. 4.

58 STS 154/2016 de 29 de febrero, p. 27.

59 En este sentido, *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas... *ob. cit.*, p. 4.

60 *Ibidem.*, p. 4.

da limitativa y es, por supuesto, necesaria pues de ella dependerá si se le puede aplicar el régimen especial de cautelares que contempla el art. 33 *in fine* CP para las personas jurídicas penalmente responsables o solo las generales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con lo que señala el art. 764.2 LECrim. para los terceros civilmente responsables»⁶¹.

Por su parte, en contra de esta posibilidad se sitúa MARTÍN SAGRADO, que, si bien reconoce que «(d) esde un punto de vista práctico el encaje que podrían tener las sociedades pantalla en la figura del tercero civilmente responsable ofrece evidentes ventajas de economía procesal en la fase de instrucción», no deja de ser una solución momentánea, ya que «se trasladaría el problema a la fase intermedia y de enjuiciamiento. No resulta asimilable imaginar un juicio en el que además del resto de acusados, encontramos una veintena de sociedades pantalla, cada una con su representación, sus respectivos medios de prueba y su irrenunciable derecho a recurrir»⁶².

Si bien alabamos los esfuerzos del sector doctrinal favorable a la consideración de la sociedad instrumental como tercero responsable civil, pues se desarrollan con el objetivo de clarificar el marco procesal de las entidades consideradas totalmente instrumentales, aportando así coherencia, contexto y seguridad jurídica, no compartimos la solución, pues entendemos que las sociedades pantalla no encajan en la figura procesal de tercero responsable civil.

La razón que nos mueve a rechazar la asimilación es de orden lógico, y surge de la lectura de la normativa. El argumento jurídico para considerar una entidad instrumental responsable civil subsidiaria se halla en el art. 120.4 del CP:

Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

(...)

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Ahora bien, las sociedades pantalla declaradas instrumentales han conseguido su estatus de persona jurídica mediante fraude o simulación, sin ser realmente

entidades capaces de operar de forma lícita y normal en el tráfico jurídico, ni, por ende, capaces o idóneas para hacerse cargo de los derechos y obligaciones derivados de la responsabilidad civil «por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores».

Además, no deja de ser una incoherencia considerar que una persona jurídica es declarada inimputable pero sí responsable civil, cuando la razón de fondo para la inimputabilidad debe ser su declaración de instrumentalidad y, por tanto, de nulidad e inexistencia jurídica, debiendo ser decomisada.

VI.2. No asunción de la condición de parte en el proceso penal. La entidad pantalla como sociedad sin nacimiento jurídico

Con anterioridad ha quedado expuesta la posibilidad de aplicar el levantamiento del velo en los casos de entidades pantalla instrumentalizadas para la comisión de delitos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, si bien la doctrina del levantamiento del velo permite solventar los problemas derivados del abuso de la personalidad jurídica, en ningún caso sirve para cancelarla; puede ser un medio de contrarrestar los efectos tergiversadores de su artificiosa existencia, pero no de resolver la antijuridicidad de su subsistencia. Este extremo ha sido aclarado por el Tribunal Supremo a través de la STS 2340/2022, de 16 de junio⁶³.

A la hora de afrontar el problema de las entidades pantalla con personalidad jurídica en el proceso penal, cabe optar por otra vía de intervención y restauración del ordenamiento jurídico. En el ámbito del Derecho civil, un contrato viciado por alguna causa de nulidad puede ser considerado nulo de pleno derecho y, por tanto, privado de la capacidad de producir efectos jurídicos. Entre las causas de nulidad existentes, podemos traer a la reflexión que nos ocupa la siguiente norma legal: «(l)os contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral»⁶⁴. Al igual que un contrato nacido de una ilegalidad manifiesta puede no generar efectos jurídicos, lo mismo podría suceder con una entidad surgida en su origen por y para objetivos ilícitos. Con una tradición que arranca desde el Derecho Justiniano, el ordenamiento entiende como nece-

61 HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Personas jurídicas penalmente responsables... *ob. cit.*, p. 6.

62 MARTÍN SAGRADO, O. "El decomiso de las sociedades... *ob. cit.*, p. 7.

63 *Vid.* STS 2340/2022, de 16 de junio: «como recuerda la sentencia 673/2021, de 5 de octubre, la jurisprudencia del levantamiento del velo parte, como premisa ineludible, del respeto a la personalidad de las sociedades de capital y a las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley (sentencias 796/2012, de 3 de enero de 2013, 326/2012, de 30 de mayo, 628/2013, de 28 de octubre, y 47/2018, de 30 de enero)».

64 Art. 1275 CC.

sario que concurra un fin lícito en la constitución de una sociedad como persona jurídica⁶⁵.

Considerando que, en virtud de las características inferidas de los requisitos de imputabilidad, el sujeto prototípico que encaja en la figura de sociedad pantalla con personalidad jurídica ha conseguido esta mediante fraude o abuso de derecho, lo previsible es que el “nacimiento” de la persona jurídica carezca del fin lícito que lo justifique. Por lo tanto, no solo desarrollaría sus funciones en el tráfico jurídico de forma ilícita y mediando abuso de derecho, sino que su propia constitución es un fraude.

Como consecuencia, una posible solución al conflicto planteado por este tipo de sociedad pasaría simplemente por considerarla como no nacida, al no disponer de un fin lícito y no reunir los elementos necesarios para constituirse en persona jurídica: disolver la apariencia de sociedad que jurídicamente nunca adquirió personalidad, declarando en derecho su inexistencia con efectos *ex tunc* y cancelando su asiento en el registro y su consideración de parte en el proceso penal.

Esta solución, si bien ignorada por la doctrina, encuentra respaldo en la jurisprudencia y en las posiciones de la FGE.

Solo un año después de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Fiscalía General del Estado, a través de la CFGE 1/2011, planteaba dos posibles soluciones para tratar con entidades pantalla en el proceso penal: «nada obsta a recurrir bien a la figura de la simulación contractual, bien a la doctrina del levantamiento del velo».

Pero como se ha dicho, la doctrina del levantamiento del velo constituye una solución parcial, pues, si bien permite penetrar el mando de opacidad de la entidad y descubrir a las personas físicas o jurídicas responsables, no soluciona el problema de qué hacer con la entidad instrumentalizada para la comisión de delitos.

La Audiencia Nacional, a través del ya estudiado auto de 2014, también se refiere a las entidades pantalla

como sociedades sobre las que «como tal no susceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías para su disolución y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva», tesis que, por tanto, suscribe el no reconocimiento como persona jurídica de la entidad pantalla, a la que se tiene como no nacida. Sobre estas entidades, en opinión del auto que sirve de inspiración para futuras sentencias del Tribunal Supremo, bastará una disolución sin más garantías y el decomiso de los bienes de los que pudiera disponer. En efecto, desde nuestra perspectiva, el decomiso representa el tratamiento procesal más adecuado para abordar la actividad delictiva llevada a cabo mediante sociedades pantalla⁶⁶.

Nuestro Alto Tribunal, a través de la STS 154/2016, recoge el testigo del AAN 359/2014, reconociendo la necesidad de disolución de la entidad que «nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP».

Ahora bien, Ley Orgánica núm. 5/2010 no solo supuso la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también reformó las antiguas consecuencias accesorias del art. 129, que, a partir de ese momento, quedaban relegadas para entidades sin personalidad jurídica. A través de la reforma del año 2010, se modificó el catálogo de medidas accesorias aplicables, eliminándose la disolución como medida accesoria para entidades sin personalidad jurídica. De esta forma, desde el año 2010 no es posible acudir al art. 129 del CP para la disolución de las entidades con personalidad jurídica, aunque esta sea obtenida mediante fraude, al menos si se pretende ser respetuoso con el principio de legalidad⁶⁷.

La otra opción que plantea la STS 154/2016 para las entidades pantalla supone «la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para

65 En palabras de GINESTA AMARGÓS: «(s)abemos que los requisitos para que exista una Corporación son tres. En primer lugar la reunión en el momento constitutivo de tres individuos cuando menos: *tres faciunt collegium*’, en segundo término un estatuto o ley *lex collegii* que discipline la organización del ente y su funcionamiento interno y, finalmente, como colofón indispensable un fin lícito, sea cual fuere la actividad a desarrollar: profesional, cultural, política o simplemente religiosa». Vid. GINESTA AMARGÓS, J. “Sociedades unipersonales en derecho romano”. En: *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo. Vol. 2: Derecho de Personas* (en línea). Madrid: Editorial BOE, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2021 (consulta: 30/12/2024). p. 210. Disponible en: <https://n9.cl/13m4hc>.

66 De la misma opinión MENÉNDEZ CONCA, L. G. “La exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP”. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*. 2024, n.º 9, p. 322. Para más información sobre el decomiso de los bienes asociados a una entidad pantalla, vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Personas jurídicas inimputables... ob. cit.”; SÁNCHEZ MELGAR, J. “Personas jurídicas imputables e inimputables... ob. cit.”.

67 A pesar de la inexistencia de la medida accesoria de disolución de la entidad sin personalidad jurídica, la mencionada STS 154/2016 acuerda la disolución de la sociedad considerada instrumental, resultando procedente «por razones de utilidad, mantener la imposición de la pena de disolución, por otra parte de carácter esencialmente formal puesto que, cumplida y agotada la “misión” delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución». Este sorprendente razonamiento jurídico ignora el principio de legalidad, y sirve como una prueba más de la inexistencia de garantías procesales para las entidades una vez son consideradas instrumentales y pantalla.

la anulación, o cancelación, de su asiento». En efecto, esta opción se muestra eficaz contra entidades ficticias, y parte de la premisa del no nacimiento jurídico de la entidad pantalla, pues la personalidad jurídica se obtuvo por fraude o abuso de derecho.

Si bien es posible encontrar apoyos contrastados a favor del no nacimiento jurídico de la entidad pantalla, como es el caso de SÁNCHEZ MELGAR, la doctrina, de forma mayoritaria, se posiciona a favor de aceptar el nacimiento de la personalidad jurídica de la entidad instrumental y buscar su encaje en el proceso a través de diferentes fórmulas, o contentarse con la aplicación de medidas accesorias o cautelares. En palabras del mencionado autor, «si la persona jurídica ha sido constituida exclusivamente con una finalidad criminal, en realidad no es posible su imputación, puesto que su finalidad delictiva le impide el nacimiento a la vida jurídica como ente social o colectivo, que requiere su conformidad con el ordenamiento jurídico, tanto su forma como en su finalidad»⁶⁸.

Para ECHEVERRÍA BERECIARTUA, «la solución propuesta del Tribunal Supremo, sentencia 154/2016, que consiste en “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” no es viable y compatible con el ordenamiento jurídico desde la perspectiva constitucional»⁶⁹.

GÓMEZ-JARA DÍEZ es consciente de la posibilidad de simplemente considerar a la sociedad como no nacida, reconocida por el AAN 359/2014, de 19 de mayo de 2014⁷⁰, pero finalmente descarta esta opción al entender «que la resolución objeto de comentario no va tan lejos»⁷¹. En efecto, el autor advierte de los peligros que se podrían derivar como consecuencia de aplicar esta posibilidad sin garantías, pudiendo convertirse en una «salida fácil» para que el juzgador imponga determinadas medidas obviando los derechos inherentes al estatus de imputado». Compartimos el sentido de la advertencia, entendiendo que precisamente por ello es necesaria una reforma legislativa que regule el proceso

por el que se declara la instrumentalidad, con pleno respeto en este momento al derecho de defensa y garantías procesales de la entidad. Debe tenerse en cuenta que la entidad, hasta que es considerada instrumental y pantalla, mantiene la plenitud —o, cuando menos, la apariencia— de su personalidad jurídica y es beneficiaria de derechos fundamentales tales como la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

En la misma línea se posiciona MARTÍN SAGRADO. Siendo consciente de la posibilidad de considerar a la entidad pantalla nacida del fraude como no existente, lo que permite simplemente cancelar el asiento y proceder al comiso de los bienes, sin embargo, opina que, a pesar de que «(e)n efecto, así podría decretarse»⁷², resulta «una fórmula demasiado extrema»⁷³.

En definitiva, si bien los órganos jurisdiccionales y la FGE plantean la posibilidad de considerar a la sociedad pantalla como entidad ficticia sin nacimiento jurídico, sobre la que, una vez declarada la instrumentalidad, no caben derechos procesales ni garantías, en la actualidad existen argumentos de peso para tratar con más cautela esta vía. Ni existe norma jurídica que regule el porcentaje de negocio ilícito por el que la sociedad es considerada instrumental y pantalla, ni el procedimiento por el que el juez declara tal instrumentalidad. Por lo tanto, el juez deberá declarar la instrumentalidad de una persona jurídica con la única guía de unos requisitos de imputabilidad surgidos de una creación jurisprudencial fruto de una extralimitación de funciones de los órganos jurisdiccionales. Como reconoce el Tribunal Supremo, la vía de la declaración de instrumentalidad resulta muy práctica desde el punto de vista de economía procesal. En ningún caso puede imponerse la razón de economía procesal sobre las garantías procesales. Si la economía procesal requiere la instrumentalidad y la consecuencia de ello es la pérdida de garantías procesales, esta solución no es correcta. Dada la inexistencia de normativa aplicable, no existen suficientes garantías para asegurar que no se use como herramienta para simplificar el proceso al margen de la legalidad.

68 SÁNCHEZ MELGAR, J. “Personas jurídicas imputables e inimputables... *ob. cit.*, p. 1.

69 ECHEVERRÍA BERECIARTUA, E. *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 408.

70 En efecto, GÓMEZ-JARA DÍEZ reconoce que «no puede desconocer que llevada a su extremo, la decisión de la Sala de lo Penal de la AN, pudiera resultar en la ausencia de cualquier estatus procesal *personal* de las sociedades pantalla. Expresado de otra manera: se pudiera “cosificar” absolutamente a dichas entidades, de tal manera que se las podría decomisar *ex art.* 127 CP. (LA LEY 3996/1995) En efecto, si se considera que el criterio de la AN se basa en que la constitución de dichas personas jurídicas se ha hecho “en fraude de ley”, se podría negar su condición de persona jurídica y proceder a tratarlas como meras cosas. Así, cuando se argumenta que se está “ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales”, se pudiera concluir que, si bien se trata formalmente de personas jurídicas, materialmente no lo son. La consecuencia sería que se debería negar su personación, puesto que las “cosas” no pueden *personarse* en el procedimiento». *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas... *ob. cit.*, p. 7.

71 *Ibidem*.

72 MARTÍN SAGRADO, O. “El decomiso de las sociedades... *ob. cit.*, p. 6.

73 *Ibidem*, p. 6.

Coincidimos con el sentir expresado por la doctrina que se ha ocupado del asunto: la declaración de instrumentalidad por el juez de instrucción de una entidad en aplicación de unos requisitos no regulados por la ley supone una afrenta al principio de legalidad y al de tutela judicial efectiva. Pero discrepamos en un elemento clave, el problema no se halla en la falta de derechos procesales de la entidad pantalla, sino en la falta de regulación y la indeterminación legal e inseguridad jurídica que caracteriza todo el proceso por el que se declara a la entidad instrumental y pantalla. En cualquier caso, consideramos que una entidad que nace con la mácula de la intencionalidad ilícita no puede ser acreedora de ningún derecho, pero esta circunstancia ha de hacerse jurídicamente clara y evidente a través de un cauce igualmente limpio y reglado para poder desplegar su efecto invalidante. Debe tenerse en cuenta que los mandatos constitucionales del art. 24 deben ser cumplidos por el juez, aunque no exista previsión legal explícita, por su carácter de derecho fundamental constitucionalmente establecido.

En efecto, coincidimos plenamente con la Audiencia Nacional en el AAN 359/2014, de 19 de mayo de 2014, al menos cuando se declara que la entidad pantalla es un instrumento del delito y «como tal no susceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías para su disolución y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva». En el mismo sentido se posicionan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y MATELLANES RODRÍGUEZ, que consideran que «(n)o tiene mucho sentido citar a declarar a una persona jurídica de pantalla o reconocerle derechos de defensa»⁷⁴. Al igual que un contrato desarrollado con fraude de ley es nulo de pleno derecho, y en el tráfico ordinario se tiene como si nunca hubiese existido, consideramos que lo mismo procede respecto de las entidades que hayan obtenido su condición de persona jurídica mediando fraude o simulación.

Ahora bien, resulta del todo imprescindible revestir el proceso por el que se concluye la instrumentalidad de todas las garantías procesales, pues hasta entonces la sociedad mantiene intacta la plenitud de su derecho a defensa, su derecho a la presunción de inocencia y su derecho al debido proceso. En palabras de GALÁN MUÑOZ, «la naturaleza de sociedad pantalla o no, difícilmente se podrá constatar al margen de un procedimiento penal»⁷⁵. Sin embargo, actualmente no existe regulación alguna en este sentido, y aquí se halla la grave deficiencia de la actuación del legislador.

Una sociedad pantalla, como un contrato, puede ser nula de pleno derecho, pero en el caso de la persona jurídica, como goza de apariencia de validez, pues la causa de su nulidad permanece oculta, resulta necesaria una declaración del juez, y para ello hay que darle entrada en el proceso, con todas las garantías procesales. Esta es, en esencia, la razón de ser de la declaración y el motivo de su necesidad: contrarrestar jurídicamente la fachada de derecho falsamente creada. En cuanto a la forma procesal de la declaración, podría materializarse tanto a través de un incidente específico o pieza insertada en fase de instrucción, como en la misma sentencia, con plenas garantías del juicio oral. En cualquiera de los casos, siempre con pleno respeto de las garantías procesales del art. 24 CE.

Debe hacerse una precisión importante, esta posibilidad no es incompatible con la doctrina del levantamiento del velo. Al contrario, son perfectamente compatibles: primero se levanta el manto de opacidad ilegal para constatar el carácter instrumental de la entidad y descubrir personas físicas o jurídicas responsables e intereses ocultos, y luego, una vez demostrado que la entidad es instrumental y pantalla, se procede a la «declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento».

VII. CONCLUSIÓN

En la actualidad, el vacío normativo de que adolece el tratamiento procesal penal de las entidades pantalla, estimula una polémica creación jurisprudencial y el uso indiscriminado de la doctrina del levantamiento del velo; sin negar la utilidad que ello aporta, el problema no se resuelve en su esencia.

En efecto, en sede jurisprudencial se han definido la tipología de entidades imputables e inimputables en cuyo seno se desarrollan comportamientos delictivos, así como los requisitos exigibles en orden a la imputabilidad de las personas jurídicas. Pero este desarrollo es fruto de la dinámica jurídica y operativa de los órganos jurisdiccionales, no de la labor propiamente reguladora del estamento legislativo, lo que genera dos controversias principales: existe una asunción de funciones legislativas por parte de organismos jurisdiccionales, lo que bien puede resultar inconstitucional, y se genera riesgo de reducción de garantías procesales.

Las entidades con personalidad jurídica que son parte en el proceso penal ostentan la titularidad de los de-

74 Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Revista General de Derecho Penal*. 2013, nº 20, p. 25. En el mismo sentido, vid. también MENÉNDEZ CONCA, L. G. "La exclusión de las sociedades... ob. cit.", p. 319.

75 GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites... ob. cit.*, p. 248.

rechos fundamentales de tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías procesales. Los mencionados derechos fundamentales, junto con el principio de legalidad, deben iluminar el procedimiento para considerar a una persona jurídica como instrumental y pantalla, y ello es un mínimo jurídico indispensable, actualmente inexistente.

Dadas las muy relevantes consecuencias que se derivan, para la persona jurídica investigada, de la declaración de instrumentalidad, resulta necesaria una reforma legislativa que explicita con coherencia las causas de inimputabilidad de las personas jurídicas, regulando el procedimiento por el que, mediante auto, y con todas las garantías, deba declararse tal instrumentalidad, en fase de instrucción y permitiendo la contradicción y personación de la persona jurídica.

En efecto, solo asegurando la contradicción mediante audiencia ante el órgano judicial y el derecho a defenderse de la persona jurídica —hasta tanto no sea desvirtuada de dicha condición—, sólo con esas garantías podrá concluirse la total instrumentalidad de la persona jurídica y entenderse adecuadamente fundadas en derecho las importantes consecuencias jurídico-procesales que de ello se derivan. Este procedimiento debe desarrollarse a través de una pieza separada que concluya en un auto motivado por el juez.

El grado de incertidumbre en el régimen penal y procesal de las entidades pantalla no es menor: las dudas afectan a los criterios de imputabilidad de las personas jurídicas en el orden penal y al cauce procesal a seguir con respecto a las entidades consideradas pantalla. La reforma legislativa que regule el concepto jurídico y el procedimiento de declaración de una entidad como pantalla, debe atender a los requisitos de jurisdiccionalidad y motivación, y respetar el principio de proporcionalidad. Por otra parte, habría de observarse también el principio de taxatividad clarificándose el porcentaje de negocio ilícito necesario para considerar a una entidad como pantalla, o los criterios que deba utilizar el juez para considerar a una entidad como pantalla.

La propia Sala de la Audiencia Nacional, a través del mencionado AAN, de 19 de mayo, manifiesta que «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».

Si bien es una posibilidad que podría aclarar el concepto y facilitar la labor del juez, debe tenerse en cuenta que el establecimiento de un porcentaje de licitud-ilicitud también introduce importantes interrogantes que exigirían justificación: ¿cómo se mide? ¿En uno o en varios ejercicios económicos? ¿Por el volumen de negocios o por los beneficios de la empresa? Sin olvidar que el recurso al mencionado porcentaje requeriría la

previsión de respuesta ante la posibilidad de acciones dirigidas a eludirlo a través, por ejemplo, de la diversificación de diferentes sociedades dentro de los límites marcados.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA GORDILLO, R. *Manual de compliance penal en España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022.
- BANACLOCHE PALAO, J. “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. sr. d. José Manuel Maza Martín*. Madrid: Fiscalía General del Estado, 2018.
- BACIGALUPO SAGGESE, S. “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. y MARRÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., (Coords.). *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*. Cizur menor: Aranzadi, 2013.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N. “Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista General de Derecho Penal*. 2013, nº 20.
- BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*. 2ª Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997.
- CAPILLA RONCERO, F. “Persona Jurídica”. En: MONTROYA MELGAR, A. (Dir.). *Enciclopedia Jurídica Básica. Volumen III*. Madrid: Civitas, 1995.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Derecho Fundamentales. Artículos 1 a 137*. Getafe: Trivium Editorial, 1997.
- COSTANTINI, P. “La doctrina del disregard of the legal entity”. *Revista Jurídica Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y de la Comunicación*. 2016, vol. 4, nº 1.
- CUELLO CONTRERAS, J. “El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2013, nº 15.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, R. “La doctrina del «levantamiento del velo» y las sociedades interpuestas”. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*. 1995, vol. 43, nº 2.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, R. *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la juris-*

- prudencia*. 6.º Edición. Madrid: Editorial Civitas, Thomson Reuters, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Consecuencias aplicables a entidades sin personalidad jurídica”. En: JUANES PECES, A. (Dir.). *Memento Experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Madrid: Francis Lefevre, 2015.
- ECHARRI CASI, F. J. *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003.
- ECHEVERRIA BEREZIARTUA, E. *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E. *Medidas cautelares sobre la persona jurídica en el ámbito penal*. Donostia: Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, E.H.U./U.P.V, 2017.
- ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E. *La cuestión cautelar en el proceso sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- ESPÍN TEMPLADO, E. “Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española”. *Revista de las Cortes Generales*. 1985, n.º 6.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. “Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 bis CP. Respuesta penal a través de la figura del decomiso”. En: SIMÓN CASTELLANO, P., ABADÍAS SELMA, A., (Coords.). *Cuestiones penales a debate*. Barcelona: Bosch Editor, 2021.
- GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GIMENO BEVIÁ J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECRIM de 2015, circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, 2016.
- GINESTA AMARGÓS, J. “Sociedades unipersonales en derecho romano”. En: *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo. Vol. 2: Derecho de Personas* (en línea). Madrid: Editorial BOE, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2021 (consulta: 30/12/2024). P. 210. Disponible en: <https://n9.cl/13m4hc>.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”. En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2005.
- 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”. *Diario La Ley*. 2014, n.º 8341.
- GÓMEZ MONTORO, A. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas. Un intento de fundamentación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2002, n.º 65.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”. *Estudios penales y criminológicos*. 2019, n.º 39.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. I. “Las consecuencias accesorias del art. 129: la nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica”. En: PALMA HERRERA, J. M., (Dir.). *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Madrid: Dykinson, 2014.
- GRACIA MARTÍN, L. “Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica”. En: GRACIA MARTÍN, L. (Coord.). *Leciones de consecuencias jurídicas del delito*. 5.º Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
- GRACIA MARTÍN, L. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H. “Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”. *Diario La Ley*. 2014, n.º 8368.
- LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4.º Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.
- LUZÓN PEÑA, D. M. “Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales”. En: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M., CORTÉS BECHIARELLI, E., (Coords.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- MARTÍN SAGRADO, O. “El decomiso de las sociedades pantalla”. *Diario La Ley*. 2016, n.º 8768.
- MENÉNDEZ CONCA, L. G. “La exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP”. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*. 2024, n.º 9.
- MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M. I. “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 154/2016, 29 de febrero [ROJ: STS

- 613/2016] Primer pronunciamiento condenatorio en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Ars Iuris Salmanticensis* (en línea). 2016, vol. 4, nº 2 (consulta: 21/07/2023). Disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/15318>.
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. 10ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- NEIRA PENA, A. Mª. “Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. Imputación, medidas cautelares y personas jurídicas meramente instrumentales”. *Ars Ius Salmanticensis* (en línea). 2014, vol. 2, nº 2 (consulta: 26/07/2024). Disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/12792>.
- NEIRA PENA, A. Mª. “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica”. *Diario La Ley*. 2016, nº 8736.
- PALMA HERRERA, J. M. y AGUILERA GORDILLO, R. *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.
- RODRÍGUEZ MOLINA, A. “Aproximación al sistema penal de cumplimiento normativo de las personas jurídicas”. En: GALÁN MUÑOZ, A., MENDOZA CALDERÓN, S., (Coords.). *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. “Personas jurídicas imputables e inimputables. Posición de la jurisprudencia”. *Diario la Ley*. 2021, nº 9849.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”. En: *Derecho penal económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- VELA MOURIZ, A. “Primera condena penal del TS a Personas Jurídicas (STS 154/2016, de 29 de febrero)”. *La Ley 1454/2016* (en línea). 2016 (consulta: 21/07/2023). Disponible en: <https://acortar.link/BvMphS>.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M. “Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas. (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”. *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. 1997, nº 46 (II).
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.