

RESPONSABILIDAD PENAL Y FÓRMULAS DE REACCIÓN FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS UTILIZADAS PARA LA EJECUCIÓN DE DELITOS DE BLANQUEO

Prof. Dr. Javier Gustavo Fernández Teruelo

ÍNDICE

I. PLANTEAMIENTO	3
II. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR DELITOS DE BLANQUEO DE LAS SOCIEDADES CUYA ACTIVIDAD PRINCIPAL ES LÍCITA.....	5
1. Elementos del hecho de conexión.....	5
2. El contenido de las obligaciones de control y su incumplimiento	7
2.1. Requisitos generales.....	7
2.2. Peculiaridades de la determinación de las obligaciones de control en el ámbito del blanqueo.....	8
2.2.1. Castigo de comportamientos omisivos.....	8
2.2.2. Posible concurrencia de situaciones de bis in idem	9
2.2.3. Existencia, en la regulación de la Ley de 2010, de un específico y obligatorio modelo de compliance penal o programa de prevención	11
3. Responsabilidad penal de la sucursal española del Industrial and Commercial Bank of China (ICBC) por blanqueo de capitales (Sentencia 14/2020 de 30 de junio de la Audiencia Nacional).....	12
3.1. Personas y conductas que determinaron la responsabilidad de ICBC	12
3.2. Beneficio directo e indirecto para ICBC.....	14
3.3. Incumplimiento (grave) de las obligaciones de control por parte de los sujetos competentes en ICBC	14
4. Análisis de posible responsabilidad penal de CaixaBank por blanqueo de capitales (Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional, de 18 de abril de 2018)	16
III. IRRESPONSABILIDAD PENAL POR DELITOS DE BLANQUEO DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES	19
1. La ejecución de delitos de blanqueo a través de sociedades instrumentales y su distinción de las sociedades cuya actividad legal es menos relevante que la ilegal (art. 66 bis CP).....	19
	1

<i>2. Fundamento de la consideración como sujetos inimputables e incumplimiento de las condiciones y requisitos del hecho de conexión de las personas jurídicas instrumentales utilizadas en actividades de blanqueo.....</i>	<i>22</i>
IV. IRRESPONSABILIDAD PENAL POR DELITOS DE BLANQUEO DE LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES UTILIZADAS PARA SU COMISIÓN	26
V. FÓRMULAS DE REACCIÓN FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE IRRESPONSABLES UTILIZADAS PARA LA COMISIÓN DE DELITOS DE BLANQUEO	27
1. <i>El recurso a las consecuencias accesorias del art. 129 CP.....</i>	27
2. <i>La respuesta a través de la figura del decomiso (art. 127 y ss. CP).....</i>	32
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA	39
JURISPRUDENCIA CITADA	42

RESPONSABILIDAD PENAL Y FÓRMULAS DE REACCIÓN FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS UTILIZADAS PARA LA EJECUCIÓN DE DELITOS DE BLANQUEO

*Prof. Dr. Javier Gustavo Fernández Teruelo **

I. PLANTEAMIENTO

Han transcurrido casi catorce años desde la entrada en vigor en nuestra legislación del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas y más de nueve años desde la entrada en vigor de la reforma del año 2015, en la que se precisó de modo importante esta fórmula de responsabilidad y se introdujo expresamente la cláusula de exclusión de la responsabilidad penal, estableciendo, entre otras novedades, las condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión.

Sin embargo, y pese al tiempo transcurrido, siguen siendo muchas las incertidumbres, en múltiples aspectos relativos a la aplicación penal y procesal del modelo. En particular, es sabido que esta fórmula legal de responsabilidad no incorporó un concepto de persona jurídica, pese a que dicha institución constituye el epicentro en torno al cual gira todo el modelo. Aunque no se definen, sí se hace referencia a este tipo de entidades en varias ocasiones, empezando por el propio art. 31 bis (las personas jurídicas serán penalmente responsables), introduciendo distintas precisiones, como por ejemplo la del apartado 3 del mismo precepto (que se refiere a las personas jurídicas “de pequeñas dimensiones”), o la contenida en el artículo 31 quinquies, cuando se refiere a determinado tipo de personas jurídicas a las que no resultará aplicable el modelo de responsabilidad. Existe una opinión bastante pacífica según la cual, para determinar su significado y su tipología, es preciso acudir a la normativa extrapenal de referencia, especialmente al Código Civil, al Código de Comercio y a la específica de cada uno de los tipos de personas jurídicas reconocidas en nuestra legislación. A su vez, procede indicar que el delito de blanqueo de capitales (Capítulo XIX del Título III, del libro II de nuestro Código penal) es uno de los incluidos en el catálogo de *numerus clausus*, que posibilitan la condena de la persona jurídica, cuando estén presentes los requisitos legales previstos para ello. En concreto, su regulación se encuentra en el art.

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo.

301 CP, en su versión dolosa (apartados 1 y 2) e imprudente (apartado 3)¹. A su vez, en el at. 302 CP se determinan las penas a imponer cuando la persona jurídica sea considerada responsable (en concreto todas las recogidas en el apartado 7 del art. 33), entre ellas la disolución (apartado b).

Especialmente relevante es el hecho de que en la ejecución de esta fórmula delictiva suele recurrirse a los siguientes tipos de sociedades (de forma alternativa o cumulativa) y tanto en la ejecución como en el encubrimiento del delito:

- *Entidades que ejercitan una actividad esencialmente lícita, pero que son utilizadas para introducir en el sistema económico dinero procedente del delito.* Se corresponden básicamente con los sujetos obligados por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cuyo art. 2.2 dispone que tienen tal consideración las personas físicas o jurídicas que desarrollen las actividades mencionadas en el apartado precedente (promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles, empresas de servicios postales, entidades de crédito, etc.).

Trataremos de valorar en este trabajo, si una vez constatada la comisión del hecho delictivo por la persona física, concurren normalmente y pueden acreditarse de forma pacífica los elementos contenidos en el art. 31 bis CP, particularmente los que determinan el llamado hecho de conexión, al que más adelante nos referiremos.

- *Sociedades instrumentales, pantalla, interpuestas o fantasma, que tienen como único o principal objetivo la ejecución del delito o la ocultación del capital obtenido ilícitamente para blanquearlo,* y que en ocasiones aparecen administradas por testaferros. Este tipo de entidades son meros instrumentos del delito, ya sea para ejecutarlo -creadas para la ejecución del plan criminal- o incluso para encubrirlo, en manos de la persona física. Siendo formalmente personas jurídicas, carecen por lo general de actividad, infraestructura o personal relevantes. Permiten con frecuencia evitar el seguimiento

¹ Acerca del modelo de RPPJs proyectado sobre el delito de blanqueo de dinero, vid. GONZÁLEZ CUSSAC J. L., Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delito de blanqueo de dinero, V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero: Ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas de 2015 e incidencia en la economía y sociedad digital, celebrado en el salón de actos de la EGAP, Santiago de Compostela, en julio de 2017 (coord. por Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart) 2018, pp. 345-350.

de la propiedad y el origen de los fondos (especialmente cuando se ubican en paraísos fiscales).

Respecto a este supuesto se pretende examinar si dicha condición pudiera situar a estas entidades, al margen de nuestro sistema penal de reacción frente a las personas jurídicas, convirtiéndose, a efectos penales, en personas jurídicas inimputables, no pudiendo gozar -en consecuencia- de los derechos y garantías que éste ofrece.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR DELITOS DE BLANQUEO DE LAS SOCIEDADES CUYA ACTIVIDAD PRINCIPAL ES LÍCITA

1. Elementos del hecho de conexión

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

En concreto, según la regulación vigente, la persona jurídica responderá: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de ella, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de ella; b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la misma, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el supuesto anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

La responsabilidad de la propia entidad se activa cuando una de las personas físicas enunciadas en los apartados a) y b), cuyo sentido será analizado seguidamente, comete un delito (“responderá (..) de los delitos cometidos”) de entre los específicamente habilitados (*numerus clausus*) para activar el mecanismo de imputación a la persona jurídica. Debe entenderse suficiente con la constatación de la presencia de un hecho que, por su naturaleza y circunstancias concomitantes, presenta

caracteres claros de haber sido realizado voluntariamente (o –en su caso– de forma negligente), incluso aunque la persona física (por determinadas razones -art. 31 ter CP-) no pueda ser traída al proceso.

En cuanto a las personas físicas que pueden ejecutar el delito, en el artículo 31 bis CP se incluyen categorías personales que deben ostentar al menos una de la triple (o cuádruple) capacidad recogida en el precepto: (a) capacidad para representar (sus representantes) a la sociedad (b) capacidad para decidir por ella; a lo que aún se añade, en tercer lugar, a personas con (c) capacidad (c1) para organizar (capacidades organizativas) o (c2) para ejercer labores de vigilancia y control. A su vez, el apartado b) del art. 31 bis se refiere, a la hora de designar a los que pueden activar con sus comportamientos delictivos la responsabilidad penal de la persona jurídica, a quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior; en concreto, a quienes “han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

Se requiere, en tercer lugar, que las conductas se hayan realizado en beneficio directo o indirecto de la entidad², el cual puede incluir diversas situaciones, como el ahorro de gastos, beneficio reputacional, e incluso aquellos casos en los que el beneficio no es inmediato, pero la conducta delictiva fortalece la posición de la empresa desde un punto de vista competitivo. No es precisa su obtención efectiva, bastando su carácter potencial (esto es, que normalmente se pueda producir con la ejecución de la conducta delictiva), no siendo por ello tampoco necesaria su cuantificación económica.

Ambos apartados (a y b) exigen, además, que la conducta se haya llevado a cabo “por cuenta” de la persona jurídica, con lo que se está haciendo referencia a aquellas actuaciones realizadas por el representante que obligan a la persona jurídica, haciéndole soportar sus consecuencias en el marco de sus funciones empresariales³.

² Requisito cada vez más discutido en el modelo de responsabilidad, proponiéndose su supresión; por todos vid. RAGUÉS I VALLÈS R., La actuación en beneficio de la persona jurídica. Razones para la eliminación de un requisito disfuncional en la atribución de responsabilidades penales, REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 4, 2024, y cuya exigencia respecto a determinados delitos está provocando importantes disfunciones, vid. FERNÁNDEZ TERUELO J.G., La promoción de un nuevo modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica como mecanismo de control de focos de riesgo derivados de conductas ajenas a su actividad e interés y su incompatibilidad con el contenido del art. 31 bis 1^o CP, La Ley compliance penal, núm. 14, 2023.

³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de

El primer supuesto, contenido en la letra a) del artículo 31 bis 1, exige también que el delito haya sido cometido “*en nombre*” de la persona jurídica, lo que implica que el comportamiento delictivo se desarrolle dentro del ámbito o sector de competencias que tiene atribuidas y en las que puede por tanto actuar en nombre de la persona jurídica (nexo de ocasionalidad).

El apartado b) del art. 31 bis requiere finalmente que el delito se haya cometido “en ejercicio de actividades sociales”; dicha previsión tiene igualmente un carácter limitador de los supuestos en los que puede activarse el hecho de conexión; en concreto, el referido requisito determina que su comportamiento (delictivo) se haya realizado dentro del ámbito de las competencias que, como trabajador de la entidad tiene atribuidas⁴.

La constatación de todos estos elementos en los casos de ejecución de delitos de blanqueo en el contexto de personas jurídicas no instrumentales ni unipersonales no suele presentar especiales dificultades. Así podemos constatarlos en el análisis de los subapartados 3 (IBC) y 4 (CaixaBank) de este capítulo II, analizados a título de ejemplo.

2. El contenido de las obligaciones de control y su incumplimiento

2.1. Requisitos generales

El apartado b) del art. 31 bis.1 establece que la persona jurídica responderá, cuando alguno de sus trabajadores o empleados, sometidos a supervisión, cometan un delito atribuible a la ausencia o incumplimiento grave del debido control por parte de quienes tienen estas específicas competencias (“haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”). El contenido de las obligaciones de control, a las que se refiere el precepto, debe venir determinado en mi opinión por normas extrapenales de carácter administrativo, mercantil o civil que las establecen. De ese modo, quedan excluidas las obligaciones de naturaleza contractual, así como las contenidas en los propios programas de prevención de delitos. En lo que respecta a la regulación específica sectorial, existen ámbitos de actividad económica

Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal), Dir. Álvarez García), Tirant lo Blanch, 2014, p. 262.

⁴ FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a) y b) CP), en Estudios jurídico penales y criminológicos: En homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, coord. por José María Suárez López, Jesús Barquín Sanz, Ignacio F. Benítez Ortúzar, María José Jiménez Díaz, José Eduardo Sáinz Cantero Caparrós; Lorenzo Morillas Cueva (hom.), Vol. 1, pp. 223-245.

caracterizados por encontrarse ampliamente regulados, esencialmente a través de normas de índole administrativa⁵. A tales efectos, en el caso del blanqueo de dinero, contamos con lo dispuesto en la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como con el Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010. La referida Ley es una norma que contiene múltiples obligaciones (medidas de diligencia debida, obligaciones de información, de control interno, y un largo etcétera).

El incumplimiento reclamado por el art. 31 bis (1,b) debe ser grave (“por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes”). Ello pone de manifiesto una voluntad legislativa de restringir los supuestos que darán lugar por esta vía a la responsabilidad de la propia entidad. En mi opinión, la única forma de dotar de ciertas garantías a la previsión legal en el plano de la seguridad jurídica, cuando se trata de obligaciones específicas, es entender que el legislador está realizando una remisión normativa a la propia calificación que otorga la regulación administrativa sancionadora. Dicho de otro modo, creo que la referida expresión también debe proyectarse sobre el desvalor normativo extrapenal atribuido a cada infracción. Así, solo podrán ser suficientes para activar el modelo de responsabilidad aquellos incumplimientos de las obligaciones de control, que la propia norma administrativa califica, como mínimo, como “graves”. De ese modo, serían válidas a estos efectos las infracciones basadas en el incumplimiento de los deberes de control graves y muy graves⁶. A tal efecto, el art. 50 de la Ley 10/2010, de 28 de abril establece un régimen sancionador que distingue precisamente entre infracciones muy graves, graves y leves.

2.2. Peculiaridades de la determinación de las obligaciones de control en el ámbito del blanqueo

2.2.1. Castigo de comportamientos omisivos

Obsérvese que con algunas excepciones (por ejemplo la resistencia a la labor inspectora, calificada como infracción muy grave por el apartado d) del art. 51 de la Ley 10/2010), los incumplimientos de las obligaciones de control identificados normativamente son comportamientos omisivos (no informar, no comunicar, no colaborar, no aplicar medidas de diligencia debida, no identificar, etc.).

⁵ FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español, RECPC 21-03 (2019), p. 7.

⁶ *Ibidem*, p. 12 ss.

La descripción contenida en el apartado a) “delitos cometidos” posibilita el castigo de tales comportamientos omisivos; sin embargo, más dudas plantea la regulación del art. 31 ter. 2, destinado a determinar las consecuencias de la independencia entre la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona física; en particular cuando concurren determinadas circunstancias, dispone que la concurrencia, en las personas que *materialmente hayan realizado los hechos* (supuesto del apartado a)) o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control (supuesto del apartado b)), de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado (...), no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente. Tal exigencia (realizar los hechos) podría presentar desde un punto de vista gramatical dificultades interpretativas para su compatibilidad con comportamientos de tipo omisivo. Sin embargo no han sido valoradas como tales por la jurisprudencia, que ha avalado pacíficamente su castigo.

2.2.2. Posible concurrencia de situaciones de bis in idem

El artículo 54 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (relativo a la responsabilidad de administradores y directivos) dispone que, además de la responsabilidad que corresponda al sujeto obligado aun a título de simple inobservancia, quienes ejerzan en el mismo cargos de administración o dirección, sean unipersonales o colegiados, serán responsables de las infracciones cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente. Por su parte, el artículo 62 (concurrencia de sanciones y vinculación con el orden penal) dispone, en su apartado 1, que *las infracciones y sanciones establecidas en la presente Ley se entenderán sin perjuicio de las previstas en otras leyes y de las acciones y omisiones tipificadas como delito* y de las penas previstas en el Código Penal y leyes penales especiales, salvo lo establecido en los apartados siguientes. Precisamente, en el apartado 2, se dispone que *no podrán sancionarse con arreglo a esta Ley las conductas que lo hubieran sido penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico*. Se trata en definitiva de una cláusula general de compatibilidad de ambas sanciones y una excepción relativa a aquellos supuestos en los que pueda producirse la vulneración del principio *ne bis in idem*.

Lo primero que hay que advertir es que la introducción de esa cláusula se realiza en un momento temporal (Ley 10/2010, de 28 de abril) en el que la responsabilidad penal de las personas jurídicas aún no formaba parte de nuestra legislación penal (Ley 5/2010 de 22 de junio) por lo que dicha cláusula no fue específicamente pensada para re-

solver estos supuestos. Pero lo cierto es que, cuando la persona jurídica pueda ser sancionada por incumplimiento grave de una obligación de control (presupuesto base para ambas infracciones), concurriendo además los elementos del hecho de conexión penal, se plantea de un modo palmario la posible vulneración del principio, en caso de aplicar de modo simultáneo las previsiones de ambas normas. Ciertamente, constatada la identidad de hecho y sujeto, quedaría analizar si la misma puede extenderse también al fundamento. Y difícilmente la respuesta podría ser negativa, en la medida en que tanto la ley penal, como la administrativa tienen como objetivo esencial la prevención de operaciones de blanqueo mediante la amenaza sancionadora a aquellas sociedades que incumplen (gravemente) las medidas de control legalmente dispuestas para dificultar o impedir obligaciones de blanqueo de dinero u otros activos, posibilitando de este modo que este tenga lugar. En tal caso procederá aplicar la vigente doctrina sobre resolución del conflicto, dando prioridad a la respuesta penal⁷.

Obsérvese que el art. 56 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, establece que la sanción por infracciones graves será una multa cuyo importe mínimo es de 150.000 euros. Por su parte, el art. 302 determina que, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica (por delito de blanqueo doloso), se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años (la pena de prisión mínima prevista en el art. 302 para la persona física es de seis meses y la máxima de seis años).

En la medida en que la cuota diaria, en el caso de las multas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, debe tener un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros, es teóricamente posible que la pena solicitada y eventualmente impuesta sea muy inferior ($30 \times 24 \times 30 = 21.600$ €) a la mínima prevista por la norma administrativa (recordemos, 150.000 €), lo que podría llevar al absurdo de que a la persona jurídica le interese reconocer el delito e incluso declarar la ineficacia de su propio programa de prevención de delitos, buscando una consecuencia jurídica menos gravosa.

⁷ Sobre la resolución de estos conflictos de *bis in idem*, vid., GÓMEZ TOMILLO M., Consecuencias materiales y procesales de la jurisprudencia del TJUE en materia de responsabilidad penal y administrativo-sancionadora de las personas jurídicas, REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 3, 2023.

2.2.3. Existencia, en la regulación de la Ley de 2010, de un específico y obligatorio modelo de compliance penal o programa de prevención

Los arts. 26 a 33 de la Ley ant blanqueo regulan lo que se rubrica como “control interno” (capítulo IV). El apartado 1 del art. 26 dispone que los sujetos obligados aprobarán por escrito y aplicarán *políticas y procedimientos adecuados* en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. En el apartado 5 del mismo artículo se dispone que los sujetos obligados deberán aprobar un *manual adecuado* de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se mantendrá actualizado, con información completa sobre las medidas de control interno a que se refieren los apartados anteriores. Para el ejercicio de su función de supervisión e inspección, el manual estará a disposición del Servicio Ejecutivo de la Comisión y, en caso de convenio, de los órganos supervisores de las entidades financieras. El art. 26 bis desarrolla cómo deben ser los procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos, mientras que el art. 26 ter determina cómo debe ser el Órgano de control interno y representante ante el Servicio Ejecutivo. Los restantes artículos (27 a 33) regulan los Órganos centralizados de prevención, el examen externo, la formación de empleados, la protección e idoneidad de empleados, directivos y agentes, las sucursales y filiales en terceros países, la protección de datos de carácter personal, la protección de datos en el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida y el intercambio de información entre sujetos obligados y ficheros centralizados de prevención del fraude. A su vez, el incumplimiento de una parte de las obligaciones de conformación del programa preventivo (de carácter normativo), puede dar lugar a la presencia de infracciones graves⁸, con lo que también

⁸ Artículo 52. Infracciones graves. 1. Constituirán infracciones graves las siguientes: (...) m) El incumplimiento de la obligación de aprobar por escrito y aplicar políticas y procedimientos adecuados de control interno en los términos de los artículos 26 y 26 bis, incluida la aprobación por escrito y aplicación de una política expresa de admisión de clientes. n) El incumplimiento de la obligación de comunicar al Servicio Ejecutivo de la Comisión la propuesta de nombramiento del representante del sujeto obligado, o la negativa a atender los reparos u observaciones formulados, en los términos del artículo 26 ter. ñ) El incumplimiento de la obligación de establecer órganos adecuados de control interno, con inclusión, en su caso, de las unidades técnicas, que operen en los términos previstos en el artículo 26 ter. o) El incumplimiento de la obligación de dotar al representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión y al órgano de control interno de los recursos materiales, humanos y técnicos necesarios para el ejercicio

estaría presente el incumplimiento grave de las obligaciones de control, como requisito necesario para determinar la responsabilidad derivada de lo previsto en el apartado b) del art. 31 bis 1 CP.

3. Responsabilidad penal de la sucursal española del Industrial and Commercial Bank of China (ICBC) por blanqueo de capitales (Sentencia 14/2020 de 30 de junio de la Audiencia Nacional)

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, mediante sentencia de conformidad 14/2020 de 30 de junio de 2020 condenó a penas de entre 3 y 5 meses de prisión y multas por un total de 22,7 millones de euros a cuatro exdirectivos y empleados de la sucursal española del banco chino ICBC *por blanquear dinero de dos organizaciones criminales*. En dicha resolución se acordó también la inhabilitación del banco, como persona jurídica, para obtener subvenciones o ayudas públicas, para gozar de incentivos y beneficios fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de dos años.

La investigación reveló que la sucursal del ICBC en España facilitaba operaciones de blanqueo de dinero para organizaciones criminales, principalmente de origen asiático, que obtenían ganancias ilícitas a través de actividades como el fraude fiscal y el contrabando. Estas organizaciones utilizaban el banco para transferir fondos al extranjero, especialmente a China, sin que, según la citada resolución, la entidad activase los controles obligados. Las acciones y omisiones de las personas físicas vinculadas al ICBC cumplieron con los requisitos necesarios (hecho de conexión) para atribuir la responsabilidad penal a la propia entidad.

3.1. Personas y conductas que determinaron la responsabilidad de ICBC

Se consideró probado que diversos directivos, empleados y representantes del ICBC, utilizaron los recursos y las estructuras de la entidad para realizar las operaciones ilícitas. La responsabilidad penal de la persona jurídica se derivó directamente de las siguientes *conductas*

de sus funciones. p) El incumplimiento de la obligación de aprobar y mantener a disposición del Servicio Ejecutivo de la Comisión un manual adecuado y actualizado de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en los términos del artículo 26.5. q) El incumplimiento de la obligación de examen externo, en los términos del artículo 28. r) El incumplimiento de la obligación de formación de empleados, en los términos del artículo 29. s) El incumplimiento de la obligación de adoptar por parte del sujeto obligado las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación a los órganos de control interno, en los términos del artículo 30.1. t) El incumplimiento de la obligación de aplicar respecto de las sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países las medidas previstas en el artículo 31.

de personas físicas vinculadas al banco, cuyas acciones u omisiones facilitaron el blanqueo de capitales.

1.1. Pasividad frente a operaciones sospechosas: Los directivos y empleados del ICBC España no reportaron operaciones sospechosas de blanqueo de capitales, incumpliendo de ese modo la normativa de prevención. En concreto: a) Se realizaron operaciones de transferencia internacional por cantidades significativas sin justificación económica, y no se emitieron reportes de actividad sospechosa al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC); b) Pese a que algunas operaciones presentaban claros indicios de irregularidades, como fragmentación de las transferencias (*pitufeo*) para evitar los controles automáticos, no se adoptaron medidas preventivas ni se informó a las autoridades.

1.2. Participación activa en la canalización de fondos ilícitos. La sentencia identifica comportamientos activos de ciertos directivos y empleados que facilitaron directamente las operaciones de blanqueo; por ejemplo: a) Se permitió la apertura de cuentas bancarias sin realizar las comprobaciones necesarias sobre los clientes ni identificar a los titulares finales de las cuentas; b) Varios empleados y directivos gestionaron directamente cuentas de clientes sospechosos, permitiendo el movimiento de fondos ilícitos; c) Las transferencias de grandes sumas de dinero se realizaron sin requerir documentación que justificara el origen lícito de los fondos.

1.3. Incumplimiento de las políticas internas del banco. El personal responsable incumplió las políticas internas del ICBC y prevención del blanqueo de capitales derivadas de lo dispuesto de la Ley antiblanqueo y a las que antes nos referimos; en concreto se identificaron los siguientes incumplimientos: a) No se clasificaron correctamente los perfiles de riesgo de los clientes, permitiendo que personas vinculadas a actividades ilegales realizaran operaciones de alto impacto económico; b) Muchos de los empleados que ocupaban puestos clave no tenían la capacitación necesaria para identificar operaciones sospechosas o aplicar correctamente los protocolos de prevención del blanqueo.

1.4. Inhibición deliberada de controles internos: La sentencia puso de manifiesto que algunos directivos habrían actuado en ocasiones con imprudencia grave y en otras de forma dolosa para evitar la aplicación de controles internos que hubieran impedido el flujo de los fondos ilícitos: a) Los sistemas automatizados de detección de operaciones sospechosas no fueron configurados adecuadamente, lo que permitió que las transferencias no generaran alertas; b) Las transferencias se dividieron en montos inferiores al límite que activa los controles automáticos (*pitufeo*), lo que no fue detectado ni corregido.

3.2. *Beneficio directo e indirecto para ICBC*

En la sentencia se concluyó que las operaciones de blanqueo realizadas en la sucursal española del ICBC determinaron un beneficio económico *directo* para la entidad. Las operaciones de blanqueo generaron comisiones e ingresos derivados de las transferencias, además de aumentar el volumen de negocio del banco (beneficio *indirecto*). Más en concreto, este beneficio se materializó a través de comisiones bancarias, ya que la sucursal percibió ingresos derivados de la realización de transferencias internacionales de grandes sumas de dinero, provenientes de actividades ilícitas, como el contrabando y el fraude fiscal; además estas operaciones determinaron un incremento del volumen de negocio, pues la captación de clientes relacionados con organizaciones criminales permitió al banco aumentar sus operaciones financieras, consolidando su posición en el mercado bancario; finalmente, también determinó la expansión de la base de clientes, dado que el mantenimiento de relaciones con los clientes que ordenaban las transferencias determinaba la incorporación de nuevos clientes que buscaban realizar el mismo tipo de operaciones (que otras entidades bancarias rechazaban).

3.3. *Incumplimiento (grave) de las obligaciones de control por parte de los sujetos competentes en ICBC*

Directivos (apartado a del art. 31 bis) y empleados (apartado b) de ICBC participaron activamente o permitieron (omisión) las operaciones ilícitas, incumpliendo los deberes de supervisión y control establecidos normativamente. Dicho incumplimiento, además, fue clave para facilitar las operaciones ilícitas de blanqueo de capitales, poniendo de manifiesto una grave deficiencia en los sistemas de prevención y supervisión internos. Como antes se apuntó, la Ley 10/2010 tiene por objeto el establecimiento de deberes de prevención del blanqueo de capitales, y en su articulado encontramos específicas obligaciones de vigilancia y control. En concreto, la sentencia identificó varios *incumplimientos graves* en los sistemas de control interno del ICBC, que facilitaron el blanqueo de capitales por parte de las organizaciones criminales:

1. *Falta de detección (y denuncia) de operaciones sospechosas:* a) La entidad no informó de numerosas operaciones que superaban los límites establecidos por la normativa de prevención del blanqueo de dinero
b) Múltiples transferencias internacionales carecían de justificación económica real, pero no fueron reportadas como sospechosas a las autoridades.

2. *Ausencia de análisis de clientes y operaciones:* a) No se realizó una evaluación adecuada de los perfiles de riesgo de los clientes, permitiendo

que personas vinculadas a actividades ilícitas realizaran operaciones relevantes; b) Se permitió la apertura de cuentas sin la debida identificación de los beneficiarios reales.

3. *Carencias en la formación del personal:* El personal encargado de gestionar las operaciones carecía de formación adecuada en materia de prevención del blanqueo de capitales, lo que contribuyó a la ausencia de alertas internas sobre operaciones irregulares.

4. *Deficiencias en los sistemas de control automatizado:* Los sistemas informáticos utilizados para detectar actividades sospechosas no funcionaron correctamente o no estaban adaptados a la normativa española.

De ese modo, la falta de controles internos permitió que la sucursal española del ICBC se convirtiera en una plataforma para canalizar los fondos ilícitos generados por determinadas organizaciones criminales, realizando transferencias de grandes sumas de dinero al extranjero, especialmente a China, sin que se realizaran las comprobaciones necesarias. La sentencia destacó que los incumplimientos no eran meros errores puntuales, sino fallos *estructurales* que evidenciaban una falta de cultura de cumplimiento normativo.

En definitiva, se produjeron múltiples incumplimientos constitutivos de infracciones muy graves (art. 51) y graves (art. 52), según la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, colmándose así el requisito contenido en el apartado b del art. 31 bis CP (incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control), posibilitando con ello las operaciones de blanqueo de dinero, sin que además existiera ninguna causa que avalase o justificase dicho proceder, que -además- pudo ser perfectamente evitado (atendidas las concretas circunstancias del caso).

La ausencia de una verdadera cultura de cumplimiento en la entidad fue un factor clave para permitir el desarrollo de actividades ilícitas en el caso ICBC. Aunque las operaciones ilícitas beneficiaron a corto plazo a la entidad, la sanción penal unida al impacto reputacional fueron extremadamente negativos para ella, motivando incluso la alerta y actuación de otras entidades bancarias para evitar incurrir en dicho tipo de conductas y su consiguiente coste reputacional. A raíz de este caso y de algún otro similar varios bancos españoles extremaron las precauciones con los clientes asiáticos, llegando alguno de ellos (BBVA) a poner en marcha un bloqueo masivo de cuentas bancarias de este colectivo.

4. Análisis de posible responsabilidad penal de CaixaBank por blanqueo de capitales (Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional, de 18 de abril de 2018)

En el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 (Audiencia Nacional), de 18 de abril de 2018 se acordó seguir procedimiento penal contra la persona jurídica CaixaBank por ayudar presuntamente a diversas organizaciones de origen asiático a blanquear casi 100 millones de euros entre los años 2011 y 2015. En concreto, diez sucursales, situadas en los alrededores del polígono Cobo Calleja, de Fuenlabrada y en Madrid habrían participado en el blanqueo de beneficios ilícitos. El comportamiento que dio lugar a que la entidad fuese citada como investigada es el de algunas de las personas que ostentan la condición de directivos, en el sentido amplio definido por el art. 31 bis, a) CP (los directores de diez sucursales bancarias) y de algunos sus empleados (de las sucursales), los cuales habrían intervenido –por acción u omisión– facilitando las operaciones de blanqueo -apartado b)-.

Se plantea en primer lugar, la posible responsabilidad de la empresa en los supuestos en los que son los propios *directivos* quienes han omitido el cumplimiento de las obligaciones de control o incluso han colaborado activamente con las operaciones de blanqueo. Para plantear la responsabilidad penal de la entidad era preciso que el incumplimiento de obligaciones hubiese tenido como objetivo facilitar voluntariamente el blanqueo y que este se hubiera producido (art. 301.2 CP) o que la omisión negligente lo hubiera facilitado (art. 301.3 CP). En concreto, el auto atribuye una posible responsabilidad penal a la entidad, tanto por comportamientos activos como omisivos de sus directivos, al afirmar que *las sucursales implicadas hicieron caso omiso al hecho de tratarse de clientes requeridos por Juzgados y Fiscalías, sino que al contrario auxiliaron a los titulares de cuentas en el aprovechamiento de sus ganancias ilícitas, bancarizando el dinero sin indagar sobre su origen, aceptando cualquier papel o justificación que se les presentaba y facilitando su transferencia en importes pequeños que no debían ser comunicados al Banco de España, añadiendo que los requerimientos judiciales en las Diligencias Previas ya referidas por delitos de criminalidad organizada fueron desatendidos por CaixaBank, que no activo ninguna comunicación o alarma respecto al cliente en cuestión.*

Se observa en efecto que la atribución de responsabilidad en el supuesto del apartado a) se estructura en buena medida sobre comportamientos omisivos: *hemos descrito graves fallos del sistema de control para la prevención del blanqueo de capitales, puestos de manifiesto desde el año 2013 por sus autoridades supervisoras y conocidos por todo el personal directivo de la entidad CaixaBank, (...). Los hechos descritos representaron*

defectos severos en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión. Todo ello hace necesario llamar a la causa de la persona jurídica de CaixaBank en condición de investigada por blanqueo de capitales conforme al artículo 302.2 por los hechos propios en los que ha incurrido, conforme con las disposiciones del artículo 31 bis a).

Desde un punto de vista subjetivo, el auto atribuye a las personas físicas que conocieron o participaron directamente (directores de las sucursales) tanto comportamientos dolosos (art. 301.2 CP) como imprudentes (art. 301.3 CP), al afirmar que *el juicio de intención que guio la conducta de estos empleados y directivos, bien pudo estar fundado en el conocimiento directo o la aceptación probable de la sospecha de que miembros de dichas organizaciones, clientes de su sucursal, estaban inmersos en actividades ilícitas de fraude del que procedían las ingentes imposiciones en efectivo que realizaban (...) de forma persistente actuaron sin poner ningún control ni barrera al trasiego de remesas de dinero en efectivo y transferencias al exterior, pese a tener conciencia de la anormalidad de esta forma de proceder (...)* Asimismo, *se expidieron numerosos requerimientos judiciales a las sucursales de CaixaBank en cuestión, para la averiguación del patrimonio ilícito de clientes investigados, en muchos casos en las organizaciones criminales a las que la presente resolución hace referencia. Sin embargo, las sucursales implicadas no solo hicieron caso omiso a tales requerimientos, sino que auxiliaron a los titulares de cuentas en el aprovechamiento de sus ganancias ilícitas, bancarizando el dinero sin indagar sobre su origen, aceptando cualquier papel o justificación que se les presentaba y facilitando su transferencia en importes pequeños que no debían ser comunicados al Banco de España.*

Además de la posible responsabilidad por los comportamientos de los directivos, la referida resolución se planteó también la responsabilidad de la persona jurídica en los supuestos en los que la ejecución de las obligaciones de control corresponde a empleados de la entidad, que no han sido controlados adecuadamente por los responsables de dicho control (en este último caso siempre que hayan tenido conocimiento de la situación irregular). Estaríamos por lo tanto ante el supuesto regulado en el apartado b) del art. 31 bis 1. Al igual que en el supuesto anterior, el incumplimiento de obligaciones de control puede haber tenido como objetivo facilitar el blanqueo (art. 301.2 CP) o también es posible que haya sido la omisión negligente lo que lo ha posibilitado (art. 301.3 CP).

Como antes se apuntó, a lo largo de la Ley, encontramos específicas obligaciones de vigilancia y control que tienen por objeto la detección de operaciones sospechosas. Así, en el capítulo III de la Ley (arts. 17 a 33) y, entre ellas por ejemplo, en el art. 3 obligaciones de identificación formal, en el art. 4 obligaciones de identificación del titular real, en el

art. 4 bis obligaciones de información de titularidad real de personas jurídicas, en el art. 4 ter obligaciones de información de titularidad real de fideicomisos como el trust y otros instrumentos jurídicos análogos, en el art. 5 obligación de obtener información sobre el propósito de índole de la relación de negocios, en el art. 18, un deber de comunicación, en el art. 21 obligaciones específicas de colaboración, etc. A la vez, como ya se apuntó, una parte importante de los incumplimientos aparecen calificados como infracciones en ocasiones muy graves (art. 51) y en otras graves (art. 52) por la Ley 10/2010.

En el auto del caso citado se afirma expresamente que “los empleados y directivos de las sucursales de CaixaBank *desatendieron sus obligaciones de control* sobre el origen de los fondos que se transferían telemáticamente (...)”. Se reprocha asimismo el incumplimiento de la propia normativa interna de CaixaBank (fundamentalmente adoptada en desarrollo de las obligaciones legales establecidas en la Ley 10/2010): *Las oficinas reseñadas incumplieron la propia normativa bancada de la entidad CaixaBank respecto a las obligaciones de diligencia, como el conocimiento del cliente, acreditación del origen de los fondos, seguimiento de la relación de negocio, diligencia reforzada aún más en el caso de correspondencia transfronteriza (...) El responsable de Cumplimiento Normativo Sr Álvarez manifestó que el sistema de Alertas Informáticas no actuó eficazmente ni generó las alarmas de efectivo que se esperaban (...) El atestado de UCO no 190/2016 ha identificado respecto a las sucursales investigadas en las que operaron las organizaciones Cheqia, Sneake y Emperador, un incumplimiento grave de sus propias normas anti blanqueo. (...) Se han identificado 483 comunicaciones de empleados de CaixaBank respecto de las cuales no se ordenó realizar ningún examen especial. (...) Los órganos de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo no operaron con la suficiente separación funcional del departamento o unidad de auditoría interna en la forma que recomienda la guía europea EBA y se recoge en la propia Ley 10/2010, ni estaban dotados de personal ni entrenados para ser eficaces.*

Al igual que en el caso ICBC, en base a los hechos narrados en el auto, no se aprecian particulares dificultades para constatar los restantes elementos del hecho de conexión. En concreto, i) obligaciones de control normativamente identificadas, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la comisión de un delito de blanqueo ii) La calificación de una parte de ellas como muy graves o graves por la propia normativa, lo que nos permitiría colmar el requisito de gravedad. iii) Los restantes elementos del hecho de conexión (actuación realizada por cuenta de la persona jurídica, en beneficio directo o indirecto de la misma, en ejercicio de actividades sociales, atendidas las concretas circunstancias del caso).

III. IRRESPONSABILIDAD PENAL POR DELITOS DE BLANQUEO DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES

1. La ejecución de delitos de blanqueo a través de sociedades instrumentales y su distinción de las sociedades cuya actividad legal es menos relevante que la ilegal (art. 66 bis CP)

Analizamos ahora la cuestión de cómo puede y debe responderse desde un punto de vista penal a aquellos supuestos en los que en la ejecución del delito de blanqueo de dinero se utilizan sociedades de carácter instrumental o pantalla, algo relativamente frecuente en las operaciones de lavado de activos. Frente al modelo anterior en el que sociedades con una actividad esencialmente lícita (por ejemplo, los dos supuestos bancarios expuestos) favorecen o posibilitan (de forma dolosa o imprudente) comportamientos de terceros destinados a ocultar o poner el dinero procedente de determinados delitos a buen recaudo, nos encontramos ahora ante estructuras que tienen al blanqueo de dinero como fin único, o concurrente con la actividad delictiva de la que provienen los fondos que deben ser blanqueados.

Así, encontramos este tipo de entidades meramente instrumentales en actividades delictivas de blanqueo de dinero: por ejemplo, en el supuesto examinado en la STS 273, de 4/3/2019 o el contenido en la STS 299, de 8/4/2021 -que resuelve el caso conocido como “*Sito Miñanco*”, y que considera acreditado que el condenado y otros formaron una estructura organizada caracterizada por intensos vínculos personales y que blanquearon dinero procedente del narcotráfico entre los años 1988 y 2012, a través de dos sociedades instrumentales, constituidas para la ocultación y retorno de las ganancias obtenidas o vinculadas con las actividades de narcotráfico. O el caso resuelto en la STS 688, de 4/3/2019, caso “*Fórum filatélico*”, en el que aparece una sociedad adquirida expresamente por uno de los coacusados con la única finalidad de distraer fondos de Fórum, mediante el encarecimiento de los precios de los sellos del proveedor y la recepción de filatelia, que había salido de la compañía, para volver a facturársela.

Este tipo de entidades, como su nombre indica, son meros instrumentos del delito en manos de la persona física, ya sea para ejecutarlo -ejecución del plan criminal- o incluso para encubrirlo. Y según el criterio absolutamente mayoritario jurisprudencial estas sociedades quedarían fuera del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas; así, por ejemplo, entre otras muchas que se citarán más adelante, la STS 583 de 19/7/2017 excluye la responsabilidad penal de la entidad procesada o la SAN 2, de 18/1/2023, que también excluye

la responsabilidad de la persona jurídica, al considerarla carente de cualquier actividad y haber sido utilizada como mero instrumento del delito; o la SAN 25, de 26/7/2024 que también absuelve a la persona jurídica al entender que carece de una mínima complejidad interna. Por el contrario, la condena de una persona jurídica instrumental por delito de blanqueo ha sido algo absolutamente excepcional y concentrada temporalmente en la primera fase de aplicación del modelo de responsabilidad tras la reforma de 2015; así ocurre con la SAN 29, de 15/7/2016, en la que se condena -ex art. 31 bis CP- a seis sociedades (a las que se impuso la pena de disolución) junto a otras quince personas físicas, por su participación en la ejecución delictiva, pese a que algunas de ellas fueron consideradas sociedades de carácter instrumental.

El planteamiento expuesto podría entrar en aparente conflicto con lo dispuesto en el art. 66 bis CP, que tiene como principal objetivo establecer los criterios de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, y que dispone que para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g)⁹ por un plazo superior a dos años será necesario que se dé una de las dos circunstancias en él citadas y, en concreto, la segunda (apartado b) consistirá en que la persona jurídica *se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales*. Lo dispuesto en este precepto podría entrar por tanto en contradicción con lo expuesto en el párrafo anterior.

Sin embargo el propio artículo explica, a continuación, que las entidades a las que se refiere son aquellas en las que *su actividad legal es menos relevante que su actividad ilegal*. Estamos por lo tanto a un tipo de sociedades instrumentales *sui generis* o sólo parcialmente instrumentales, que *sí quedan incluidas dentro del ámbito de responsabilidad de las personas jurídicas*, por lo que son, sin lugar a dudas, *imputables*. Serían además estas entidades a las únicas a las que cabría imponer la pena de disolución, decisión que, en todo caso, debe adoptarse teniendo también en cuenta la regla general, prevista en la primera parte de dicho precepto y en concreto la segunda regla específica (apartado b) de entre las detalladas en el él (sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores de la entidad).

En definitiva, la previsión legal descrita recurre a la expresión “*uso in-*

⁹ En concreto, son las siguientes: c) Suspensión de sus actividades. d) Clausura de sus locales y establecimientos. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

strumental” en un sentido distinto al que hemos utilizado en el apartado anterior. Se establecen de este modo *dos niveles* de personas jurídicas “*instrumentalizadas*”, en función del peso que tenga la actividad delictiva respecto al total de su actividad. Si se recurre a ella con fines exclusivos o casi exclusivos de carácter delictivo *la sociedad será instrumental en sentido estricto* y por tanto, según el criterio mayoritario, inimputable. Sí, sin embargo, la entidad desarrolla una actividad legal relevante, aunque inferior a su actividad ilegal, la sociedad será imputable y responderá según lo dispuesto en el artículo 66 bis CP.

La determinación de la existencia de una sociedad de este tipo en base a la cuantificación de un porcentaje de su actividad legal es, sin embargo, un planteamiento difícilmente trasladable a la práctica, pues no resulta nada sencillo encontrar *parámetros de cómputo porcentual de la actividad* (legal o ilegal). Así, la Audiencia Nacional, en su AAN 359, de 19/5/2021⁴, ya advertía que esta distinción no siempre estará clara desde el punto de vista fáctico y jurídico, pues *el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo*.

Las incertidumbres y dificultades a la hora de hacer el cálculo referido son enormes. Por ejemplo, no sabemos si es preciso tomar en el citado cómputo toda la actividad que ha desempeñado la persona jurídica a lo largo de su existencia, en el momento de la comisión de los hechos delictivos, o únicamente en el periodo que es objeto de enjuiciamiento. Tampoco sabemos si debe tomarse como referente sólo la actividad ilegal que es objeto de enjuiciamiento en el proceso, o también otro tipo de actividad ilegal que puede intuirse, aunque no sea objeto de enjuiciamiento, respecto a la que, por lo tanto, careceremos de actividad probatoria. Igualmente desconocemos el elemento a tomar en consideración para proceder al citado cómputo: la cifra de negocio, los beneficios, u otro parámetro similar y tampoco sabemos si debemos utilizar para ello la contabilidad de la entidad, que es posible que se encuentre falseada¹⁰.

¹⁰ TUGUI F. D., Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal Español, Colex, 2021, p. 153 y ss.

2. Fundamento de la consideración como sujetos inimputables e incumplimiento de las condiciones y requisitos del hecho de conexión de las personas jurídicas instrumentales utilizadas en actividades de blanqueo

Durante el periodo de vigencia del modelo estudiado, tanto el Tribunal Supremo (e incluso, aunque en menor medida, la Audiencia Nacional¹¹) como la Fiscalía General del Estado (en sus Circulares 1/2011 y 1/2016) han planteado la exclusión de responsabilidad penal de todas aquellas personas jurídicas cuya actividad y objeto real sean, total o de forma absolutamente mayoritaria, delictivos; esto es, según lo apuntado, aquellas en las que la actividad legal no exista o sea solo residual. La idea central es que no puede ni debe ser suficiente que formalmente se haya reconocido personalidad jurídica a un ente social, sino que es indispensable que materialmente la ejerza, actuando en el tráfico jurídico¹². Más en particular, entre las razones que impiden que las personas jurídicas instrumentales puedan ser declaradas imputables (sujeto susceptible de imputación penal) destacamos las siguientes¹³:

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

¹¹ En tal sentido, el AAN 128, de 19/5/2014 y posterior AJCI-AN 2, de 6/9/2017 entienden que aquellas entidades cuyo carácter instrumental exceda del referido en el art. 66 bis, por serlo totalmente, sin desarrollar ninguna actividad legal o desarrollando sólo aquella actividad lícitamente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, serán personas jurídicas puramente simuladas, no reales y por ello inimputables.

¹² SÁNCHEZ MELGAR J., Personas jurídicas imputables e inimputables, La Ley, núm. 9849, 2021, p. 4.

¹³ La argumentación jurisprudencial que se expone en este apartado, como puede comprobarse, está significativamente influenciada por la construcción teórica elaborada por GÓMEZ-JARA DÍEZ C., El modelo constructivista de (auto)responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tres contribuciones de la teoría a la práctica, REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 1, 2023 (y otros trabajos anteriores del mismo autor).

eradas imputables, pues *solo una empresa con una mínima complejidad interna* adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, no sería posible hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la culpa organizativa, prevista por el artículo 31 bis CP. De este modo, las denominadas sociedades pantalla quedarían al margen del sistema penal previsto para las personas jurídicas, siendo inimputables a todos los efectos (penales). Dicha idea es reiterada por la STS 894, de 11/11/2022, en la que se afirma que (el modelo de) la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa, de manera que (sólo) cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquéllas que presenten un cierto grado de complejidad¹⁴.

En la misma dirección va la argumentación desarrollada por la FGE en su Circular 1/2016, donde se afirma que, en aquellas estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal sea precisamente la comisión de delitos, no debe ser aplicado el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, pues *no está realmente diseñado para ellas*. De ese modo, las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente *carecen del suficiente desarrollo organizativo* para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo (reforma del año 2015). - *No desarrolla actividad de empresa o ésta es residual*. En estos supuestos, la ausencia de actividad propia (real) desarrollada por la persona jurídica podría implicar que la condena conjunta de ambas (persona física y la jurídica) conlleve una infracción del principio *ne bis in ídem*. Y así, por ejemplo, la resolución de la Audiencia Nacional (AAN 128, de 19/5/2014) aclara que las personas jurídicas penalmente responsables no son todas aquellas que han adquirido personalidad jurídica conforme a Derecho, sino que es preciso que además *realicen una actividad lícita de cierta entidad en el tráfico jurídico* ya que, en otro caso, se considerarán meros instrumentos en manos de los auténticos responsables penales, que serían sus creadores y/o sus gestores¹⁵.

¹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ C., La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas a propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014, La Ley, núm. 8331, 2014, p. 6; en coherencia con la construcción teórica elaborada por el autor, considera que el motivo de su exclusión del modelo es que estas entidades *no han alcanzado la madurez organizativa necesaria para poder ser consideradas penalmente responsables*. A este respecto resulta evidente que carece de sentido declarar culpable a una sociedad pantalla, ya que por su propia naturaleza no puede desarrollar una cultura de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad, que es lo que requeriría el Derecho penal de las personas jurídicas.

¹⁵ En sentido equivalente, la CFGE 1/2011, ya advertía que no es preciso imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, in-

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

- *Imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control.* Tanto el Tribunal Supremo (en su conocida STS 154, de 29/2/2016), como la Fiscalía General del Estado, a través de su Circular CFGE 2016, han planteado la necesidad de excluir la posibilidad de que sean penalmente responsables todas aquellas personas jurídicas cuya actividad y objeto real sean esencialmente delictivos (total o de forma absolutamente mayoritaria), esto es, aquellas en las que la actividad legal no exista o sea solo residual. En concreto, en el caso de la citada resolución, el Tribunal Supremo se pronunció expresamente sobre la cuestión, considerando que en el caso de las sociedades instrumentales (en el supuesto enjuiciado dos de las tres sociedades fueron constituidas como instrumento para cometer delitos y facilitar su comisión) no procede la aplicación del modelo de responsabilidad (en contra de la opinión de la Audiencia Nacional que ya había condenado penalmente a tales entidades). En concreto, se afirma que las sociedades meramente instrumentales, o pantalla, creadas exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, han de quedar al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, pues *carece de sentido* pretender realizar valoraciones vinculadas

fraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o con el objeto de dificultar su investigación.

a la *existencia o inexistencia de mecanismos adecuados de control* respecto a entidades que nacen exclusivamente con una finalidad delictiva absoluta o muy mayoritaria. En esa misma línea, la STS 583, de 19/7/2017, la STS 108, de 5/3/2019 o la STS 534, de 22/10/2020, en la que se afirma su incompatibilidad con la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

El posicionamiento expuesto es coherente con el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto si se defienden fórmulas de autorresponsabilidad, como si se opta por las de heterorresponsabilidad. Ciertamente es que en el primero de los supuestos la incongruencia que supondría tratar de castigar este tipo de entidades instrumentales se hace más evidente. Así, el modelo de responsabilidad directa (culpa organizativa) exige que las entidades adopten medidas para prevenir delitos y lo cierto es que en las sociedades instrumentales, diseñadas exclusivamente para delinquir, carece por completo de sentido reprocharles defectos organizativos, como reconoce la STS 234, de 8/5/2019. En el caso de la responsabilidad por transferencia (modelo vicarial), si bien este modelo transfiere la responsabilidad de personas físicas a la jurídica, requiere un “hecho de conexión” entre la estructura de la entidad y el delito, conexión que estará ausente en sociedades instrumentales, tal y como afirma la STS 668, de 11/10/2017.

Tal y como se apuntó (apartado II, 1), el art. 31 bis CP, precepto encargado de establecer las bases del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas configura un doble criterio de transferencia, requiriendo la presencia de una serie de condiciones o requisitos. Entre ellos, y de modo destacado se exige que la conducta se lleve a cabo “en beneficio directo e indirecto de la persona jurídica”. Pues bien, dicha exigencia *sólo resulta razonable respecto a sociedades que operan con cierta normalidad en el mercado, pero carece por completo de sentido cuando se trata de una sociedad, utilizada como un mero instrumento de ejecución del delito de blanqueo o cualquiera otra en manos del autor*. En tal caso el autor del blanqueo (persona física) no actúa (ni el delito se ejecuta) en beneficio de la persona jurídica sino (exclusivamente) en el suyo propio, estando ausente la autonomía real de la entidad, que sin embargo resulta imprescindible para poder constatar el cumplimiento de dicha previsión.

Del mismo modo, el apartado b) del art. 31 bis se refiere, a la hora de designar a los sujetos que pueden activar con sus comportamientos delictivos la responsabilidad penal de la persona jurídica, a *quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior*; y que *han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*. De nuevo, carece por completo de sentido cualquier intento de constatación de la presencia de este requisito, pues en una sociedad utilizada para (y con el fin de) delinquir en ningún caso se comete el delito *por ausencia de cumplimiento de deber u obligación de control*. Y lo mismo podría decirse de otros requisitos que conforman el citado hecho de conexión, como la necesaria realización del delito *en ejercicio de actividades sociales* del apartado b, del art. 31 bis, que determina que el referido comportamiento (delictivo) se haya realizado dentro del ámbito de las competencias atribuidas al trabajador de la entidad, sometido a insuficiente control. En definitiva, la sociedad instrumental no solo es inimputable penalmente, sino que, además, su comportamiento es atípico, desde el análisis del cumplimiento los requisitos (típicos) contenidos en los apartados a) y b) del art. 31 bis 1 CP.

IV. IRRESPONSABILIDAD PENAL POR DELITOS DE BLANQUEO DE LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES UTILIZADAS PARA SU COMISIÓN

Aunque son menos frecuentes en la ejecución de los delitos de blanqueo de dinero, a la misma conclusión excluyente debe llegarse respecto a aquellas sociedades de carácter unipersonal o asimiladas, en las que existe una “confusión de personalidades física y jurídica”. En este caso su exclusión del proceso se sustenta en la necesidad de evitar la vulneración del principio *non bis in ídem*. Sería por ejemplo el caso enjuiciado en la STS 594, de 27/7/2022, relativo a comportamientos de defraudación de IVA, estimándose que no procede condenar a la persona jurídica cuando se trata de una sociedad unipersonal y el socio único y administrador es la persona física responsable penalmente.

En estos supuestos no existe en la persona jurídica un núcleo de actuación diferenciado de su gestión y por ello se considera que carece de lógica jurídica imponer a la persona física titular única (o casi única) de la sociedad dos penas: una por la comisión del delito y otra por no haber adoptado medidas adecuadas para prevenir (sus propios delitos). Se trata de entidades que, además, carecen una estructura corporativa compleja, al ser generalmente dirigidas por un

administrador único, por lo que es preciso, acudiendo al principio *non bis in idem*, excluir su responsabilidad penal¹⁶. Además, la ausencia de complejidad organizativa, como hemos visto, es un criterio que puede determinar la exclusión tanto de las sociedades unipersonales como de las sociedades pantalla o instrumentales¹⁷. Este tipo de sociedades carecen de diferenciación funcional y vertical, lo que impide constatar la presencia de un mínimo desarrollo organizativo y, por tanto, de un sujeto de imputación idóneo¹⁸.

V. FÓRMULAS DE REACCIÓN FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE IRRESPONSABLES UTILIZADAS PARA LA COMISIÓN DE DELITOS DE BLANQUEO

1. *El recurso a las consecuencias accesorias del art. 129 CP*

El objetivo razonable en un proceso penal en el que se enjuicia un caso en el que se ha recurrido a una o varias sociedades instrumentales es doble; en primer lugar, su desactivación jurídica (en palabras de la STS 154, de 29/2/2016, la declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento) y, en segundo lugar, la incautación de bienes de los que figuran como titulares y que derivan de actividades delictivas o están destinados a la ejecución de éstas. Al no poder contar, por las razones expuestas¹⁹, con la estructura legal de la fórmula de responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus consecuencias, vamos a analizar las posibilidades (y limitaciones) que nos ofrecen determinados instrumentos legales.

¹⁶ SÁNCHEZ MELGAR J., Personas jurídicas imputables e inimputables, op. cit., p. 3, en referencia a la Sentencia 63/2017, de 13 de febrero del Juzgado de lo Penal número 8 de Madrid. Sobre la vulneración del principio *ne bis in idem* en caso de doble sanción, ver por ejemplo, la STS 747, de 27/7/2022.

¹⁷ Sobre la ausencia en este tipo de sociedades de un mínimo de complejidad organizativa puede verse, por ejemplo, entre las más recientes, la STS 534, de 22/10/2020 o la STS 264, de 18/3/2022.

¹⁸ FEJOO SÁNCHEZ, B.J., La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español, REDEPEC. Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 1, 2023, p. 102.

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

No debe olvidarse, en todo caso, que el reconocimiento de capacidad para responder penalmente, además de su parte aflictiva, tiene también una clara vertiente positiva, pues las personas jurídicas potencialmente responsables desde un punto de vista penal gozarán del estatuto jurídico procesal previsto en la ley para las personas jurídicas imputadas, con los derechos y garantías que ello conlleva (sobre esta cuestión puede verse el AAN 128, de 19/5/2014 y el posterior AJCI-AN 40, de 6/9/2017). Con la decisión de excluir a la persona jurídica de este modelo se produce una privación de los derechos y garantías previstos para la persona jurídica investigada y que fueron introducidos en la LECr. por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (así, STS 154, de 29/2/2016)²⁰.

Pero lo cierto es que el Derecho penal no puede permanecer impasible ante estructuras que no sólo se han utilizado, sino que en muchas ocasiones son precisamente las que han posibilitado la ejecución delictiva, e igualmente no puede mantenerse al margen de los bienes que ellas detentan, que -por definición- estarán relacionados directa o indirectamente con actividades delictivas²¹. Se plantea por lo tanto la cuestión de cuál debe ser la reacción y a través de qué mecanismo/s legal/es se puede actuar para desactivar de modo definitivo el elemento societario que ha desarrollado un papel esencial en la ejecución delictiva.

Se ha planteado el recurso a soluciones extremas, como considerar que las sociedades que carecen de actividad legal y tienen un único propósito delictivo han sido constituidas en fraude de ley conforme al art. 6.4 CC, pudiendo por esta vía proceder a su disolución²². Sin embargo, más allá de estas fórmulas expeditivas, pero que pueden carecer de un respaldo suficiente en términos garantistas, procede explorar otras vías que parecen más razonables.

Así, una primera posibilidad a valorar es el recurso a las consecuen-

²⁰ Conviene también recordar cómo la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, preveía en su artículo 91, entre los motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad, la imputación del delito a una persona jurídica, cuando ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente.

²¹ Creemos por ello que, con carácter general, no son correctas soluciones como la ofrecida por la STS 233, de 22/11/2020 (o AAN 128, de 19/5/2014), que acordó la absolución de la sociedad instrumental por el delito cometido, limitando su responsabilidad a la civil y de forma subsidiaria. Considerado, sin embargo, por GÓMEZ-JARA DÍEZ C., (La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p. 11), como una solución coherente con su construcción teórica.

²² MARTÍN SAGRADO O, El decomiso de las sociedades pantalla, La Ley, núm. 8768, 2016, p. 10.

cias accesorias del art. 129 CP de forma exclusiva o compaginándolas con la institución del decomiso (art. 127 y ss. CP). La STS 154, de 29/2/2016 (varias posteriores se han limitado a citarla literalmente sin añadir argumentos novedosos) ya sugería la posibilidad de recurrir a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo (...), a los efectos de aflorar las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla (...), posibilitando la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga. En la misma resolución, el Tribunal Supremo consideró que cabe disolver o extinguir la entidad, recurriendo a las consecuencias accesorias del art. 129 CP: *“por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante ‘consecuencia accesoria’ a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento. (...)”*²³. Sin embargo, dicha posibilidad no está exenta de dificultades.

Las actuales consecuencias accesorias del art. 129 CP son fruto de la reforma penal del año 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), que determinó una sustancial modificación del modelo previsto en dicho precepto. En concreto, el legislador trató de colmar una laguna y destinar la aplicación de tales medidas (precisamente) a entes corporativos a los que no sea posible aplicar el modelo del artículo 31 bis CP y sus penas (art. 33.7 CP)²⁴, aunque -como veremos más adelante- de forma más o menos consciente, fue introduciendo excepciones.

La primera y sería dificultad deriva sin embargo de que se trata de una previsión a la que se reconduce la respuesta frente a los *entes o agrupaciones que carecen de personalidad jurídica*²⁵ y que, por lo tanto, quedan por definición excluidos de las previsiones del art. 31 bis CP, lo que, a priori, podría imposibilitar su aplicación a las sociedades de

²³ Acerca de la previsión de las medidas previstas en el art. 129 CP para entidades sin personalidad jurídica, vid. GIL NOBAJAS M. S., Personas jurídicas versus entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del código penal, en Revista General de Derecho Penal, núm. 29, 2018.

²⁴ AGUILERA GORDILLO R., Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el *compliance program*, Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2018, p. 119.

²⁵ Art. 129: *En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis.*

carácter instrumental analizadas, pues éstas –pese a dicho carácter instrumental- *gozan de personalidad jurídica al estar formalmente constituidas*²⁶.

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

Cabría ahora plantearse la búsqueda de una interpretación que permita aplicar estas consecuencias accesorias a entes que sí posean personalidad jurídica, pero que no puedan ser objeto de castigo penal por la vía del art. 31 bis. La primera opción pasaría precisamente por apelar a la contradicción descrita: el hecho de que la diversos tipos de la parte especial, de forma indubitada, permitan la aplicación de estas medidas a entidades con personalidad jurídica. Una segunda vía interpretativa se podría sustentar en considerar que la referencia legal del precepto “por carecer de personalidad jurídica”, va *únicamente referida* a la última categoría citada, esto es a “cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas”. Finalmente, cabría valorar, en la línea apuntada indirectamente por algún autor²⁷, la posibilidad de recurrir a un concepto de personalidad jurídica *en un sentido específico propio del Derecho penal* y según el cual la sociedad instrumental podría entenderse carente de personalidad jurídica, a efectos penales, precisamente en la medida en que es un instrumento en manos del autor.

La segunda dificultad del modelo es que, a diferencia de la fórmula de

²⁶ Es opinión mayoritaria la aplicación en exclusiva del art. 129 CP a entidades carentes de personalidad jurídica, y su exclusión en el caso de personas jurídicas inimputables; vid por todos, FUENTES OSORIO J. L., Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, J.M. Bosch Editor, 2022, p. 145.

²⁷ GÓMEZ TOMILLO M., Recensión a Juan Luis FUENTES OSORIO, Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, J.M. Bosch, Barcelona, 2023, InDret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 3, 2023, si bien él lo hace en un sentido distinto, al considerar que debe tenerse en cuenta que quienes actúan en su seno tienen capacidad para determinar la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, son reguladas por el ordenamiento jurídico, y pueden hacer frente al pago de una multa.

responsabilidad penal de las personas jurídicas, según lo dispuesto en el art. 31 ter CP, las consecuencias accesorias del art. 129, precisamente por ese carácter “accesorio” (dependiente de), en el que la entidad no es un sujeto de imputación autónomo²⁸, *requerirían necesariamente la condena e imposición de una pena a la persona o personas físicas*; así dice literalmente el precepto: “una o varias consecuencias *accesorias a la pena que corresponda al autor del delito*”. Ello impediría acudir a esta fórmula, cuando dicha condena del sujeto individual no se produzca.

Cierto es que tampoco existe absoluta unanimidad doctrinal en cuanto al carácter preceptivo de esta condición o requisito, pero lo que resulta indiscutible es que son muchos los tipos de la parte especial -de los que posibilitan la aplicación de estas consecuencias- que de forma aparentemente indubitada hacen depender su imposición de la necesaria condena de la persona o personas físicas autoras del delito²⁹, lo que -en todo caso- podría obedecer simplemente, y una vez más, a la falta de reflexión y coordinación legislativa suficiente.

Todavía encontramos un tercer inconveniente relevante. Se trata de que la disolución de la entidad no aparece en el catálogo de las consecuencias accesorias³⁰ y, sin embargo, dicha medida es precisamente la que, en buena lógica, procedería adoptar frente a una sociedad instrumental. En concreto, el primer apartado prevé la posibilidad de imponer las medidas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33, a las que se añade la posibilidad de imponer la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. Recordemos que *la disolución está regulada en el apartado b)*. Una posible solución (discutible) pasaría por recurrir a la medida de “prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”, impidiendo de ese modo todo tipo de actividades y produciendo con ello un efecto próximo al de la disolución. Facilita esta posibilidad el hecho de no se requiere que las actividades prohibidas estén relacionadas con el delito cometido.

Un cuarto inconveniente, si bien en este caso menor, es que las

²⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español, op. cit., p. 7.

²⁹ Así, los supuestos previstos en el art. 162: En los delitos contemplados en este título (manipulación genética), la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando *el culpable* perteneciere a una sociedad, organización (...) y en el art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas): El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si *el culpable* perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación (...).

³⁰ Sorprende por ello que la STS 154, de 29/2/2016 apelase a su imposición: “(...) que lo procedente en estos supuestos sería acordar su disolución por la vía de las consecuencias accesorias del art. 129 CP (...)”.

consecuencias accesorias tienen carácter potestativo para el juez, que solo las impondría (sin estar en todo caso obligado a ello) cuando sea preciso desactivar el instrumento peligroso (dado que su finalidad es inocuizadora³¹). Ello a diferencia del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que dispone la imposición *preceptiva* sobre el ente al que se atribuye responsabilidad delictiva.

En definitiva, los obstáculos no son pocos ni menores, pero parece en todo caso conveniente, en mi opinión, hacer un esfuerzo interpretativo que posibilite su aplicación, teniendo en cuenta especialmente que estas consecuencias accesorias tienen su razón de ser en la desactivación de un instrumento peligroso de ejecución del hecho delictivo, que es lo que constituyen exactamente las sociedades de carácter instrumental utilizadas con fines delictivos. Todo ello sin descartar una reforma legislativa que derive en un nuevo modelo de consecuencias accesorias que tengan precisamente por objeto ocuparse de la eventual peligrosidad de la organización de las personas jurídicas inimputables³².

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

2. La respuesta a través de la figura del decomiso (art. 127 y ss. CP)

Una vez expuestas las capacidades y las (importantes) limitaciones de las medidas contenidas en el art. 129 CP en el proceso desactivador de las sociedades instrumentales utilizadas en la ejecución de delitos (incluido el de blanqueo de dinero), procede analizar hasta dónde puede complementarse y cubrir sus carencias acudiendo a la figura del decomiso (también consecuencia accesoria) presente en nuestro Código penal, ya sea atribuyendo a la persona jurídica la condición de instrumento del delito (cosificándola)³³, ya sea mantenido su condición inmaterial, pero aprovechando al máximo las distintas fórmulas pre-

³¹ FUENTES OSORIO J. L., Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, op. cit., p. 285.

³² Según la propuesta de GARCÍA CAVERO P., Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias, REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 2, 2023, p. 19.

³³ Favorable a esta opción, MARTÍN SAGRADO O., El decomiso de las sociedades pantalla, op. cit., p. 12, “pues aquellas son, al fin y al cabo, un medio del que se ha valido la persona física para preparar, ejecutar u ocultar el delito”.

sentes en nuestra legislación (arts. 127 y ss.) para desposeerla de todo bien o elemento patrimonial (relacionado con actividades delictivas).

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

Se trata por lo tanto de analizar si el enorme proceso expansivo sufrido por la institución del decomiso, llevado a cabo a través de las reformas de los años 2003, 2010 y, especialmente 2015³⁴, puede permitir conseguir resultados equivalentes (desde el punto de vista inocuidador y de privación de todo elemento material relacionado con el delito) a los derivados del propio régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su sanción más contundente, esto es la disolución.

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

³⁴ FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Adaptación de la normativa penal española a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero: Ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas de 2015 e incidencia en la economía y sociedad digital, celebrado en el salón de actos de la EGAP, Santiago de Compostela, en julio de 2017/coord. por Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 263-282.

poder de terceros, el decomiso anticipado, el decomiso en situaciones de depreciación de los bienes, etc.

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

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

Sin descartar esta posibilidad, no puede negarse que el decomiso de un bien inmaterial, procediendo jurídicamente en un momento posterior a su extinción, no deja de tener un punto de ficción un tanto arriesgado desde el punto de vista de las garantías penales³⁵, y ello, pese a la insistencia de nuestro legislador (en los preámbulos de las leyes de reforma) en sentido contrario, al atribuir al decomiso una naturaleza jurídica distinta a la de la pena, con lo que quedaría de ese modo desvinculado de los principios garantistas propios de nuestra disciplina, en general, y de las garantías de la pena, en particular.

No cabe tampoco desconocer el carácter fuertemente (y peligrosamente) expeditivo de una parte de nuestra jurisprudencia y, así, se ha recurrido a fórmulas como acordar la nulidad de las operaciones de transferencia de bienes a las sociedades instrumentales por las personas físicas autoras del delito, revirtiendo a ellos los bienes y procediéndose a continuación a su decomiso (vid., por ejemplo SAN Murcia 193, de 26/3/2013)³⁶. O incluso proceder al decomiso directo

³⁵ El esquema desarrollado por el legislador en esa modalidad plantea en efecto la eventual quiebra de garantías penales esenciales, determinando además una evidente inversión de la carga de la prueba, a cambio de la obtención de dosis importantes de efectividad, vid. FERNÁNDEZ TERUELO J. G., La viabilidad reclamada por la Directiva 2018/1673 de nuevas normas comunes sobre el decomiso, en IX Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Abel Souto, Miguel. Coordinador Lorenzo Salgado, José Manuel. Coordinador Sánchez Stewart, Nielson. Coordinador, Tirant lo Blanch, 2024, p. 40.

³⁶ Procede acordar la nulidad de la transmisión de las fincas registrales NUM042 y NUM043 de

de los bienes, entendiendo que la atribución a la persona jurídica instrumental es una mera transmisión de titularidad; así la STS 186, de 12/2/2007³⁷. La más reciente STS 833, de 15/11/2023 acuerda el decomiso de bienes inmuebles y derechos que aparecen a nombre de sociedades instrumentales utilizadas en el proceso de blanqueo y que pertenecen a la persona física autora del delito. Se recurre a una especie de levantamiento del velo, al considerar que dichos bienes no son de titularidad de aquéllas, sino que son de propiedad exclusiva y única del acusado, quien es la persona que materialmente ha satisfecho el dinero para las adquisiciones y en algunos de ellos es el que lo usa y disfruta al tener su posesión material.

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

Así, de todas las posibilidades que nos ofrece la amplia gama de formas de decomiso, quizá la más interesante sea el *decomiso de bienes (efectos y ganancias derivadas del delito) en poder de terceros*, considerando que la persona jurídica instrumental lo es (un tercero)³⁸.

La regulación del decomiso de bienes en poder de terceros es objeto de lo que el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo llama “reformas técnicas (...) orientadas a incrementar su eficacia”³⁹. En concreto, tras la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica, el apartado quater del art. 127 dispone la posibilidad de acordar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias, aunque estos hayan sido transferidos a terceras personas (o un valor equivalente) en dos supuestos: a)

fecha 21-10-2008 a Inversiones Camino de Enmedio S.L., por ser una sociedad (sic) de pantalla sin actividad alguna y el decomiso de las respectivas participaciones sociales de los acusados Juan Manuel y Tarsila.

³⁷ Octavio «para dar salida a las ganancias obtenidas del tráfico de drogas» utilizó varias sociedades entre las que se encuentra la que adquirió el apartamento. De esta forma, pretendía darles una apariencia de legalidad. Esta conclusión genérica está claramente explicada y justificada, por lo que se dice respecto de la sociedad Glaciar, SL, en relación con su capital, forma de constitución y objeto social. Por otro lado, la recurrente aparece con un capital como accionista, solo con 19 acciones frente a las 980 de su hijo y una de un tercero, siendo su hijo, el acusado Octavio, el administrador único. Las posteriores adquisiciones de acciones por ésta no consiguen ocultar la inexistencia de actividad empresarial y de los ingresos de la sociedad.

³⁸ La protección de terceros tiene su límite en lo dispuesto en el art. 122 CP, en relación a la responsabilidad del partícipe a título lucrativo, así como en el principio plasmado en diferentes normas del derecho privado, entre ellas los arts. 638 del Código Civil, 85 del Código de Comercio y 34 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor no se protege la propiedad de las adquisiciones a título gratuito o lucrativo frente a la acción reivindicatoria y, por tanto, no se genera la adquisición del derecho de propiedad.

³⁹ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo suprimió la clásica referencia a los terceros “de buena fe” (adquirentes de buena fe), presente históricamente en nuestra legislación penal.

En el caso de los efectos y ganancias, cuando se hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. b) En el caso de otros bienes, cuando se hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. Este último inciso se precisa con una presunción *iuris tantum* y así se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, *cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado*.

Tanto en la regulación actual como en la anterior a la reforma de 2015, este instrumento se ha utilizado, entre otros casos, para eliminar cualquier tipo de protección jurídica por esta vía a las sociedades pantalla, tras el levantamiento de velo⁴⁰. No existe en mi opinión ningún límite legal ni dificultad interpretativa para considerar tercero a una persona jurídica, ni por ello a la empresa o sociedad, utilizada instrumentalmente por el sujeto que lleva a cabo la acción delictiva. Contamos además con precedentes jurisprudenciales al respecto. Así, por ejemplo, en la STS 1108, de 6/9/1999 se afirma que *“es unánime la opinión de testigos y coacusados de que era Luis P. L. quien no sólo actuaba como armador de la embarcación sino que también ostentaba públicamente la condición de dueño y disponente de la misma, no parece de recibo aceptar -como pretende el recurrente- que la empresa «Valinia Trading Inc.» era un tercero de buena fe, excluido del contenido del art. 127 CP, pues dada la postura y relación de P. L. con «Valinia Trading» -sociedad instrumental creada para encubrir sus actividades delictivas- la condición de tercero de buena fe aparece como una entelequia”*.

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

Además de los bienes, efectos (...) derivados del delito, la persona jurídica instrumental puede tener otros que, sin tener su origen en la

⁴⁰ Vid, al respecto RODRÍGUEZ HORCAJO D., El decomiso de terceros de mala fe (art. 127 quater CP) como piedra de toque: naturaleza del decomiso y solapamiento con la autoría de ciertos delitos, RECPC, núm. 24, 2022, p. 4, en referencia a la STS 5244, de 30/11/ 2016 y vid. las referencias bibliográficas allí citadas.

conducta delictiva objeto de enjuiciamiento, procedan de otros comportamientos delitos previos (de una o varias personas físicas). Frente a ellos puede actuarse a través de la figura del decomiso ampliado (artículo 127 bis⁴¹), previsto legalmente precisamente para actuar *sobre bienes atribuidos a la persona jurídica instrumental que no se refieran exactamente al delito cometido, pero cuyo origen se pueda atribuir –a través del juego de presunciones- a otras actuaciones delictivas previas.*

La introducción en nuestro texto penal del decomiso ampliado a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio no estuvo exenta de polémica, en la medida en que su adopción se basa en una presunción (*iuris tantum*), pues se requiere la existencia de unos bienes, respecto a cuyo ingreso o procedencia el sujeto no es capaz de dar una explicación razonable, lo que determina que se atribuyan a actividades delictivas previas y se proceda a su decomiso. Su espectro de aplicación inicial (delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales), a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se extendió a otras tipologías (incluido el blanqueo, apartado i), en las que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivarse importantes beneficios económicos, elenco que de nuevo fue ampliado a través de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero. La citada reforma de 2015 reemplazó el único criterio previo de presunción (bienes, respecto a cuyo ingreso o procedencia el sujeto no es capaz de dar una explicación razonable) por un catálogo abierto de indicios que deberán ser valorados por el juez para resolver. Así, además de la desproporción entre el patrimonio del sujeto responsable de alguno de los delitos citados y sus ingresos lícitos, se añaden otros factores a tener en cuenta, como *la ocultación intencionada del patrimonio* a través de la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o mediante el recurso a paraísos fiscales; o su transferencia mediante operaciones que dificulten su localización o seguimiento, y que carezcan de justificación económica⁴².

⁴¹ Art. 127 bis 1. “El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito (...)”.

⁴² El precepto aún contiene dos ulteriores precisiones: a) Con la primera de ellas se trata de establecer criterios de proporcionalidad y *bis in idem* y así dispone el apartado 4 que, si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juez o Tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento. b) En segundo lugar (apartado 5) se establecen límites a las posibilidades del decomiso ampliado, disponiendo que no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con

Por todo ello, se trata de un instrumento idóneo en el proceso de reacción frente a las entidades instrumentales y debe tenerse en cuenta, además, que precisamente si estamos ante una sociedad de este tipo, sus bienes -por definición- procederán en su totalidad o casi totalidad de actividades delictivas, con lo que esta fórmula, unida al decomiso de bienes en poder de terceros ya comentada, podría ser suficiente para que el sistema de reacción penal se haga con todos o casi todos los bienes de la persona jurídica instrumentalizada por el autor del delito. Como instrumento complementario, la vigente regulación también habilita la posibilidad de acordar el decomiso con carácter cautelar a través del *decomiso anticipado*. En efecto, al margen de las previsiones de naturaleza procesal relativas a las medidas cautelares, existe una específica en el propio Código Penal (art. 127 octies) que permite acordar el decomiso durante la tramitación de la causa⁴³. Dicha vía puede ser también utilizada frente a las sociedades instrumentales, lo que resulta de especial interés, dada la demostrada capacidad que presentan este tipo de entidades para mover el dinero con agilidad de un sitio a otro (recurriendo a instrumentos que son propios del tipo de criminalidad, como paraísos fiscales o testaferros, por ejemplo), dificultando de ese modo su aprehensión.

No cabe sin embargo en mi opinión la posibilidad de recurrir al decomiso sin que exista sentencia condenatoria (*decomiso sin condena*)⁴⁴. La reforma de 2015 profundizó en la idea de desvincular el decomiso de los bienes, ganancias y demás elementos relacionados con el delito de la existencia de una sentencia condenatoria. Así, en primer lugar, se sustituyó el requisito de la ausencia de “imposición de pena” por el de ausencia de “sentencia de condena”. También es cierto que, por su propia naturaleza, -como se acaba de apuntar- estas entidades tienen una gran agilidad para mover el patrimonio, pudiendo ocurrir que en el momento en que se acuerde su decomiso, este haya desaparecido y

efectos de cosa juzgada.

⁴³ Artículo 127 octies 1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

⁴⁴ Artículo 127 ter 1. *El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.*

no sea posible su localización. Sin embargo, las previsiones legales se refieren a un tipo de supuestos. en los que dicha institución podía ser aplicada, únicamente referidos a personas físicas; así en el primer y tercer supuesto se afrontan situaciones que no tienen por qué haber sido provocadas por un sujeto *que siempre será persona física*: fallecimiento o enfermedad grave, exención o extinción de responsabilidad, que determinan el riesgo de prescripción del delito eventualmente cometido; en el segundo se trata de hacer frente a una situación provocada por el sujeto (rebeldía) -y por lo tanto, también limitado a personas físicas- que pone en riesgo el enjuiciamiento y consiguientemente la consecuencia accesoria.

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

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

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

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal), Dir. Álvarez García), Tirant lo Blanch, 2014, p. 262 y ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español, REDEPEC. Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 1, 2023.

FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a) y b) CP), en Estudios jurídico penales y criminológicos: En homenaje a

Lorenzo Morillas Cueva, coord. por José María Suárez López, Jesús Barquín Sanz, Ignacio F. Benítez Ortúzar, María José Jiménez Díaz, José Eduardo Sáinz Cantero Caparrós; Lorenzo Morillas Cueva (hom.), Vol. 1, 2018, pp. 223-245.

FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Adaptación de la normativa penal española a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero: Ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas de 2015 e incidencia en la economía y sociedad digital, celebrado en el salón de actos de la EGAP, Santiago de Compostela, en julio de 2017, coord. por Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 263-282.

FERNÁNDEZ TERUELO J. G., Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español, RECPC 21-03 (2019).

FERNÁNDEZ TERUELO J.G., La promoción de un nuevo modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica como mecanismo de control de focos de riesgo derivados de conductas ajenas a su actividad e interés y su incompatibilidad con el contenido del art. 31 bis 1^o CP, La Ley compliance penal, núm. 14, 2023.

FERNÁNDEZ TERUELO J. G., La viabilidad reclamada por la Directiva 2018/1673 de nuevas normas comunes sobre el decomiso, en IX Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Abel Souto, Miguel. Coordinador Lorenzo Salgado, José Manuel. Coordinador Sánchez Stewart, Nielson. Coordinador, Tirant lo Blanch, 2024, p. 40 ss.

FUENTES OSORIO J. L., Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, J.M. Bosch Editor, 2022.

GARCÍA CAVERO P., Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias, REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 2, 2023.

GIL NOBAJAS M. S., Personas jurídicas *versus* entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del código penal, Revista General de Derecho Penal, núm. 29, 2018.

GÓMEZ-JARA DÍEZ C., La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas a propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014,

La Ley, núm. 8331, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ C., El modelo constructivista de (auto)responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tres contribuciones de la teoría a la práctica, REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 1, 2023.

GÓMEZ TOMILLO M., Recensión a Juan Luis FUENTES OSORIO, Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, J.M. Bosch, Barcelona, 2023, 332 páginas, InDret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 3, 2023.

GÓMEZ TOMILLO M., Consecuencias materiales y procesales de la jurisprudencia del TJUE en materia de responsabilidad penal y administrativo-sancionadora de las personas jurídicas, REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 3, 2023.

GONZÁLEZ CUSSAC J. L., Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delito de blanqueo de dinero, V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero: Ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas de 2015 e incidencia en la economía y sociedad digital, celebrado en el salón de actos de la EGAP, Santiago de Compostela, en julio de 2017 (coord. por Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart) 2018, pp. 345-350

LEÓN ALAPONT J., Personas jurídicas «imputables» e «inimputables» en el régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP: una breve divagación a raíz de la errática jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Ley, núm. 10191, Sección Tribuna, 19 de diciembre de 2022.

MARTÍN SAGRADO O, El decomiso de las sociedades pantalla, La Ley, núm. 8768, 2016.

RAGUÉS I VALLÈS R., La actuación en beneficio de la persona jurídica. Razones para la eliminación de un requisito disfuncional en la atribución de responsabilidades penales, REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, núm. 4, 2024.

RODRÍGUEZ HORCAJO D., El decomiso de terceros de mala fe (art. 127 quater CP) como piedra de toque: naturaleza del decomiso y solapamiento con la autoría de ciertos delitos, RECPC, núm. 24, 2022.

SÁNCHEZ MELGAR J., Personas jurídicas imputables e inimputables, La Ley, núm. 9849, 2021.

TUGUI F. D., Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal Español, Colex, 2021.

JURISPRUDENCIA CITADA

STS 1108, de 6/9/1999
STS 1033, de 5/6/2002
STS 186, de 12/2/2007
SAP Murcia 193, de 26/3/2013
STS 498, de 11/6/2013
AAN 128, de 27/2/2014
AAN 359, de 19/5/20214
STS 516, de 13/6/2016
STS 154, de 29/2/2016
STS 83, de 14/2/2017
STS 583, de 19/7/2017
AJCI-AN 40, de 6/9/2017
STS 668, de 11/10/2017
STS 273, de 4/3/2019
STS 108, de 5/3/2019
STS 123, de 8/3/2019
SSTS 234, de 8/5/2019
STS 534, de 22/10/2020
STS 233, de 22/11/2020
STS 299, de 8/4/2021
STS 36, de 20/1/2022
STS 264, de 18/3/2022
STS 747, de 27/7/2022
STS 894, de 11/11/2022
STS 785, de 24/10/2023
STS 833, de 15/11/2023
SAN 25, de 26/7/2024