InDret

1.2021

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès[*]

Juzgar dos veces. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 692/2020, de 15 de diciembre ("Caso Bateragune"), por Jordi NIEVA FENOLL

"Con controles y a lo loco": la relevancia penal de la infracción de las funciones de auditoría. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 14/2020, de 6 de octubre ("Caso Pescanova"), por Raquel MONTANER FERNÁNDEZ

La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre, por Javier CIGÜELA SOLA

-

[*] La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

InDret
1.2021

Juzgar dos veces

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 692/2020, de 15 de diciembre ("Caso Bateragune")

Jordi Nieva Fenoll
Universitat de Barcelona
jordinieva@ub.edu

-

1. Introducción

¿Hasta qué punto es legítimo juzgar dos veces a una persona en un proceso penal? La inicial respuesta negativa a la pregunta es tan obvia para cualquier jurista que la duda parece absurda, y sin embargo no lo es.

Resulta que tanto en Derecho español como en otros ordenamientos, existen diversas posibilidades de que una persona pueda padecer dos, o incluso más veces, la persecución penal por un mismo delito. Sucede cada vez que existe un sobreseimiento provisional y luego se reabren las actuaciones, o cuando un tribunal superior anula un proceso por un defecto procesal y, consiguientemente, debe volver a celebrarse el proceso desde el momento de la comisión de la falta, porque así lo disponen –de forma actualmente discutible a mi juicio– las leyes procesales (arts. 792, 846 bis f, 901 bis a LECrim). Lo mismo, aunque con desigual extensión, ocurre en el panorama internacional, pese a que no deja de ser chocante la dispersión y la falta de un criterio único en esta materia. De hecho, la última reforma del art. 792 LECrim dispuso también el reenvío en caso de "anulación", sin especificarse si la misma procedía solo por razones de forma, como es lo lógico en varios casos, o también por motivos de fondo, lo que debiera ser innecesario, dictando en esos casos el tribunal de apelación nueva sentencia como ocurre en casación. Pero esta es otra delicada cuestión de la que no me puedo ocupar ahora.

Sin embargo, bien podría decirse que esa doble celebración del proceso debiera ser imposible en cualquier caso, pero ni siquiera en los países que acogieron la doctrina de la llamada *double jeopardy* –la versión anglosajona del *non bis in idem*– parece ser así. En el fondo, el ámbito del *non bis in idem* o prohibición de celebración de un nuevo proceso parece confinado a las sentencias firmes, a fin de evitar que a una persona no le sea impuesta una doble pena por un mismo delito. Es decir, parece no haber espacio a la extensión del principio más allá de la cosa juzgada.

Sin embargo, cabría plantearse en qué medida es legítimo que el Estado posea oportunidades casi indefinidas para condenar a su gusto a una persona, lo que supone recaer en el riesgo que anunció

Alonso Martínez en su celebre exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, convirtiendo al reo, en sus palabras, en un siervo de la curia o en un liberto de por vida. Es decir, en el protagonista *Josef K*. de la novela de Kafka.

En las líneas que seguirán será analizado este tema al hilo de una muy reciente –y sobre todo inopinada– resolución de la Sala 2ª del Tribunal Supremo dictada en el *caso Bateragune*, que llegó incluso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y volvió al Tribunal Supremo. Precisamente tras la más reciente resolución de este último tribunal (STS 692/2020. de 15 de diciembre) sobrevino la cuestión que nos ocupa.

2. Los hechos

Arnaldo Otegi, líder durante años del principal partido de la izquierda independentista vasca, así como otros acusados, fueron condenados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por pertenencia a organización terrorista. La sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo –que rebajó la pena pero mantuvo la condena–, ante el Tribunal Constitucional, que rechazó el recurso, y finalmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró a finales de 2018 que una magistrada de la Audiencia Nacional no había sido imparcial al realizar durante la vista un comentario absolutamente fuera de tono que revelaba, precisamente, su sesgo ideológico adverso al acusado, que por demás ya había sido declarado acerca de esa misma jueza en otro caso contra el mismo acusado, como explica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No lo dice el Tribunal de Estrasburgo, pero es incalificable que se haya podido producir algo así, más allá de la existencia del sesgo, que también debiera ser impropia de un juez.

Hasta 2015 la justicia española cumplía en general muy rápidamente las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es factible que en dicha prisa influyera la voluntad de los jueces españoles de no ser tachados como magistrados autoritarios que no acatan las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, lo que podía recordar a los aires de una dictadura, la española, ya muy pretérita, pero que sigue sorprendentemente bien presente en las mentes de la sociedad española pese al largo tiempo trascurrido desde la muerte del dictador (1975). Sea como fuere, cabe decir que esa voluntad de cumplimiento rápido de la jurisprudencia de Estrasburgo motivó, por ejemplo, que en 2013 se produjera una espectacular liberación de decenas de presos de ETA –y otros– como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo (Del Río Prada v. España, n. 42750/09) que desautorizó la conocida como "doctrina Parot", que alargaba indebidamente las penas.

Es factible que alguien pensara que ese cumplimiento de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue demasiado precipitado –aunque en absoluto lo fue–, y por ello desde el Ministerio de Justicia se ideara una reforma para que las sentencias de Estrasburgo, antes de ser cumplidas, pasaran una revisión ante el Tribunal Supremo que delimitara los límites del cumplimiento. Esta fase procedimental de nuevo cuño, inspirada en una Recomendación del año 2000 (n. R (2000) 2, apéndice 2) del comité de ministros del Consejo de Europa enfocada a facilitar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –y no a dificultarlas– tenía además referentes en otros ordenamientos, como por ejemplo el Derecho alemán (§ 359.6 *StPO*), el francés (art. 622-1 del *Code de Procédure Pénale*) o el turco (art. 311 del *Ceza Muhakemesi Kanunu*).

Cuando en el caso que nos ocupa llegó la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se activó ante el Tribunal Supremo la citada fase procedimental, que se concreta en la revisión y consiguiente anulación de la sentencia firme indebidamente dictada (art. 954.3 LECrim). Por ello, a diferencia de lo que venía siendo habitual antes de la reforma del precepto acabado de citar, Arnaldo Otegi y el resto de reos no recibieron la inmediata y casi automática anulación de su condena, como hubiera debido suceder pues no había margen interpretativo. Al contrario, hubieron de esperar un año y medio a que el Tribunal Supremo decretara la incuestionable anulación a finales de julio de 2020.

Finalmente obtuvieron esa anulación, que insisto en que era la única posibilidad medianamente realista. Sin embargo, tras una sucesión algo extraña de acontecimientos de los que el Tribunal Supremo no da completa noticia en su resolución, dicho Tribunal, al margen del procedimiento establecido y sin hacer referencia a habilitación legal alguna a este respecto, decidió retomar en septiembre el caso complementando su primera sentencia, declarando que esa sentencia no solamente se anulaba, sino que además había que repetir el proceso en primera instancia, declaración que no había realizado a finales de julio de 2020 cuando conoció de la revisión en este caso.

Debe recordarse algo importante: para entonces todos los reos habían cumplido ya completamente sus condenas.

3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¿Era esa repetición lo que deseaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Cabría acudir al simple sentido común para dar una respuesta negativa. Repetir el proceso de una persona que ya cumplió su pena de prisión es simplemente absurdo. Consiste en juzgar a alguien que ya fue condenado, y además con la certeza palmaria de que la condena no fue regular, al habérsele vulnerado sus derechos fundamentales.

En un proceso en el que no se respetan esos derechos no se hace justicia, como dijo Michele TARUFFO. Y por ello reitero la pregunta: ¿puede volver a juzgarse a alguien que ya fue indebidamente condenado? ¿Qué sentido tiene reiterarle la condena, si ya la cumplió? ¿Existe el riesgo de imponérsele una condena aún mayor, con un quebranto obvio de la *non reformatio in peius*, habida cuenta de que es el propio reo quien recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en defensa de sus derechos?

Esto último sería contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 16/2016, FJ 4, STC 196/1999, FJ. 3), que deduce el principio de manera algo impropia del derecho de defensa y del principio de congruencia, ligándolo por tanto con el principio dispositivo. Al margen del más que discutible recorrido argumental del Tribunal Constitucional para reconocer este principio, lo cierto es que la prohibición de *reformatio in peius* existe en el ordenamiento español (vid. también § 373 *StPO*, donde expresamente se recoge el principio), y ello limita las posibilidades del tribunal de primera instancia en el nuevo proceso: no podrá imponer pena superior a la que declaró el Tribunal Supremo.

Pero respecto a lo primero, que es la cuestión central de este análisis –¿puede volver a ser juzgado un condenado?–, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene

algunas ambigüedades. El Tribunal Supremo en su resolución cita el caso *Mihalache c. Rumanía* de 8 de julio de 2019, en el cual, al hilo del art. 4 § 1 del protocolo n. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, declara que pese a que ese precepto impide el *bis in idem* sobre una persona que ya ha sido condenada o absuelta, ello no es óbice para reabrir un caso en que "hechos nuevos", "nuevas revelaciones" o un "vicio esencial del proceso" pudieran afectar a la sentencia dictada. Merece la pena reproducir el tenor literal de la norma:

> Artículo 4
> 1. Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.
> 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.

La redacción es claramente mejorable, puesto que ni siquiera es realmente coincidente la versión inglesa y la francesa de la norma, como recuerda el punto 94 de la STEDH *Mihalache c. Rumanía*. Aunque como tantas otras veces en las normas internacionales, la ambigüedad técnica de las expresiones empleadas –"sentencia definitiva"– trata de englobar lo que disponen varios sistemas jurídicos de los diferentes países. En este sentido, parece que el segundo párrafo se estaba refiriendo sola y claramente a los medios de impugnación de procesos concluidos por sentencia firme, es decir, los análogos a la revisión de los arts. 954 ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ciertamente disponen en el sentido de que el condenado puede plantear dicha impugnación precisamente para librarse de la condena. De hecho, los motivos citados en el art. 4.2 –hechos nuevos, nuevas revelaciones o incluso vicio "esencial"– son similares a los que dan lugar la revisión en cualquier país, y en España además a otro medio de impugnación de procesos concluidos por sentencia firme: el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Sin embargo, siguiendo, como veremos, el Derecho alemán y austríaco, también se abre la posibilidad de que una sentencia firme absolutoria o de condena afectada de una fraudulenta lenidad, sea corregida por los tribunales. Eso es justamente lo que fue objeto de consideración en *Mihalache c. Rumanía* (punto 133). Explicado brevemente, se juzgaba el caso de un conductor que se había negado reiteradamente a realizar el test de alcoholemia, acción que fue incomprensiblemente considerada por el Ministerio Fiscal como de escasa gravedad, que le impuso solamente una multa. Sin embargo, el superior de ese fiscal decidió reabrir el caso cuatro meses después de la decisión del primer fiscal, llevando el asunto ante los tribunales, que finalmente impusieron al reo un año de prisión. El condenado apeló esa sentencia intentando hacer valer en su recurso un *bis in idem*, argumentando que una vez que el primer fiscal hubo impuesto la sanción, ya no procedía juzgar de nuevo el caso.

En este asunto, la primera resolución de la Fiscalía era una especie de sobreseimiento provisional, por lo que no tenía nada de particular que el caso fuera reabierto, dado que la actitud del reo de negarse a hacer la prueba de la alcoholemia había venido motivada precisamente por evitar una sanción mayor por conducir ebrio. Sin embargo, incluso en un caso como este, en el que tal vez el fiscal inferior simpatizó con el conductor intoxicado y por eso no le impuso más sanción que una multa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que sí se había producido un *bis in idem*, dado que las razones que dio el fiscal superior para reabrir el caso no

estaban basadas ni en hechos nuevos, ni en nuevas revelaciones ni en un vicio procesal esencial, dado que solo extemporáneamente había justificado el Gobierno rumano ante el Tribunal de Estrasburgo, que la actuación del fiscal superior vino guiada por la voluntad de asegurar la debida punición de delitos graves (punto 136 del caso *Mihalache*). Sin embargo, no fue capaz de citar defecto procesal esencial alguno en el sentido del art. 4.2 del Protocolo VII.

De todo ello se deduce que el Tribunal de Estrasburgo es muy restrictivo a la hora de autorizar un *bis in idem*, como por otra parte es lógico. Fijémonos que en este caso consideró que la decisión prácticamente provisional de un fiscal equivalía a una resolución judicial definitiva. En otras palabras, el tribunal es claramente contrario a la repetición de los procesos, y solo la autoriza, repito, si hay hechos nuevos, nuevas revelaciones o un vicio esencial del proceso, como dice el art. 4. Es decir, solamente en esos supuestos realmente excepcionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que lidiar con diferentes casos de revisión supervisoria de sentencias firmes que tienen lugar en países influidos por el antiguo sistema soviético, autorizando la reapertura del caso en algunos supuestos (*Nikitin v. Rusia*, n. 50178/99, *Fadin v. Rusia*, n. 58079/00), aunque rechazándola en otros (*Savinskiy v. Ucrania*, n. 6965/02, *Goncharovy v. Rusia*, n. 77989/01), en función de si esa revisión –que podía suponer un *bis in idem*– estaba razonablemente justificada.

Y para establecer esa razonabilidad, el tribunal dice expresamente lo siguiente (*Bratyakin v. Rusia (dec.), n. 72776/01*):

> "*The Court reiterates that the mere possibility of reopening a criminal case is prima facie compatible with the Convention, including the guarantees of Article 6. However, the actual manner in which it is used must not impair the very essence of a fair trial. In other words, the power to reopen criminal proceedings must be exercised by the authorities so as to strike, to the maximum extent possible, a fair balance between the interests of the individual and the need to ensure the effectiveness of the system of criminal justice (see Nikitin, cited above,* §§ *54-61).*"

En consecuencia, para decidir la repetición del proceso, los tribunales deben sopesar los intereses del acusado y la necesidad de asegurar la efectividad del sistema de justicia penal, siempre observando las garantías del debido proceso, en otras palabras, respetando el derecho de defensa (*vid*. también *Savinskiy v. Ucrania*, n. 6965/02). En consecuencia, no cabe dejar de lado el interés del acusado en beneficio de una eventual efectividad del sistema de justicia. Ambos intereses deben ser tenidos en consideración de manera compensada.

Más allá de lo anterior, el Tribunal de Estrasburgo no ha sido mucho más explícito en esta materia. Solo ha señalado explícitamente que la reapertura de un caso no puede estar basada en la discrepancia de opinión de la autoridad supervisoria legitimada para reabrir –habitualmente un fiscal– y el tribunal sentenciador (*Bujniţa v. Moldavia*, no. 36492/02), que fue lo que, en realidad, había ocurrido en el caso *Mihalache*.

4. Los Derechos nacionales, la *double jeopardy* y la libre absolución

Los derechos nacionales tampoco son tanto más explícitos, pero parten de la imposibilidad del *bis in idem*, en respeto de la cosa juzgada, limitando por tanto las posibilidades de nuevo juicio de un caso también a circunstancias absolutamente excepcionales.

La revisión procede normalmente solo a favor del reo (art. 954 LECrim, arts. 622 ss. del *Code de Procédure Pénale* francés, arts. 629 ss. del *Codice di Procedura Penale* italiano), pero también se admite en algunos lugares que pueda ser en contra del reo, por ejemplo si la absolución se basó en documentos o testigos falsos, participó en la misma un juez parcial o el absuelto finalmente confiesa su culpabilidad (§ 362 *StPO* alemana, §§ 352 ss. *StPO* austríaca, o Inglaterra y Gales desde 2003, con la *Criminal Justice Act*, parte 10, incisos 75 ss., tal vez influida la reforma por los atentados de 2001).

La referencia a Inglaterra y Gales es importante, porque recogen estos territorios la tradición del *Common Law* sobre la *double jeopardy*. La idea, expresada desde un origen por BLACKSTONE en sus *Commentaries* de finales del s. XVIII (Lib. IV, cap. 30, último párrafo) recogía en el fondo la tradición romana de la *res iudicata*, es decir, que tanto en caso de absolución como de condena expresada en sentencia firme, el proceso no podía repetirse. Añadiendo que solamente en caso de defecto procesal sí podía volverse a juzgar, porque el proceso es como si no se hubiese celebrado, no habiendo supuesto dicho proceso *jeopardy* alguna. La idea fue recogida con alguna pequeña variación en EEUU (*Ball v. United States*, U.S. 662, 1896), interpretando la V Enmienda.

En consecuencia, cabe observar una aproximación bastante dispar al tema en el panorama internacional. Y quizás en cierta medida con un enfoque anticuado si se deja de lado el populismo punitivo, que en los últimos tiempos ha derivado de un inaceptable conservadurismo que solo es fruto de un aprovechamiento indebido del terror de algunas personas, azuzado por políticos y periodistas irresponsables en casos sensibles para la opinión pública.

Y digo que el enfoque es tal vez anticuado porque, a día de hoy, probablemente habría que superar de una vez los estrechos márgenes de la cosa juzgada entendida en el original sentido romano, y realizar un enfoque más humanista, según el cual no solamente tendrían que preocuparse los Estados de proteger la firmeza de los fallos, sino que también deberían cuidar de que la persecución de los ciudadanos no sea casi incondicional y, en buena medida, imprevisible. Como ya sugirieron algunos autores en el siglo XIX, es un exceso manifiesto que siga existiendo el sobreseimiento provisional y que la absolución no se entienda libre a todos los efectos, como dice programáticamente el art. 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al hilo de lo dispuesto en el también programático art. 128 del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. Todo ello se hizo para abolir la antigua absolución de la instancia, que dejaba el proceso abierto *sine die*, y cuyos restos han quedado curiosamente en el sistema de la *double jeopardy*, como antes se vio. De hecho, hasta sería posible resucitarla en España a través de un incidente de nulidad de actuaciones.

El hecho es que todos los ordenamientos han encontrado un subterfugio para prolongar *ad kalendas graecas* la persecución de los reos, con el fin de que no se escape ningún posible culpable, generándose impunidad, tan temida socialmente. Por ello, tal vez sería demasiado impopular modificar radicalmente este estado de cosas, aunque debería empezar a pensarse en ello sin demora, porque es un auténtico cabo suelto de los sistemas procesales penales.

La razón que avalaría una futura reforma habría de ser, como tantas otras veces, la protección del ciudadano frente al inmenso poder del Estado. No puede ser que una persona se vea obligada a responder por un mismo hecho repetidamente, sin que la resolución de su caso jamás pueda considerarse realmente definitiva en algunos casos, a veces más allá incluso de las normas de prescripción.

Al contrario, el Estado, con todo su inmenso poder, debería poseer una única oportunidad para perseguir a los reos. No reconocerlo así supone volver al esquema del "siervo de la curia" al que antes me referí, del que en el fondo nunca hemos salido por obra y gracias del sobreseimiento provisional y figuras análogas en los sistemas procesales penales del mundo, e incluso últimamente por culpa de los abolicionistas de la prescripción.

Puede pensarse, como ya se ha dicho, que favorecería la impunidad una norma semejante, una auténtica prohibición de *bis in idem* o de *double jeopardy*. Tal vez fuera así en casos realmente marginales. Pero no en mayor medida que los que provoca la existencia de la mismísima presunción de inocencia, a la que en ningún caso puede renunciarse, y en la que en el fondo está basada, no solamente la cosa juzgada en caso de absolución, es decir, esta variedad del *non bis in idem*, sino también la propuesta que estoy realizando en este mismo momento. Cuando el Estado persigue sin éxito repetidamente a un ciudadano, es porque no se cree que sea inocente. Y ello vulnera el derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 C.E. Es decir, la presunción de inocencia.

5. Reflexión final

Reconocido todo lo anterior, más la última propuesta *de lege ferenda*, sea cual fuere el contexto, lo que no es aceptable es que se realicen interpretaciones *contra reo* del Derecho vigente. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su habitual modo de interpretación –autónoma, evolutiva y generosa, *vid*. punto 91 de *Mihalache v. Rumanía*–, indica claramente que no se puede obrar de modo que la interpretación judicial haga que las garantías del Convenio sean teóricas o ilusorias, y no efectivas, como deben ser y recuerda el mismo tribunal en el punto citado. Cabe recordar, además, que la respuesta de los tribunales siempre debe pensar tanto en el interés del reo como en el del sistema de justicia, y no solamente en este último.

Interpretaciones *contra reo*, y por tanto contrarias a la presunción de inocencia, lo son todas aquellas que de algún modo agraven la situación del reo de manera innecesaria, existiendo margen interpretativo para obrar en su favor. En el caso que se ha comentado hubo una durísima condena de 10 años de prisión e inhabilitación dictada por un tribunal que no era imparcial, condena que fue rebajada por el Tribunal Supremo a 6 años y 6 meses, que tampoco es una pena menor. Y tras haber cumplido esa condena íntegramente, ahora les decimos a los condenados que tienen que pasar de nuevo por el trago de ser juzgados como fruto de su propia solicitud de cumplimiento de la sentencia de Estrasburgo, es decir, en contra del espíritu que inspira la prohibición de *reformatio in peius*... Justamente por ese principio, condenarlos a una pena superior sería incompatible con su derecho a no verse perjudicados por un recurso propio, como ya se dijo.

Pero hacerles pasar de nuevo por el trance del banquillo también les perjudica igualmente, y simplemente para que los hechos no queden sin juzgarse, como sugiere la sentencia comentada (FD 4.1), tratando incluso de explicar, creo que en vano, que la repetición se hace para proteger la presunción de inocencia de los reos. Al contrario, la celebración del nuevo juicio la vuelve a poner en cuestión de manera innecesaria, y todo ello por cumplir una supuesta finalidad del sistema penal que redunda en perjuicio del reo. Por tanto, aunque la sentencia pretenda explicar lo contrario, la decisión finalmente tomada es muy claramente *contra reo*. De hecho, en el punto 2 del mismo FD 4 se explica que "*la estimación de la vulneración de su derecho* (J.N: lógicamente

del reo) *al juez imparcial no puede extender sus efectos a conceder al acusado una disponibilidad sobre el proceso que el derecho interno no le reconoce, dados los bienes jurídicos afectados por el delito del que se le acusaba*". Es decir, es obvio que se prima el –eventual– interés del sistema penal por encima del interés del reo, aunque se intente argumentar lo contrario.

Sin embargo, como veremos dentro de un tiempo si no sucede un imprevisto, se celebrará innecesariamente un proceso que ya se ha celebrado. En el mismo será imposible perjudicar a los reos más de lo que ya se les perjudicó con la condena del primer proceso. Lo único que puede suceder es que se declare su inocencia o se les condene a una pena menor, lo que generaría en ellos el derecho a ser indemnizados por la prisión indebidamente cumplida. Lo que ocurre es que esa indemnización ya la obtendrían si se hubiera anulado sin más la sentencia, como ya se hizo en un principio por la propia Sala 2ª, antes del complemento de sentencia que sorpresivamente sobrevino con esta sentencia de 15 de diciembre de 2020. Por supuesto, es posible que en el nuevo proceso se reitere la condena, evitándose así el pago de la indemnización, aunque ello, la evitación de la indemnización, volvería a ser un fin del sistema, situándose completamente de espaldas al interés del reo.

Y por descontado, la sentencia que dicte la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tendrá todo su recorrido recursivo hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tal vez para entonces declare, por tercera vez, que con uno de los reos al menos no se actuó debidamente. Y entonces, ¿vuelta a empezar? Con frecuencia recuerdo un proceso del s. XVIII que identificaron ESPIAU y DEL POZO y que había durado más de setenta años… Cosas de la época.

InDret
1.2021

"Con controles y a lo loco": la relevancia penal de la infracción de las funciones de auditoría

Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 14/2020, de 6 de octubre ("Caso Pescanova")

Raquel Montaner Fernández [*]
Universitat Pompeu Fabra
raquel.montaner@upf.edu
-

1. Introducción

La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 6 de octubre de 2020 (ponente González Pastor), sobre el denominado "Caso Pescanova" plantea numerosas cuestiones jurídicas interesantes no solamente respecto de la responsabilidad penal de las personas físicas investigadas y finalmente condenadas, sino también respecto de las personas jurídicas a través de las que aquellas operaban y a las que, finalmente, también *se extiende* la responsabilidad penal. Sin poder entrar a valorar cada una de estas cuestiones, en este trabajo se prestará atención a las siguientes: primero, en cuanto a las personas físicas condenadas por la Audiencia Nacional (en adelante, AN), se atenderá a cuál ha sido el fundamento para atribuir responsabilidad penal al auditor externo de Pescanova; segundo, respecto de las personas jurídicas, se incidirá en la forma en que se atribuye responsabilidad penal a la sociedad Pescanova S.A. (en adelante, Pescanova) y, en especial, a BDO Auditores S.L. (en adelante, BDO), dos de las cuatro personas jurídicas condenadas por la AN.[1]

De manera previa al análisis de estas cuestiones conviene explicar resumidamente los hechos objeto de enjuiciamiento y que han llevado a la AN a imponer condenas por delito de falsedad en documento mercantil (art. 392 en relación con el 390 CP), delito de estafa agravada (arts. 248 y 250.1.5ª CP), delito societario de falseamiento de cuentas anuales (art. 290 CP), delito de falseamiento de información económica y financiera (art. 282 bis CP) y, por último, por un delito de alzamiento de bienes (art. 258 CP). Como se podrá advertir a propósito de los hechos acaecidos y recogidos en esta extensa sentencia de la AN, resulta inevitable comparar el "Caso Pescanova" con el famoso escándalo financiero norteamericano de *Enron Corporation* del año 2001. Y es que, salvando las diferencias, también la empresa energética fue una compañía que logró una rápida expansión en el mercado, que requirió grandes inversiones para poder mantenerse, que utilizó de forma defraudatoria determinadas fórmulas empresariales —a través de las denominadas SPE (*Special Purpose Entities*)— para poder esconder sus deudas y, de este modo, seguir manteniendo

[*] Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

[1] Cabe advertir que, en este comentario, las personas físicas no son citadas por sus nombres reales sino por el nombre ficticio que se les ha asignado en la versión de la sentencia publicada por el CENDOJ.

una buena imagen frente a sus accionistas y terceros inversores[2] y, por último, que contaba con los servicios de una reputada sociedad de auditoría como era *Arthur Andersen*.

Pues bien, la denominada vieja Pescanova era una sociedad anónima cotizada que se constituyó en el año 1960, convirtiéndose en la cabecera de un Grupo consolidado de más de 150 sociedades nacionales e internacionales extendidas en 25 países y con 14.000 empleados. En el marco del sector alimentario, la actividad principal de Pescanova consistía (y consiste) en la comercialización al por mayor de pescado congelado, siendo el resto de las sociedades del Grupo las que se ocupaban de la pesca extractiva y de la acuicultura. Además de un Consejo de Administración, Pescanova tenía un Comité de Nombramiento y Retribuciones y un Comité de Auditoría. Dos de los tres miembros de este Comité fueron acusados y uno de ellos condenado por la AN. El único poder general para representar a la sociedad lo tenía el acusado y condenado D. Eladio, hijo de uno de los cofundadores de la sociedad, y presidente ejecutivo de Pescanova desde el año 1985 hasta el año 2013. Existían otros poderes especiales para casos concretos. Dos de ellos otorgados en 1982 a favor del también acusado y condenado D. Florián, director financiero de la compañía desde el año 1980 hasta el 2012, año en el que se jubiló y pasó a ocupar su cargo el también condenado D. Gonzalo.

Según los hechos probados, el Sr. Eladio ideó, al menos desde finales de 2007, una serie de mecanismos para aparentar una relación comercial, en realidad inexistente, que permitiera a Pescanova seguir obteniendo financiación bancaria y, de este modo, simular una situación financiera positiva también frente a terceros. Para ello, se sirvió de los servicios de los departamentos de administración y financiero y del departamento de auditoría interna. Asimismo, tenía a su favor la falta de reservas por parte del auditor externo al que sometía la verificación de sus estados contables. Sobre esto último, cabe señalar que, tanto Pescanova como otras de las sociedades del Grupo, eran auditadas por la sociedad BDO desde 2002, siendo su auditor principal responsable D. Gumersindo, también condenado. En concreto, la actividad de auditoría de BDO se hacía, además de para la matriz, para las siguientes sociedades del Grupo: Pescafina S.A.; Frinova S.A.; Bajamar Séptima S.A.; Frigodis S.A.; Insiuña S.L.; Pescafresca S.A.U; Pescanova Alimentación S.A.; Frivipesca Chapela S.A.; Harinas y Sémolas del Noroeste S.A.; Pescafina Bacalao S.A.; Ultracongelado Antártida S.A. y Fricatamar S.L.U.

Veamos muy brevemente cuál fue el contexto que aprovecharon los acusados para cometer los delitos. Durante los primeros años del s. XXI, Pescanova llevó a cabo grandes inversiones, especialmente en acuicultura que, según los datos de contabilidad de la matriz entre 2007 y 2013, ascendieron a 833.832.000 euros. Si bien inicialmente estas inversiones se financiaban mediante capital y créditos del Grupo, posteriormente se tuvo que recurrir a la financiación externa. Esto supuso que se incrementaran los préstamos con entidades financieras. Estas, como consecuencia de la crisis financiera que empezó a aparecer en el año 2008, sustituyeron los instrumentos de financiación a largo plazo por métodos de financiación circulante a corto plazo y a un coste muy elevado. Ante esta situación y con el objeto de poder seguir contando con financiación bancaria, el presidente ejecutivo de Pescanova, el Sr. Eladio, contando con la colaboración activa de otros cargos responsables de la sociedad e incluso, según la sentencia de la AN, del auditor externo, recurrió a una serie de prácticas irregulares de financiación bancaria que, a su vez, requerían la modificación de la contabilidad de la sociedad. Estas prácticas contables irregulares se

[2] Sobre distintos aspectos del caso Enron, vid. p.ej., HOSSEINI/ MAHESH, «The lesson from Enron case - Moral and managerial responsibilities», *International Journal of Current Research,* (8), 2016, pp. 37451 ss.

concretaron, entre otras, en créditos documentarios entre la matriz y sus filiales sobre la base de operaciones comerciales inexistentes; en el recurso a sociedades instrumentales para simular operaciones comerciales entre sí, con Pescanova o con Pescafina; en la utilización de los datos de antiguos clientes o de terceros no clientes como soportes de operaciones comerciales inexistentes para, de este modo, conseguir financiación bancaria; en realizar operaciones de neteo, esto es, en llevar a cabo operaciones de compensación de activos con pasivos y de deudas con créditos; y en la eliminación de importantes deudas de las filiales extranjeras que desaparecerían del perímetro de consolidación.[3] Según los hechos probados de la sentencia, y según la información que se transmitió en abril de 2013 a la CNMV una vez se detectaron y salieron a la luz los graves problemas de tesorería, la deuda del grupo consolidado era de 3.235.000.000 euros, la neta era de 3.056.000.000 euros y la deuda bancaria ascendía a 2.632.000.000 euros.

A través de estas operaciones, la Dirección de Pescanova conseguía ocultar sus deudas tanto frente a los organismos reguladores como frente a los inversores externos y, de este modo, continuar la actividad empresarial. En concreto, la estrategia que se siguió para el desarrollo de todas esas prácticas contables irregulares pasó por tres fases.[4] A saber: Una *primera fase* en la que, primero, el Sr. Florián, junto con la colaboración de sus contactos, diseñó las formas ilegales de financiación y, segundo, con la ayuda del Sr. Juan Pablo, crearon una serie de operaciones comerciales de compraventa ficticias. Las actuaciones de esta primera fase, sirvieron a la AN para la condena por un delito de falsedad documental en documento mercantil cometido por particulares (art. 392 en relación con el art. 390 CP); una *segunda fase* en la que, tras organizar internamente qué sociedades del Grupo vendían y cuáles compraban, se inició la financiación bancaria a través de pólizas de descuento bancario (*factoring*). Con ello, se cometió un delito de estafa, engañando a los bancos que intervenían en esas líneas de *factoring*; Y, por último, una *tercera fase* en la que, por un lado, se alteraron las cuentas anuales y otros documentos de Pescanova de manera que se transmitía a terceros la imagen de una empresa con beneficios y con poca deuda financiera y, por otro lado, con esta buena imagen financiera se intentaban captar inversores importantes. De hecho, conforme a lo declarado por los inversores más importantes que acudieron al plenario, uno de los elementos decisivos para invertir en Pescanova fue que, además de los buenos resultados publicados, la sociedad estaba auditada por BDO, considerada como la quinta auditora en el *ranking* mundial. Según la AN, las actuaciones llevadas a cabo en esta tercera fase dieron lugar a la comisión, en concurso medial, de un delito societario del art. 290 CP y un delito de falseamiento de la información económica y financiera del art. 282 bis CP.

2. Aproximación a las funciones de auditoría de Pescanova

Las funciones de auditoría en Pescanova, sociedad cotizada —y, por tanto, también sujeta a la actividad inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV)—, se estructuraban a través de la intervención de distintos órganos y profesionales internos y externos a la empresa. Así, por un lado, Pescanova contaba con un Comité de Auditoría y con un departamento de Auditoría interna y, por otro lado, tenía contratados los servicios de auditoría externa a BDO.

[3] Estas sociedades eran EFRIPEL, AMERICAN SHIPPING, ANTARTIC SEA FISHERIES, MEDOSAN y PORVENIR.

[4] Vid. SAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, de 6 de octubre de 2020, FD 4º.

En primer lugar, por lo que respecta a la auditoría interna —definida por el *Global Institute of Internal Auditors* como una actividad independiente y objetiva de aseguramiento y consulta, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de una organización[5]—, esta estaba a cargo del acusado y condenado Sr. Gaspar. Este fue el jefe de auditoría interna de Pescanova desde el año 1985, siendo además el director de relaciones con los inversores y el responsable de los estados financieros consolidados del Grupo Pescanova. Centrándonos en su actividad de supervisión respecto de la información financiera de la sociedad, el Sr. Gaspar fue la persona que firmó, en representación de Pescanova, las cartas de encargo de los años 2009, 2010, 2011 y 2012 con la sociedad de auditoría externa que tenían contratada. Asimismo, según los hechos probados de la sentencia de la AN, el Sr. Gaspar, en aras de ocultar la deuda financiera, participó en las operaciones de financiación de la matriz interviniendo en la gestión de las pólizas de descuento bancario (líneas de *factoring*) y en la ocultación de sociedades fuera del perímetro de consolidación. Auditoría interna de Pescanova dependía funcionalmente de uno de los órganos societarios de Pescanova, esto es, del Comité de Auditoría. Entre las funciones de este Comité estaba la de supervisar los servicios de Auditoría interna y de comprobar la adecuación e integridad del proceso de información financiera y de los sistemas de control interno de la sociedad. Esto hacía que tuviera que revisar y dar su conformidad respecto de las cuentas anuales antes de que fueran formuladas formalmente por el Consejo de Administración de Pescanova. Asimismo, y en relación con la actividad de los auditores externos, también debía discutir con ellos las debilidades significativas del sistema de control interno que, en su caso, se hubiesen detectado.[6] En esta medida, si bien los servicios de Auditoría interna dependían funcionalmente

[5] Vid. https://auditoresinternos.es/nosotros/la-profesi%C3%B3n (última visita el 31/12/2020). Como señala NIETO MARTÍN, «El cumplimiento normativo», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 46, la auditoría interna se ha convertido en un instrumento de gobierno corporativo imprescindible.

[6] Conforme el art. 529.4 quaterdecies de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, las funciones de la Comisión de Auditoría son: a) Informar a la junta general de accionistas sobre las cuestiones que se planteen en relación con aquellas materias que sean competencia de la comisión; b) Supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, incluidos los fiscales, así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría; c) Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva; d) Elevar al consejo de administración las propuestas de selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor externo, así como las condiciones de su contratación y recabar regularmente de él información sobre el plan de auditoría y su ejecución, además de preservar su independencia en el ejercicio de sus funciones; e) Establecer las oportunas relaciones con el auditor externo para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan poner en riesgo su independencia, para su examen por la comisión, y cualesquiera otras relacionadas con el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas, así como aquellas otras comunicaciones previstas en la legislación de auditoría de cuentas y en las normas de auditoría. En todo caso, deberán recibir anualmente de los auditores externos la declaración de su independencia en relación con la entidad o entidades vinculadas a esta directa o indirectamente, así como la información de los servicios adicionales de cualquier clase prestados y los correspondientes honorarios percibidos de estas entidades por el auditor externo o por las personas o entidades vinculados a este de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre auditoría de cuentas; f) Emitir anualmente, con carácter previo a la emisión del informe de auditoría de cuentas, un informe en el que se expresará una opinión sobre la independencia del auditor de cuentas. Este informe deberá contener, en todo caso, la valoración de la prestación de los servicios adicionales a que hace referencia la letra anterior, individualmente considerados y en su conjunto, distintos de la auditoría legal y en relación con el régimen de independencia o con la normativa reguladora de auditoría; g) Informar, con carácter previo, al consejo de administración sobre todas las materias previstas en la Ley, los estatutos sociales y en el reglamento del consejo y en particular, sobre: 1.º la información financiera que la sociedad deba hacer pública periódicamente; 2.º la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o

del Comité de Auditoría, no cabe afirmar lo mismo respecto del auditor externo o también denominado auditor de cuentas. Precisamente respecto de esto último, las funciones de auditoría externa estaban a cargo de la sociedad BDO Auditores S.L. desde el año 2002. En su nombre, como socio-auditor responsable en las relaciones con el Grupo Pescanova, actuaba el Sr. Gumersindo. Este fue el que, en nombre de BDO, firmó con el Sr. Gaspar las cartas de encargo de los ejercicios de 2009, 2010, 2011 y 2012 mencionadas anteriormente y en las que, entre otros aspectos, BDO Auditores se comprometía a auditar las sociedades y emitir informes con opinión técnica respecto de las cuentas anuales individuales y consolidadas, además de informar sobre las debilidades significativas que detectara del control interno. Asimismo, desde el año 2009, el Sr. Gumersindo estuvo en contacto con cada uno de los auditores de las sociedades del Grupo que también auditaba, con el Sr. Fulgencio, Jefe de administración de la matriz y con el Sr. Gonzalo que, en ese momento, era el Director financiero y Consejero de Pescafina, principal filial de Pescanova.

De conformidad con el relato de hechos probados, uno de los momentos más relevantes para el descubrimiento de la comisión de las prácticas irregulares anteriormente descritas, fue el día 26 de febrero de 2013. En esta fecha, el Comité de Auditoría de Pescanova mantuvo una reunión con los que la AN considera los máximos responsables de la elaboración de las cuentas anuales —esto es, el Sr. Fulgencio, el Sr. Gaspar y el Sr. Gumersindo—, que se iban a presentar al día siguiente al Consejo de Administración.[7] En esta reunión el Sr. Gaspar, pese a tener conocimiento de buena parte de las prácticas irregulares cometidas para conseguir financiación y ocultar la deuda, se limitó a presentar las cuentas anuales del ejercicio 2012 así como las notas a los balances y cuentas de resultados. Además, el auditor externo presentó al Comité de Auditoría un informe favorable, sin emitir ninguna salvedad, tanto respecto de las cuentas de Pescanova como del resto de sociedades del Grupo que auditaba.[8]

Así las cosas, según la sentencia de la AN, el Sr. Gumersindo infringió su deber de supervisión como auditor al omitir, ante los responsables de las cuentas anuales y ante el Comité de Auditoría, cualquier salvedad respecto de las cuentas anuales formuladas y la realidad de la situación financiera de la sociedad. Y ello, pese a que, según la AN, BDO Auditores tuvo información relevante respecto de las condiciones y sociedades que intervenían en los créditos documentarios solicitados por Pescanova en los ejercicios contables de 2010, 2011 y 2012. Es más, se declara probado que los informes de gestión intermedia trimestrales y las periódicas informaciones financieras semestrales que se venían emitiendo desde el año 2009 siempre

domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales; y 3.º las operaciones con partes vinculadas.

[7] A esta reunión asistió el Presidente del Comité de Auditoría y uno de sus vocales, el acusado y condenado Sr. Fabio, hijo de otro de los cofundadores de Pescanova S.A., accionista desde 1960 y miembro del Comité de Auditoría desde septiembre 2003 hasta septiembre de 2013. El Sr. Fidel, que actuaba en representación del tercer miembro del Comité -esto es, la sociedad ICS HOLDING LIMITED-, no asistió a esta reunión. Sobre los detalles de esta reunión, *vid*. FD 2º de la SAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, de 6 de octubre de 2020.

[8] En este sentido, en el informe que presentó el Sr. Gumersindo se señaló lo siguiente: 1º) Igual que lo indicado en los dos ejercicios anteriores, que el perímetro de consolidación del Grupo no había cambiado; 2º) Que la deuda financiera del Grupo contenía las estipulaciones financieras, comentario que no se ajustaba a la realidad; 3º) Que a fecha de 31 de diciembre de 2012, siendo una afirmación inexacta, ni Pescanova ni ninguna de sus filiales había incumplido sus obligaciones financieras; 4º) Que no conocía contingencias significativas que pudieran afectar al patrimonio o resultados del Grupo; 5º) Respecto del control interno, también indicó la existencia de mejoras en el sistema de información financiera, así como la estandarización de procedimientos de control interno (*vid.* FD 2º).

habían sido informes favorables. Asimismo, también se entiende que, pese a la actividad de revisión que debía realizar respecto de las sociedades instrumentales, BDO tampoco advirtió ninguna irregularidad. En relación con los contratos de *factoring* con las distintas entidades bancarias, señala la AN que la auditora externa no solamente obvió recoger en su Memorándum la obligación principal de Pescanova —esto es, responder de la existencia, legitimidad y validez de los créditos que se cedían al factor, de tal forma que si los créditos no existían y el factor había abonado los importes, se podían anular los contratos de cesión y exigir de Pescanova la devolución del dinero anticipado por el factor—, sino que tampoco se cercioró de que su auditada cumpliera con esa obligación esencial derivada de la cesión de créditos.[9] En base a ello, la Audiencia atribuye responsabilidad penal tanto al Sr. Gumersindo como a BDO, como persona jurídica. Veamos de qué forma se fundamentan estas responsabilidades.

Sintetizados los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento y concretando el contexto de relevancia de las funciones de auditoría, en lo que sigue se va a hacer referencia a, por un lado, los elementos que sirven de base para la atribución de responsabilidad penal del auditor externo por los delitos cometidos por sus clientes y, por otro lado, a las razones en la que la AN pudo haber fundamentado la atribución de responsabilidad penal a Pescanova y a BDO Auditores como personas jurídicas.

3. Sobre la responsabilidad penal del auditor: a propósito del delito de falseamiento de cuentas anuales u otros documentos (art. 290 CP)

La auditoría externa o auditoría de cuentas se ha convertido en una actividad de enorme trascendencia en el tráfico económico-jurídico. Ello se explica, en parte, por el principio de publicidad y máxima transparencia de la información económico-contable de la empresa. De hecho, la Ley de Auditoría de cuentas —ya en su versión original (Ley 19/1988, de 12 de julio)— señalaba en su Preámbulo que esta exigencia de dotar de la máxima transparencia a la información económico-contable "*ha determinado que existan a lo largo del tiempo diversas técnicas de revisión mediante las que se puede obtener una opinión cualificada sobre el grado de fidelidad con que la documentación económico-contable representa la situación económica, patrimonial y financiera de la empresa*". Así pues, la auditoría de cuentas se ocupa principalmente de revisar la documentación económico-contable de una empresa en aras de verificar, a través del denominado informe de auditoría, la correspondencia entre esa información y la realidad contable de la empresa en cuestión.

La trascendencia de la auditoría de cuentas no solamente se ha manifestado *ad intra* de la empresa auditada, sino que su interés se plantea también *ad extra*. Como se señala en el Preámbulo de la nueva Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, "*la actividad de la auditoría de cuentas se caracteriza por la relevancia pública que desempeña al prestar un servicio a la entidad revisada y afectar e interesar no sólo a ésta, sino también a los terceros que mantengan o puedan mantener relaciones con la misma, habida cuenta de que todos ellos, entidad auditada y terceros, pueden conocer la calidad de la información económica financiera auditada sobre la cual versa la opinión de auditoría emitida*". Atendiendo a la trascendencia externa de las auditorías de

[9] En esta medida, atendiendo a la prueba practicada, la AN concluye que "existió una dejación absoluta del deber de control de BDO acerca de comprobar la realidad del sustrato de las operaciones de factoring", *vid*. FD 3º, SAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, de 6 de octubre de 2020.

cuentas cabe señalar, por un lado, la relevancia que puede tener para los potenciales socios de negocio de la empresa auditada, incluyendo a los inversores, de contar con la realización de auditorías periódicas e independientes. De hecho, también desde el punto de vista del *compliance* preventivo, estas auditorías se suelen tener en cuenta como uno de los medios de prevención de riesgos penales de incumplimiento.[10] Por otro lado, la relevancia *ad extra* de las auditorías también se plantea desde la perspectiva pública. Y es que, en tanto el sometimiento a una auditoría de cuentas puede ser obligatorio para determinadas empresas,[11] incluso se apunta hacia la participación del auditor de cuentas en funciones públicas de interés general.[12]

La AN dedica el Fundamento de Derecho decimosegundo de su sentencia a la fundamentación de la aplicación en forma continuada del delito societario de falseamiento de documentos relativos a la situación jurídica o económica de la sociedad (art. 290 CP)[13] cometido, al menos, en los ejercicios 2009, 2010, 2011 y, en grado de tentativa, en el 2012 —en tanto las cuentas no se llegaron a aprobar por el Consejo de Administración—.[14] Conforme al art. 290 CP, este delito societario castiga a "*los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero*". De conformidad con esta regulación, se entiende que esta clase de delito societario es un delito especial, en tanto se limita el círculo de posibles autores. En este sentido, además de otros aspectos relevantes de este tipo penal, la AN se refiere, de una forma una tanto confusa, a la condición de administrador de derecho y de hecho.[15] Sin distinguir claramente entre las dos clases de administrador, entiende que tal requisito de autoría del delito

[10] Así, por ejemplo, la ISO 37001:2016 sobre Sistemas de gestión antisoborno, entre los controles financieros a los efectos de prevenir comportamientos de soborno, se refiere a la realización de auditorías financieras periódicas e independientes. Es más, también recomienda cambiar, de forma regular, la persona o la organización que lleva a cabo la auditoría.

[11] Así, según la Disposición adicional primera de la Ley de Auditoría (en la versión vigente en el momento de los hechos objeto de enjuiciamiento, la auditoría de cuentas es obligatoria en las siguientes empresas o entidades: "a) Que coticen sus títulos en cualquiera de las Bolsas Oficiales de Comercio; b) Que emitan obligaciones en oferta pública; c) Que se dediquen de forma habitual a la intermediación financiera, incluyendo aquellas sociedades que ejercen como comisionistas sin tomar posiciones y a los Agentes de Cambio y Bolsa, aunque actúen como personas individuales y, en todo caso, las empresas o entidades financieras que deban estar inscritas en los correspondientes Registros del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España; d) Que tengan por objeto social cualquier actividad sujeta a la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan; e) Que reciban subvenciones, ayudas o realicen obras, prestaciones, servicios o suministren bienes al Estado y demás Organismos Públicos dentro de los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por Real Decreto.

[12] En este sentido, Bajo Fernández/Díaz-Maroto y Villarejo, «La responsabilidad penal de los auditores», *Partida Doble,* (2), 1990, p. 32.

[13] Sobre las particularidades de los delitos societarios en la regulación penal española, Pastor Muñoz, «Los delitos societarios», en Silva Sánchez (dir.)/Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 353 ss., y, en concreto, respecto del delito del art. 290 CP, pp. 371-378.

[14] La responsabilidad en grado de tentativa, la impone la AN al Sr. Paz-Andrade, en tanto miembro del Comité de Auditoría, y respecto de las cuentas anuales del año 2012 que no llegaron a formularse por parte del Consejo de Administración.

[15] Y es que, en esta sentencia, la Audiencia Nacional, a los efectos de definir al administrador de hecho se refiere, por un lado, al art. 263.3 LSC y, de este modo, a un concepto más estricto y, por otro lado, cita jurisprudencia del Tribunal Supremo que, más bien, se vincula con un concepto más amplio de administrador de hecho, *vid*. FD 12º.

del art. 290 CP no solo puede "concurrir en quien materialmente ha llevado a cabo la falsedad en cuestión", sino también en quien "ha desempeñado o ejercido una situación de liderazgo efectivo" en la entidad y se ha "encargado de adoptar las decisiones al respecto". Por tanto, y especialmente respecto del concepto de administrador de hecho, parece que la AN se estaría aproximando a un concepto amplio, entendiendo que lo definitorio es ostentar el dominio o capacidad decisoria desde un punto de vista material. A partir de aquí, la Audiencia señala que los intervinientes en este delito fueron personas que ocupaban cargos ejecutivos en la empresa y que, de una forma u otra, intervenían en la elaboración de las cuentas falseadas. Ahora bien, aun teniendo en cuenta esa argumentación enfocada hacia un concepto material de administrador, la sentencia solamente condena como autores a los que reunían la condición de administradores de derecho —a saber, el Sr. Eladio (habiendo reconocido en el plenario que la decisión última de llevar a cabo estas formas irregulares de financiación fue suya) y el Sr. Fabio, ambos miembros del Consejo de Administración de la matriz—. En esta medida, y pese a que ocupaban cargos ejecutivos relevantes respecto a la toma de decisiones en materia de gestión administrativa y financiera, el resto de sujetos intervinientes —como el Sr. Florián, el Sr. Fulgencio, o el auditor interno, Sr. Gaspar— fueron condenados como cooperadores necesarios.[16] Parece, pues, que la AN maneja un concepto estricto de administrador de hecho, vinculado con el concepto mercantil.[17] Asimismo, entre los condenados como cooperadores necesarios, la AN incluyó al Sr. Gumersindo, el auditor externo.

En concreto, conforme a la argumentación de la AN, el comportamiento infractor del auditor externo se deduce de las siguientes actuaciones: en el informe anual de auditoría, no efectuó ninguna salvedad a las cuentas anuales de los ejercicios fiscales de 2009, 2010, ni de 2011; emitió su parecer favorable en todos los informes de gestión intermedia trimestrales y en las periódicas informaciones financieras semestrales desde el 2009; dio el visto bueno a las cuentas elaboradas en el año 2012; avaló documentalmente los datos para las ampliaciones de capital de 2009 y 2012; no advirtió acerca de la falta de coherencia entre las cifras de las cuentas anuales y los créditos documentarios; no puso objeción a la forma de reducir el pasivo a través del neteo —con lo que infringía claramente una norma esencial en la contabilidad— y, de este modo, contribuyó a que la contabilidad no reflejara la imagen fiel de la compañía; y, conociendo las operaciones con las sociedades instrumentales, no realizó una revisión especial, algo que parecería apropiado atendiendo a lo que indicaría el escepticismo profesional que le vinculaba como auditor. Es más, en contra de lo alegado por la defensa, la Audiencia entiende que el auditor tuvo a su disposición desde el año 2009, entre otra información financiera relevante para el desempeño de su función como profesional, toda la documentación de la sociedad, los datos contables, los contratos de *factoring*, los contratos con las sociedades instrumentales, las cifras de las pólizas de descuento anuales. En esta medida, la Audiencia concluyó que la ausencia de control que llevó a cabo el auditor externo no respondió a una mera discrepancia contable en cuanto a la interpretación de

[16] Ahora bien, la propia Audiencia Nacional reconoce que estos colaboradores tenían, en su ámbito de competencia, capacidades decisorias directamente vinculadas con las actuaciones que sirvieron al falseamiento de las cuentas. Así, por ejemplo, del Sr. Gaspar señala que fue él quien dio las órdenes para que se neteara y ocultara la deuda, *vid*. FD 12º.

[17] Sobre el concepto estricto y el concepto amplio de administrador de hecho, ROBLES PLANAS, «Imputación del delito a personas físicas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, 2020, pp. 155-156. Este autor señala que, desde perspectivas materiales, el concepto más adecuado es el de administrador de hecho en un sentido amplio, esto es, "quien de facto asume la gestión de la empresa tomando las decisiones esenciales o influyendo en ellas de manera determinante", p. 155.

las normas de contabilidad, siéndole exigible que obtuviera "una seguridad razonable" de que las cuentas anuales estaban libres de errores o de irregularidades significativas (FD 12º).[18]

El delito societario del art. 290 CP es una modalidad típica de la que conocemos como criminalidad en la empresa, en tanto se dirige contra los intereses de la propia empresa y de sus socios. En esta medida, la actuación infractora del auditor de cuentas se plantea como un comportamiento lesivo de estos intereses internos y que, atendiendo a sus funciones, tiene que vincularse con la responsabilidad previamente asumida a través del contrato de auditoría. A saber: requerir cuanta información se precise y emitir un informe de auditoría en el que, entre otros aspectos, se incorpore una opinión técnica de un experto. En lo que respecta al caso Pescanova, excepto alguna información a la que no tuvo acceso el auditor, la relevancia penal de su comportamiento se plantea respecto a la emisión de informes en los que, pese a contar con la información relevante que le hubiese permitido señalar alguna salvedad, no advirtió irregularidades significativas respecto a las prácticas contables que se estaban desarrollando. En esta medida, esta carencia informativa también colaboró a que el resto de intervinientes pudieran superar el filtro de supervisión del Comité de Auditoría de la sociedad y, posteriormente, que el Consejo de Administración, confiando en esa información verificada también por un tercero independiente, aprobase las cuentas anuales de la sociedad en los distintos ejercicios objeto de enjuiciamiento. Desde esta perspectiva, y entendiendo que la auditoría de cuentas era obligatoria para Pescanova, en tanto empresa cotizada, se podría entender que el comportamiento infractor del auditor externo era merecedor de la consideración de cooperación necesaria.

La AN se refiere, de forma general, a los criterios que suelen utilizarse por la doctrina y por la jurisprudencia a los efectos de la distinción entre la figura de la cooperación necesaria y la coautoría, por un lado, y de la cooperación necesaria y la complicidad, por otro. Respecto de la primera distinción, citando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la AN señala que "*será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio en la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría*".[19] En segundo lugar, la cooperación necesaria existiría "*cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito, retirando su concurso (teoría del dominio del hecho)*".[20] Por último, la complicidad se refiere a los supuestos de "*participación accidental no condicionante y de carácter secundario*".[21] A partir de aquí, la Audiencia Nacional, sin indicar claramente en qué categoría de intervención delictiva se ubicaría la aportación del auditor externo, simplemente se refiere a que el presidente ejecutivo de Pescanova, fue el que ideó el plan y que "*contó con la colaboración indispensable de los responsables de los departamentos financiero y de administración y de la lealtad de otras personas de su staff. Todos ellos eran conscientes de que la colaboración que prestaban desde su puesto de trabajo era no sólo determinante de la finalidad de continuar la actividad de la Sociedad*

[18] Ahora bien, según CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de los auditores de cuentas y asesores fiscales,* Bosch, Barcelona, 2003, p. 137, al auditor de cuentas no le corresponde dar fe de la exactitud o veracidad de las cuentas anuales de la empresa auditada, sino que emite una mera opinión técnica.

[19] SAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, de 6 de octubre de 2020, FD 12º.

[20] SAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, de 6 de octubre de 2020, FD 12º.

[21] SAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, de 6 de octubre de 2020, FD 12º.

en su conjunto, sino también que esa concreta actividad no era más que una pieza del doloso plan necesario para sortear las dificultades de la financiación bancaria y obtener la tesorería necesaria para salir adelante".[22] Es más, con base en esta fundamentación, no solamente es que no se pueda incluir al auditor externo entre los sujetos colaboradores a los que se refiere la AN —pues el auditor externo ni era el responsable del departamento financiero, ni del de administración, ni tampoco era una de las personas del *staff* de Pescanova—, sino que tampoco se sustenta claramente por qué esos colaboradores internos son considerados cooperadores necesarios y no coautores. Lo único que se señala en este último sentido es que la propia naturaleza del delito societario objeto de imputación impide que todos los intervinientes sean considerados autores en sentido estricto, en tanto más allá de los Sres. Eladio y Fabio, el resto no reúnen la condición ni de administrador de derecho ni de hecho de la sociedad.

Si bien los colaboradores internos participaron en el conjunto de prácticas irregulares para la ocultación de la deuda de Pescanova —en tanto eran sujetos que intervenían ejecutivamente en la elaboración de la información financiera de la sociedad—, la intervención del auditor externo se vincularía con la infracción de sus deberes de supervisión respecto de la verificación de las cuentas anuales, función que se debía plasmar en los informes de auditoría correspondientes. En otras palabras, su actividad de supervisión se materializa a través de los informes en los que emite una opinión técnica respecto de las cuentas anuales y otra información financiera. Y es que, como se establece en la Ley de Auditoría, la auditoría de cuentas consiste en "*verificar dichas cuentas a efectos de dictaminar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada*" (art. 4.1 Ley 22/2015). En esta medida, el auditor de cuentas no interviene en la elaboración de las cuentas anuales, sino que las verifica a través de los denominados informes de auditoría (*vid*. art. 5 Ley 22/2015). Entre otros elementos, el informe de auditoría debe contener una opinión técnica sobre si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio de la situación financiera y de los resultados de la empresa auditada (*vid*. art. 5.1 e) Ley 22/2015). Asimismo, el art. 72 a) de la Ley de Auditoría, considera como infracción muy grave la "*emisión de informes de auditoría de cuentas cuya opinión no fuese acorde con las pruebas obtenidas por el auditor en su trabajo, siempre que hubiese mediado dolo o negligencia especialmente grave e inexcusable*".

La cuestión es, pues, si la desviación del estándar normativo de actuación del auditor externo puede entenderse como una cooperación necesaria en la comisión del delito societario del art. 290 CP. En el caso que nos ocupa, además, parece ser que esta actuación infractora se realizó de forma consciente. Bien, a mi modo de ver, la actividad que tenía que desarrollar el auditor externo, bajo lo que podría clasificarse como el encargo de la ejecución de una función —no de una delegación de funciones en sentido estricto[23]— era una actividad de verificación complementaria de otras actividades de control interno pero, a su vez, de obligada realización para Pescanova. En esta medida, podría afirmarse que la auditoría externa de sus cuentas era una *condicio sine qua non* para la correcta gestión contable de la sociedad, en tanto esa información de la auditoría externa iba a ser incorporada en el ámbito de competencia de otros sujetos. En este sentido, podría sostenerse el título de cooperador necesario para el Sr. Gumersindo. Ahora bien, esta actividad de cooperación no puede entenderse en clave de omisión, sino que se trataría de una comisión activa. En efecto, la conducta que debe ser objeto de valoración es la emisión de

[22] SAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, de 6 de octubre de 2020, FD 12º.

[23] Sobre esta distinción me pronuncié hace unos años, cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 84-120.

los informes de auditoría (anuales o incluso trimestrales) defectuosos o falsos con los que culmina su actividad. Esto es, el auditor externo, a través de sus informes de auditoría favorables, sin indicar salvedad alguna, colaboró a que los miembros de Pescanova pudiesen falsear las cuentas anuales de la sociedad. Por tanto, la aportación a través de la que colaboró en la comisión del delito societario fue la emisión (comportamiento activo) de los distintos informes falsos de auditoría que, de forma contraria a la debida, no advertían respecto de aquellos datos cuyo conocimiento hubiese incidido en la decisión del Consejo de Administración y, en su caso, del Comité de Auditoría de Pescanova respecto de la aprobación de las cuentas anuales. En otras palabras, el auditor de cuentas cumplió con su función de información de manera incorrecta, pero realizó un comportamiento activo (emisión de informes) cuyo carácter infractor, eso sí, pudo tener su origen en diversas omisiones.

4. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: A propósito del delito de falsedad en la inversión de capital (art. 282 bis CP)

Con la LO 5/2010, de 22 de junio, se incorporó en el Código penal español el denominado delito de falseamiento de información económica y financiera o, también denominado, de falsedad en la inversión de capital. Así, el art. 282 bis CP castiga a los sujetos que "*como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio".* De nuevo, estamos ante un delito especial en el que se limita el círculo de posibles autores a aquellos que reúnan la condición de administradores de hecho o de derecho y en el que se castiga la conducta de falsear documentos referidos a la información económico-financiera y que han de ser objeto de difusión. Como se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina, parece que hubiese sido más lógico, teniendo en cuenta que ya existe el delito del art. 290 CP y que parece que este nuevo tipo penal pretende tutelar a los inversores, centrarse más bien en el castigo de la publicación de las informaciones falsas.[24] Sin perjuicio de que en este apartado se quiere incidir principalmente en cómo se fundamenta la responsabilidad penal de Pescanova y de BDO como personas jurídicas, conviene señalar muy brevemente algunas cuestiones relevantes respecto de la responsabilidad penal de las personas físicas condenadas por este delito.

Precisamente, la Audiencia Nacional dedica el Fundamento de Derecho decimotercero de la sentencia aquí comentada a la fundamentación de la responsabilidad penal de, por un lado, el presidente ejecutivo de Pescanova, el Sr. Eladio, como autor del art. 282 bis CP y, por otro lado, del auditor externo, el Sr. Gumersindo, como cooperador necesario. En concreto, la aplicación de este delito parte del hecho de que el presidente ejecutivo de Pescanova se responsabilizó de los documentos denominados "Nota sobre Acciones" y "Registro de Acciones" que figuraban en el folleto de emisión de acciones que se inscribieron en la CNMV tras aprobarse en el Consejo de Administración celebrado en julio de 2012. Además, esos documentos ofrecían como información financiera fundamental la contenida en las cuentas anuales (individuales y consolidadas) de los ejercicios de 2009, 2010 y 2011, constando también que las cuentas habían

[24] En este sentido, PUENTE ABA, «El artículo 282 bis del Código penal: las falsedades de la inversión en los mercados de valores», *RDPC,* (7), 2012, pp. 61-62.

sido auditadas externamente e informadas favorablemente. Es más, también figuraba que Pescanova había cumplido todos sus compromisos financieros sin riesgo alguno de vencimiento anticipado. Así pues, falseando esta información, Pescanova conseguía ocultar su situación de endeudamiento y, con ello, aparentar una buena imagen que le permitía captar inversores. En cuanto a la argumentación que sostiene respecto de los títulos de intervención de cada uno de estos sujetos, la AN no aporta nada nuevo respecto de lo señalado anteriormente en el FD 12º. De nuevo, estamos ante un delito que solamente pueden cometer aquellos que reúnan la condición de administrador de derecho o de hecho de la sociedad emisora de valores. Al parecer, esta condición no la reuniría el auditor externo. Ahora bien, a los efectos de sustentar la cooperación necesaria del Sr. Gumersindo en este delito, la AN entiende que "*no cabe duda de que toda la documentación publicada por la CNMV indicativa de la situación económica-financiera de Pescanova estaba avalada por quien se encontraba al frente de la auditoría externa*".[25] En este sentido, cabe poner de manifiesto que, según el entonces vigente art. 35 de la Ley de Mercado Valores —actual art. 118.1 del RDLeg 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores—, entre las obligaciones de información periódica de las entidades emisoras, como era el caso de Pescanova, estaba la de hacer público su informe financiero anual y el informe de auditoría de las cuentas anuales. Por tanto, uno de los documentos que pueden ser susceptibles del falseamiento objeto del art. 282 bis CP, es el informe de auditoría de cuentas. Sin embargo, el legislador penal, al restringir el ámbito de posibles autores de este delito a través de la condición de administrador, impide la consideración de los auditores de cuentas como posibles autores.[26] Otra cuestión es que, como sucede en este caso, se pueda sostener su responsabilidad por la vía de la cooperación delictiva. En este sentido, de nuevo, creo que el comportamiento del auditor externo se debe valorar desde la perspectiva de un comportamiento activo y no omisivo. Y es que, aunque estemos ante supuestos en los que se emite un documento sin hacer constar cierta información relevante, más que de una omisión se trataría de lo que se ha denominado como una "acción concluyente positiva", esto es, un supuesto de falsedad en el que el silencio respecto de determinados datos relevantes, junto con la expresión de otros, supone ofrecer una imagen falsa de la situación financiera de una compañía.[27]

Además de a estas personas físicas, y sin poner mucho ahínco en su fundamentación, la Audiencia extiende la responsabilidad penal por este delito —con base en el art. 31 bis CP y en tanto el art. 288 CP así lo prevé expresamente— también a las personas jurídicas en nombre de las que los sujetos activos actuaron, esto es, Pescanova S.A.[28] y BDO Auditores S.L. Es más, conforme a la AN, ambas personas jurídicas son condenadas como autoras. De entrada, hay dos aspectos que sorprenden. A saber: por un lado, parece que la resolución de la Audiencia se sustenta en el modelo de la transferencia o de la heterorregulación, pues solamente atendiendo a la actuación de las personas físicas que representaban la *brain area* de cada empresa, considera

[25] SAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, de 6 de octubre de 2020, FD 13º.

[26] Poniendo de manifiesto esta cuestión y considerando que hubiese sido preferible configurar este delito como un delito común, Puente Aba, *RDPC,* (7), 2012, p. 72. Ahora bien, esta autora señala que aun teniendo en cuenta la redacción actual del tipo del art. 282 bis CP, sería posible considerar, en determinadas ocasiones, al auditor de cuentas como administrador de hecho y, en esta medida, castigarlo como autor, cfr. pp. 72-73.

[27] Puente Aba, *RDPC,* (7), 2012, p. 65 y n. 31.

[28] Cabe señalar que la Audiencia Nacional también condena a Pescanova S.A. como "autora" de los delitos de estafa cometidos, con base en el art. 251 bis CP. Sin embargo, tampoco en este caso la Audiencia ofrece una fundamentación detallada para la atribución de esta responsabilidad.

extensible también la responsabilidad penal a cada persona jurídica en cuestión. Sin embargo, por otro lado, el pronunciamiento de la AN es que las personas jurídicas son autoras del delito, expresión que parece más próxima a la fundamentación de esa responsabilidad por la vía del modelo de la autorresponsabilidad.

Pese a la extensión de esta resolución, se echa en falta que, a propósito de un caso como este en el que los sujetos activos, de un modo u otro, se sirven de un entramado organizativo complejo para cometer diferentes delitos, se incida de forma más precisa en el fundamento de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas o, cuando menos, en la concurrencia de los denominados elementos de conexión del art. 31 bis CP. De hecho, de todas las sociedades acusadas, solamente cuatro de ellas resultan condenadas. Y, en lo que se refiere a las sociedades del Grupo Pescanova, se condena solamente a la sociedad matriz, no al resto de las sociedades filiales —y ello, pese a que los sujetos acusados ocupaban de forma simultánea diversos cargos en distintas de las sociedades del perímetro consolidado—.

Fijándonos ahora en la sociedad matriz, Pescanova S.A., y conforme a los hechos probados, se advierte claramente que existió una gestión empresarial orientada al incumplimiento. O, en otras palabras, una defectuosa organización por parte de miembros con poderes de decisión en la empresa. En efecto, los hechos delictivos, no solamente el que es objeto de interés en este apartado, se cometieron por parte de personas que ocupaban la dirección de la empresa, tanto la alta dirección como la dirección intermedia. En este sentido, la vía de atribución de responsabilidad penal a Pescanova a la que recurre la AN parece ser la primera vía del art. 31 bis CP. Esto es, se trata de la atribución de responsabilidad a la persona jurídica por "delitos cometidos por dirigentes", más que por la segunda vía de la infracción grave de los deberes de vigilancia frente a la actividad de subordinados. En lo que respecta al delito del art. 282 bis CP, la atribución de responsabilidad a Pescanova se relacionaría directamente con la actividad de uno de sus más altos directivos. A saber: el presidente ejecutivo de la compañía que, además, era miembro del órgano de administración. Así, en primer lugar, fue el Sr. Eladio, actuando como administrador de derecho de Pescanova, el que se ocupó de la negociación en los mercados de valores y el que, también en aquella condición, cometió la conducta falsaria en la búsqueda de inversores. En tanto esto permitió que Pescanova pudiera continuar realizando su actividad empresarial, podría afirmarse también la existencia de beneficio. Si bien la AN no desarrolla expresamente una argumentación al respecto, ni se pronuncia claramente en favor de un modelo determinado de atribución, parece ser que se alinea con el modelo de transferencia o vicarial. Y es que cabe intuir que, al tratarse de la comisión delictiva por parte de uno de los administradores que actúa en nombre o por cuenta de la empresa, la AN considera que este hecho no puede entenderse como ajeno a la persona jurídica, sino, más bien, como el "hecho paradigmáticamente más propio de la persona jurídica".[29]

También cabe señalar que, en el momento de la comisión delictiva, el órgano de administración de Pescanova no había adoptado un modelo de gestión de riesgos o *compliance program*. En esta medida, aunque se resuelve aplicando algunas de las atenuantes del art. 31 *quater* CP (*vid*. FD

[29] En este sentido, Dopico Gómez-Aller, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en De la Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 137. Manifestándose claramente en contra de este modelo, en tanto se trataría de un modelo de responsabilidad objetiva para los entes y los diferentes reproches que de ahí se derivan, Nieto Martín, en Nieto Martín (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 68 ss.

16º), la exención de la sociedad no resultaba planteable. Es más, aunque la vieja Pescanova hubiese tenido, antes de la comisión delictiva, un *compliance program*, las posibilidades de la exención de responsabilidad también hubiesen sido reducidas. Y es que, conforme a los hechos probados, se trata de hechos delictivos cometidos dolosamente por algunos de los máximos responsables de la organización. En esta medida, la exención hubiese requerido adoptar unos elevados estándares de control sobre los propios dirigentes[30] que, entre otros requisitos, requeriría la existencia de un órgano de vigilancia verdaderamente independiente del órgano de administración. Este aspecto, hoy por hoy, parece difícilmente asumible por lo menos en el marco de la regulación jurídica española.

Por último, cabe detenerse en el pronunciamiento sobre la responsabilidad penal de la sociedad auditora, esto es, la empresa BDO Auditores. Como se ha señalado anteriormente, en sus relaciones con Pescanova, el socio-auditor responsable era el Sr. Gumersindo. De este modo, este sujeto era quien se relacionaba con los representantes de Pescanova en nombre de BDO. Por tanto, la vía de atribución de responsabilidad penal a BDO como persona jurídica parece ser, de nuevo, la primera vía del art. 31 bis CP ("delitos de dirigentes"). Ahora bien, a diferencia del Sr. Eladio, la persona física que actuó en nombre de BDO no fue condenada como autor en sentido estricto, sino como partícipe (cooperador necesario). Pese a ello, la AN condenó a la sociedad BDO como autora del delito de falsedad en la inversión de capital. Con ello, se plantean varios interrogantes relevantes que aquí solamente se pueden apuntar. El primero de ellos es el de si, sobre la base del modelo de transferencia, tiene sentido no solamente afirmar la autoría de la persona jurídica, sino la autoría de la persona jurídica respecto de la actuación como partícipe de uno de sus miembros, aunque este actuase en su condición de socio-auditor responsable. Desde luego, desde los postulados de los "modelos vicariales puros", no parece lógico sostener que la persona jurídica a la que se le transfiere responsabilidad por el injusto cometido por la persona física sea la autora de aquel delito.[31] Y es que, conforme a estos modelos, la responsabilidad de la persona jurídica no se vincula con la infracción de un deber propio. De lo que se trata es, más bien, de que por las conductas cometidas por parte ciertas personas físicas que forman parte de la organización empresarial se haga responder por transferencia a la persona jurídica.[32] En segundo interrogante es si, aun partiendo de la suposición de que la Audiencia Nacional se pueda estar refiriendo al concepto legal y amplio de autoría —incluyéndose, por tanto, la cooperación necesaria—, tiene sentido condenar a la persona jurídica como partícipe del partícipe. En relación con esta segunda cuestión, una parte de la doctrina se ha pronunciado en sentido negativo, considerando que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un carácter excepcional, siendo aplicable solamente para determinados delitos y solo respecto a la evitación

[30] Sobre ello, Dopico Gómez-Aller, en De la Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2018, p. 132. Este autor también utiliza la expresión de "un control cualificado" sobre los dirigentes de la empresa, cfr. p. 146.

[31] Recientemente, sobre los distintos modelos de atribución de responsabilidad penal, Cigüela Sola/Ortiz de Urbina Gimeno, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez (dir.)/Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, 2020, pp. 77-84.

[32] Mir Puig, «Las nuevas 'penas' para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad», en Mir Puig et al. (dirs.)/Hortal Ibarra/ Valiente Iváñez (coords.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, Edisofer, Madrid, 2014 p. 5. También en la literatura norteamericana, considerando esta clase de responsabilidad como una responsabilidad vicarial por la acción de sus agentes, Root, «The Compliance Process», *Ind. L.J.*, (94:1), 2019, p. 216.

de conductas de autoría.[33] A mi modo de ver, creo que hay que tener en cuenta que la responsabilidad de la persona jurídica se vincula con la existencia de un "estado defectuoso de cosas" o de un "estado peligroso de favorecimiento"[34] y no con la autoría o la participación por el delito cometido. Otra cuestión es que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica tenga que interpretarse en sentido restrictivo. Y, en este sentido, parece más razonable vincular los supuestos en los que existe un estado defectuoso de cosas con los casos de autoría que con los casos de participación, especialmente cuando se trata de casos en los que autores y partícipes forman parte de personas jurídicas distintas.

5. Reflexión final

Como se ha dicho al principio, la sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Pescanova evoca a la reflexión respecto de diferentes cuestiones jurídico-penales y procesales. Aquí solamente se ha intentado apuntar algunas ideas respecto de la dimensión penal que están adquiriendo las funciones de auditoría en las empresas, incluso las externas. Y es que, más allá de la relevancia penal que pueden adquirir las conductas infractoras de aquellos sujetos que se ocupan de lo que podría denominarse la *vigilancia intraempresarial* de la actividad empresarial, cada vez adquieren más relevancia las *funciones de control interempresariales*. La actividad de un auditor de cuentas se puede vincular con esta dimensión interempresarial del control. Si bien el auditor no interviene directamente en la actividad objeto de supervisión y verificación, su labor puede incidir en las decisiones que tomen los destinatarios de la auditoría. Esto es lo que sucedió, precisamente, en el caso Pescanova. En lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta resolución nos sirve no solamente para reflexionar respecto de lo que significa la responsabilidad penal de un ente, sino también de lo difícil que es negar esta clase de responsabilidad cuando los que deberían representar el máximo cumplimiento en la empresa —esto es, los directivos o asimilados— son los que deciden cometer delitos en su nombre o, cuando menos, intervenir en su comisión.

[33] En este sentido, esgrimiendo argumentos semánticos y sistemáticos para fundamentar su opinión, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?», *Almacén de Derecho*, 2019 (https://almacendederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion, última visita 3/01/2021).

[34] Así, SILVA SÁNCHEZ, «El debate sobre la prueba del modelo de compliance: Una breve contribución», *InDret,* (1), 2020, p. 5, considerando que este elemento del "estado de cosas peligroso de favorecimiento de delitos de los integrantes de la entidad es un elemento positivo supralegal fundamentador de la responsabilidad de la persona jurídica (que estructuralmente resulta próximo a la apreciación en ella de una participación objetiva)".

InDret
1.2021

La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre

Javier Cigüela Sola [*]
Universitat de Barcelona
jciguela@ub.edu

-

1. Un punto de partida deficitario: el silencio del legislador y la parquedad de la doctrina

Una década después del primer intento del legislador por establecer una forma de responsabilidad penal para las personas jurídicas (en adelante: *RPPJ*) –mediante la LO 5/2010, posteriormente modificada por la LO 1/2015–, lo cierto es que las cuestiones relativas tanto a su fundamento como a su alcance siguen abiertas. Los obstáculos para la correcta fundamentación y articulación de dicha responsabilidad no son pocos, y entre ellos destaca, en primer lugar, la propia dificultad conceptual para construir una verdadera responsabilidad penal de sujetos colectivos, lo que se observa con especial intensidad en lo que se refiere a cuáles de ellos deben considerarse imputables; tampoco ayuda, en segundo lugar, el hecho de que el legislador haya sido poco claro a la hora de ofrecer un sistema susceptible de interpretación y desarrollo coherentes. La Jurisprudencia del TS es, según se argumentará, esclava de ese doble problema.[35]

En lo relativo a la primera dificultad, lo cierto es que el propio objeto a regular se muestra especialmente escurridizo cuando se observa desde las categorías del Derecho penal de la culpabilidad: a nadie se le escapa ya que buena parte de los conceptos fundamentales del Derecho penal sufren una enorme irritación, cuando no directamente un vaciamiento de contenido, cuando tratan de aplicarse a sujetos colectivos. Ello se observa claramente con el concepto de imputabilidad. Esta se ha asociado tradicionalmente a un conjunto de capacidades, volitivas y cognitivas, cuya traslación a las personas jurídicas vaciaría el concepto mismo de su contenido propio; como ampliamente se ha desarrollado en otro lugar, todo lo que puede funcionar como fundamento de una agencia moral y política en una persona jurídica –la capacidad de decisión

[*] El presente comentario ha sido realizado en el marco del proyecto titulado "Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres", RTI2018-097727-B-I00.

[35] Así parece declararlo, por ej., el propio Exmo. Presidente de la Sala de lo penal, Manuel Marchena, al hablar de la "nota de improvisación" que ha acompañado a la regulación legal, «Prólogo a la Primera Edición», en GÓMEZ-JARA, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas,* 2ª ed.*,* Aranzadi, Navarra, 2020, p. 15.

colectiva, la emergencia de dinámicas y estructuras grupales, la posibilidad de participar en lo público– constituye una *prestación* que la persona jurídica recibe de sus miembros interactuando organizadamente, pero no puede interpretarse, *stricto sensu*, como una elaboración autónoma y consciente de la persona jurídica misma.[36] Ello no ha obstado, sin embargo, para que la doctrina favorable a una *RPPJ* esboce un concepto de imputabilidad para organizaciones, donde aquellas capacidades volitivo-cognitivas son reconstruidas en términos de complejidad organizativa: la idea, asumida por el TS y por la Fiscalía en su conocida circular, sería que no todas las personas jurídicas son imputables, sino solo aquellas que manifiesten un cierto grado de complejidad interna. La piedra de toque del planteamiento, como se verá en seguida, no es solo si la mayor o menor complejidad constituye una medida idónea para establecer algo así como una imputabilidad colectiva, sino también la enorme dificultad para traducirla en algo operable por parte de los agentes jurídicos.

A las dificultades en el plano teórico se le suma que el legislador no ha distinguido entre personas jurídicas imputables e inimputables, lo que conduce irremediablemente a preguntarse si el desarrollo de un concepto de inimputabilidad basado en la complejidad organizativa es compatible con el texto literal del art. 31 bis CP; dicho de otro modo, si lo que se está haciendo es legítima interpretación conforme a principios del texto legal, o, por el contrario, una interpretación que en la práctica estaría modificando ilegítimamente el círculo de responsables penales dibujado por el legislador.[37] Es más, no solo ocurre que en dicho artículo se afirma la *RPPJ* sin hacer ulteriores distinciones por el grado de complejidad, sino que el propio articulado deja claro que las personas jurídicas de pequeñas dimensiones son penalmente imputables, cuando especifica, en el 31 bis.3 CP, que estas podrán, a efectos del *compliance* exigible para la exención de responsabilidad, atribuir las funciones de supervisión al órgano de administración; como también, por último, que las personas jurídicas que quedan excluidas de la responsabilidad del 31 bis CP y desplazadas por tanto a las medidas del 129 CP no lo estarían por una supuesta falta de complejidad interna, sino por un dato puramente formal, a saber, la ausencia de una personalidad jurídica.[38] El desarrollo jurisprudencial que en seguida se analizará se mueve, por tanto, no solo en un terreno espinoso en el plano teórico-conceptual, sino también sobre una legislación que no pone fácil la tarea de desarrollar una auténtica teoría de la imputabilidad de las personas jurídicas, mucho menos una del tipo pretendido por la sentencia aquí analizada. Entremos, entonces, al detalle.

2. Los hechos que dan lugar a la STS 2330/2020

Lo cierto es que los hechos que dan origen a la STS 2330/2020 que nos ocupa no son especialmente complejos: se trata de una condena por un delito de estafa, en el que el autor utilizó dos empresas para realizar un contrato de *leasing* sobre una maquinaria industrial, sin

[36] CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 277 ss.

[37] Así lo expresa VELASCO, *10 años de responsabilidad penal de la persona jurídica (análisis de su jurisprudencia)*, Aranzadi, Navarra, 2020, p. 24, considerando "artificial" el debate sobre si actualmente existen personas jurídicas inimputables, dada la claridad con la que el legislador incluye incluso hasta las personas jurídicas instrumentales.

[38] FEIJOO SÁNCHEZ, «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en BAJO FERNÁNDEZ et al., (coords.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas [Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal],* 2ª ed., Civitas, Madrid, 2016, Cap. II., II.1.; muy crítico, GÓMEZ-JARA, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., 2020, p. 88.

intención alguna de cumplirlo sino de vender dicha maquinaria a un tercero y obtener así un beneficio económico. Según la Sentencia de instancia recurrida, ambas empresas, controladas en la sombra por el propio acusado, habían sido utilizadas instrumentalmente para cometer el delito, permitiendo al acusado aparentar solvencia y formalizar las operaciones fraudulentas, razón por la cual, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 31 bis CP, se las consideró penalmente responsables junto con el autor individual, condenándolas a una pena de multa.

Las representaciones procesales de ambas sociedades recurrieron, entre otras cosas, por una supuesta infracción de ley del art. 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que el tribunal de instancia no había aplicado correctamente el art. 31 bis CP, atendiendo a la jurisprudencia que el TS viene proporcionando al respecto, y más concretamente a lo que este ha dispuesto sobre la inimputabilidad de las empresas pantalla o meramente instrumentales. El TS estimó el recurso, argumentando básicamente que las empresas acusadas carecen de sustrato real de actividad, y que, como la propia Sentencia de instancia reconoce, "fueron creadas o adquiridas para el buen éxito del plan criminal urdido, utilizadas como instrumentos del delito y en aras a dificultar la investigación de la actividad criminal" (p. 13). Como sociedades pantalla, concluye la STS 2330/2020, las empresas recurrentes no manifiestan el mínimo de complejidad organizativa necesario para ser consideradas imputables según la doctrina emanada principalmente de la STS 154/2016, razón por la cual el tribunal falla la absolución de las sociedades, restringiendo la consecuencia a una responsabilidad civil subsidiaria. Como se desarrollará a continuación, el tribunal consolida una doctrina de la imputabilidad de las personas jurídicas que identifica su capacidad para ser sujetos del Derecho penal no en atributos formales (la personalidad jurídica) sino en su substrato material, concretamente en su exhibición de la suficiente complejidad organizativa como para ser acreedoras de un reproche penal.

3. La doctrina general de la *RPPJ*: problemas para una interpretación coherente de la legislación

La doctrina de la imputabilidad de las personas jurídicas esbozada por la STS 2330/2020 debe comprenderse a la luz del fundamento y modelo de responsabilidad que en su caso se imputa. Pues bien, aquí nos encontramos ya una dificultad. En primer lugar, el legislador no ha dejado claro qué sistema de responsabilidad es el que rige para las personas jurídicas, admitiendo en realidad una especie de sistema mixto o híbrido en el que, por un lado, resulta claro que lo que se imputa a la persona jurídica son delitos cometidos por sus directivos y empleados –elemento de "hetero-responsabilidad"–, mientras que, por otro, a la persona jurídica se le eximiría de responsabilidad en tanto haya implementado un adecuado sistema de cumplimiento –elemento de "auto-responsabilidad"–; la mayoría de la doctrina así lo entiende, y quienes ven en la regulación una auténtica culpabilidad por organización están observándola desde su propio lecho de procusto.[39]

También la jurisprudencia se ha mostrado algo titubeante en sus resoluciones: si bien en la primera y más citada jurisprudencia –la STS de 16 de Marzo de 2016– se declara que la *RPPJ* obedece al principio de autorresponsabilidad,[40] lo cierto es que la jurisprudencia posterior no

[39] Por todos: GÓMEZ MARTÍN, «Penas para personas jurídicas ¿ovejas con piel de lobo?», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 26 ss.

[40] A pesar de declarar tal extremo, con la noble intención de hacer compatible la regulación con los principios fundamentales del Derecho penal, lo cierto es que la jurisprudencia del TS no argumenta en qué

solo ha afirmado expresamente su carácter vicarial –lo que más tarde ha tenido que modificar mediante autos–[41] sino que también ha afirmado la inexistencia en el Código penal de algo parecido a un "delito propio" de la persona jurídica.[42] La discusión acerca del modelo de responsabilidad corre paralela a otra importante cuestión, en este caso la del papel que la cultura corporativa debe jugar en la imputación: si bien la primera jurisprudencia parecía reconocer la necesidad de demostrar no solo la inexistencia de un adecuado *compliance*, sino además la ausencia de una "cultura de respeto al derecho" en la propia corporación (STS 154/2016, de 29 de febrero), la jurisprudencia posterior ha tendido a restringir el núcleo de imputación corporativa a los defectos en el sistema de control, desapareciendo sin embargo la exigencia de elemento cultural alguno[43] –elemento que para muchos constituye nada menos que la culpabilidad de la persona jurídica–[44]. Estas fluctuaciones, miradas con cierta perplejidad por parte de la doctrina,[45] indican algo que ya se manifestó en el voto particular a la STS 154/2016,

sentido "los deberes de supervisión, vigilancia y control" a los que aluden como núcleo del injusto colectivo sean deberes propios de la empresa (configuradores de su "auto-responsabilidad") y no de sus directivos, cuando precisamente el art. 31 bis b) CP individualiza dichos deberes en estos últimos (la expresión "aquéllos" así lo indica). Ello sumado al problema filosófico-dogmático de fondo, relacionado con la imposibilidad de hablar de deberes propios, en el sentido fuerte que exige el Derecho penal, cuando se trata de un sujeto, el colectivo, que actúa a través de agentes individuales auto-responsables, vid. por todos: GRACIA MARTÍN, «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *RECPC,* (18-05), 2016; recientemente, SÁNCHEZ-OSTIZ, «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *LA LEY Compliance penal,* (3), 2020.

[41] "La responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la condena de una persona física, sin depender de su conducta. Lo que justifica que no siendo declarada probada la antijuricidad de la conducta de la persona física, la de la jurídica deba mantener la misma solución." (STS 3665/2018, de 25 de octubre, ponente Martínez Arrieta), lo que fue modificado por el Auto 12.174/2018, de 12.11.2018; muy similar a lo ocurrido ya antes con la STS 516/2016, de 13 de junio, modificada por el ATS, de 28.6.2016; también deja la cuestión abierta la STS 966/2016, ponente Manuel Marchena: "la opción por el modelo vicarial es tan legítima como cualquier otra, pero no autoriza a degradar a la condición de formalismos la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado".

[42] "La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión (…) Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica" (STS 123/2019, 8 de marzo de 2019, ponente Colmenero Menéndez De Luarca)

[43] Así por ej., STS 966/2016 y STS 221/2016, ponente en ambos casos Manuel Marchena. Sobre ello, ORTIZ DE URBINA, «Trayectoria y cultura corporativa en la exención por cumplimiento normativo: ¿hacia una teoría aretética de la responsabilidad penal de los entes colectivos?», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA, *Derecho penal y persona. LH a Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 867 ss.

[44] GÓMEZ-JARA, *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, Ara Editores, Lima, 2009; críticamente, sobre la imposibilidad de considerar la cultura corporativa como equivalente funcional de la culpabilidad, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en Derecho penal*, 2015, pp. 207 ss.

[45] AYALA GONZÁLEZ, «¡Houston, tenemos un problema! la indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley,* (9417), 2019; también críticamente en lo que se refiere a la sucesión de la responsabilidad, GOENA VIVES, «To be or not to be. Comentario al Auto

firmado por 7 magistrados (frente a los 8 que formaron mayoría), a saber: que la discusión en el propio TS está todavía muy abierta tanto en lo relativo al modelo de atribución de responsabilidad como a los requisitos y criterios de imputación.[46] El acuerdo se reduce, según entiendo, a que con independencia de cómo califiquemos la responsabilidad, esta solo podrá surgir allá donde el delito haya sido facilitado o posibilitado por la ausencia de mecanismos adecuados de prevención en la estructura corporativa, y a que las garantías básicas del proceso penal deben mantenerse en la medida de lo posible dada la naturaleza de la persona jurídica.[47]

4. El concepto de inimputabilidad de personas jurídicas en la jurisprudencia

Además de los pronunciamientos sobre el modelo y los criterios de imputación de la *RPPJ,* el TS también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema de la imputabilidad de las personas jurídicas, esto es, sobre cuáles de ellas conforman el círculo de potenciales responsables. En realidad el primer pronunciamiento al respecto lo encontramos en el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014, el cual vendría a sostener la exclusión de las sociedades pantalla o meramente ficticias de las garantías asociadas al estatus de sujeto penal: solo podrían gozar de dichas garantías, sostiene el Auto, *"en tanto que efectivamente fueran penalmente imputables a tenor del artículo 31 bis del CP , por no ser meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, es decir evidentes meras proyecciones de la actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas, y respecto de las que procedería únicamente el 'levantamiento del velo' para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental, como tal no susceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías*". Para fundamentar esta –por lo demás razonable– exclusión, el Auto se refiere al art. 66 bis 2ª b CP, donde se prevé una pena más agravada cuando "la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales", y se afirma que "se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal". El auto interpreta que este precepto presupone la imputabilidad *tan solo* de algunas personas jurídicas instrumentales, las que serían *parcialmente instrumentales*, caso distinto de las que son *totalmente instrumentales*: "*Razonando por exclusión debemos de concluir, que solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables*".[48]

Nace así la tripartición, que Fiscalía recoge en su Circular 1/2016 y que ha sido importada a la jurisprudencia sobre la inimputabilidad del TS, entre tres tipos de personas jurídicas:

246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)», *LA LEY Compliance Penal*, (1), 2020.

[46] Lo anterior ha sido abiertamente reconocido por la propia Sala, por ej. en la STS 966/2016, ponente Manuel Marchena: "La existencia de un voto particular que acoge la opinión de siete Magistrados que, pese a la coincidencia en el desenlace del recurso, difieren de algunos de los núcleos argumentales del criterio mayoritario, es bien expresiva de la complejidad del tema abordado Ese voto particular también refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización".

[47] Creo que ese es el núcleo de la STS 221/2016, ponente Manuel Marchena.

[48] Sobre ello, Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas,* 2ª ed., 2020, p. 88.

a) Las que desarrollan una actividad legal, mayor que su actividad ilegal, descritas en la Circular como "Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión";

b) Las que realizan mayor actividad ilegal que legal (estas serían las referidas en el art. 66 bis 2ª CP), entre las cuales la fiscalía cuenta las sociedades que son "utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene";

c) Las que tienen un puro o total carácter instrumental, de fachada o pantalla, como las de uso único o finalista.

Según este esquema, la STS 2330/2020 que nos ocupa concluye, a fin de descartar la responsabilidad de las personas jurídicas recurrentes: que solo "*las dos primeras de las mencionadas son imputables, pues solo una empresa con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la "culpa organizativa", prevista por el artículo 31 bis del Código Penal. Por el contrario, las denominadas "sociedades pantalla" que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales. En estos casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del "levantamiento del velo" dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización*". La exclusión de la empresa pantalla, aun cuando no esté prevista legalmente, se fundamentaría, dice la Sentencia (citando las STS 108/2019 y 154/2016), en que sería "insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del artículo 129 del Código Penal".

El TS está asumiendo, por tanto, la tesis en virtud de la cual la diferencia entre las personas jurídicas imputables e inimputables no sería, como indica el legislador, el dato formal de la personalidad jurídica, sino el criterio material de la "suficiente complejidad interna" o el "suficiente desarrollo organizativo". La propia jurisprudencia no acaba de aclarar qué debería entenderse por "complejidad interna". Tampoco la circular de la Fiscalía, a cuyo texto la Sentencia se apega como si fuera la propia ley, aporta criterios concretos que permitan operar con ella. Resulta curioso que todo lo que se dice recurrentemente al respecto no deje de ser una obviedad, a saber, que el límite de la imputabilidad de la corporación será "un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo" (así, el AAN 19 de mayo de 2014; la circular de Fiscalia1/2016, p. 15)[49], pero que nada se diga acerca de cuál es la decisión normativa que a día de hoy toma la Jurisprudencia, más allá de la exclusión de las sociedades pantalla.

[49] Ambas, por su parte, reproduciendo lo afirmado por GÓMEZ-JARA, en BANACLOCHE/GÓMEZ-JARA/ZARZALEJOS, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales,* La Ley, Madrid, 2011, p. 57, y en múltiples ocasiones posteriores.

4.1. El problema principal: la imputabilidad de las pequeñas y medianas organizaciones

La fundamentación de la exclusión de las personas jurídicas totalmente instrumentales del régimen de *RPPJ* y, por lo tanto, su inimputabilidad, parece razonable: en efecto cualquier teoría de la *RPPJ*, incluso la más radicalmente vicarial, abonaría tal decisión, en la medida en que cualquier tipo de responsabilidad penal o cuasi-penal presupone cierto sustrato de personalidad en quien es responsabilizado. Las sociedades pantalla carecen, por definición, de tal cosa.[50] Para su exclusión, que es lo que pretendía la Sentencia analizada, bastaba con el recurso a la doctrina general del levantamiento del velo, lo que habría permitido declarar el carácter de mera apariencia de la persona jurídica cuya responsabilidad se dirime. Sin embargo, el argumento, aunque tímidamente desarrollado, de que lo determinante para establecer la imputabilidad es la exhibición o no de algún grado de complejidad organizativa, aun cuando se alinea con una parte activa de la doctrina y permite resolver el problema, presenta algunos problemas cuya aparición en próximas sentencias resulta previsible.

El primero de ellos ya se ha adelantado, y es que el legislador, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de edad de las personas físicas (prevista en el art. 19 CP), no se ha pronunciado al respecto de forma explícita. Es más, lo que sí ha dicho expresamente –la inclusión de las sociedades pequeñas (31 bis 3 CP) y de las instrumentales (66 bis 2ª b CP), y la exclusión de empresas y otras organizaciones complejas por razones formales (129 CP)– no permite constatar una voluntad legislativa favorable a la doctrina de la complejidad organizativa como base para la imputabilidad. Por otra parte, la exclusión de las sociedades pantalla no resulta problemática, pero el argumento que se utiliza para excluirlas sí lo es, en la medida en que también valdría para excluir a las personas jurídicas del segundo tipo, esto es, aquellas que sí presentarían actividad o complejidad propia, pero cuya actividad ilegal supera la legal. En relación a las primeras, la Sentencia analizada cita la circular de Fiscalía al afirmar que sería insólito ponderar la existencia de mecanismos de control o una cultura de afección a la norma respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva; pues bien, uno se preguntaría si no sería insólito también analizar tal cosa en relación con la entidad cuya actividad principal es la financiación del terrorismo o el blanqueo de capitales (ejemplos que pone la propia Fiscalía), y por qué estas sí merecen las garantías que tal estatus les concede. No queda claro, en otras palabras, qué diferencia a estas organizaciones de orientación mayoritariamente ilegal de las organizaciones que se integran en el art. 129 CP, pues ambas presentan complejidad interna, y unas son imputables y otras no. La única respuesta posible, a saber, que la diferencia radica en la personalidad jurídica, parece ir en una dirección contraria al criterio material de la complejidad que acoge la sentencia que aquí se comenta.

No solo el hecho de que haya *entidades complejas no imputables* pone en duda la doctrina que identifica imputabilidad con complejidad organizativa, pues también lo hace el hecho de que haya *personas jurídicas no complejas imputables*: me refiero a las empresas de pequeñas dimensiones a las que alude el art. 31 bis 3 CP, cuya inclusión en el sistema de *RPPJ* no puede cuestionarse. En efecto, dicho artículo prevé menores exigencias en términos de eximente de *compliance* para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, entendidas por tales la que, "según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias

[50] NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p. 171.

abreviada". Ello implica, atendiendo a la legislación mercantil, que las empresas que estén por debajo de 250 trabajadores –junto con otros requisitos máximos de facturación– forman parte del elenco de personas jurídicas imputables. Si la jurisprudencia quiere hacer una nueva (y discutible) reducción teleológica del precepto, afirmando, de modo similar a lo que ha hecho con las sociedades instrumentales, que solo las pequeñas empresas suficientemente complejas están incluidas en el sistema, entonces la piedra de toque será determinar un umbral mínimo de complejidad y unos criterios que proporcionen seguridad jurídica al respecto.

La tarea no resultará sencilla, por varios motivos: primero, porque aquí la reducción teleológica, aun cuando fuese razonable materialmente, es bastante más forzada desde el punto de vista del principio de legalidad. El argumento para excluir a las sociedades instrumentales –lo insólito de dirigirles deberes de *compliance*– no opera para estos casos, ya que resultaría perfectamente lógico pensar que el legislador ha querido que también empresas pequeñas no especialmente complejas establezcan mecanismos de cumplimiento: por ej., que la empresa de construcción de 150 empleados establezca mecanismos de cumplimiento en el ámbito de la seguridad laboral; o que la empresa informática de 20 empleados establezca medidas de protección de datos.[51] En segundo lugar, resulta que buena parte de las empresas de 50 o 100 empleados está lejos de cumplir los requisitos que según la doctrina o la sociología de las organizaciones permitirían afirmar la existencia de un sujeto de imputación diferenciado, tales como la formalización de los procesos de decisión, la especialización y división del trabajo o la emergencia de pautas de conducta difíciles de individualizar,[52] serían, en el esquema de LAMPE, sistema de injusto simples y no complejos.[53] En muchas de ellas las decisiones empresariales criminógenas no obedecerán a estructuras o culturas colectivas criminógenas, sino a estructuras de autoría individual o de coautoría entre quienes tienen el poder de dirección empresarial.[54] Con todo, y con el CP en la mano, la exclusión de estas empresas como inimputables sería muy cuestionable, y sin embargo a eso es a lo que apunta la STS 2330/2020 que aquí nos ocupa.

4.2. Un problema de partida (el fundamento material) y otro de llegada (los criterios concretos para la "imputabilidad")

Además de problematizar la difícil compatibilidad de la doctrina de imputabilidad colectiva con la actual regulación legal, no está de más ahondar en la fundamentación material de lo que asume la STS 2330/2020 como "imputabilidad" y someterla a análisis crítico, aun a riesgo de repetir lo

[51] En ese sentido, VELASCO, *10 años de responsabilidad penal de la persona jurídica (análisis de su jurisprudencia)*, 2020, p. 25.

[52] Sobre estos criterios, ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 178 ss.

[53] LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtsysteme», *ZStW,* (4), 1994; también, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 169: "Las pequeñas organizaciones son, en cambio, más individuos que corporaciones".

[54] QUAID, «The Assessment of Corporate Criminal Liability on the Basis of Corporate Identity: An Analysis», *McGill Law Journal,* (43), 1998, p. 79: "In large corporations, the presence of many individuals contributes to the anonymity and impersonality of corporate decisions, which translates into translates into a discontinuity between individual interests and those of the organization' This discontinuity does not exist to the same extent in small corporations, where the acts of the corporation can more easily be attributed to high-ranking individuals constituting its directing will and mind".

que ya se ha argumentado en otros lugares.[55] La Jurisprudencia parece asumir la tesis expresada por GÓMEZ-JARA, según la cual "de la misma manera que las personas físicas que no han alcanzado un mínimo de complejidad mental no se consideran imputables penalmente, las personas jurídicas que no tengan un mínimo de complejidad organizativa no se consideran imputables penalmente".[56] La afirmación no solo es difícilmente compatible con el actual régimen legal de *RPPJ*, como se ha visto, sino que además parte de una petición de principio más que dudosa, a saber: que el fundamento de la inimputabilidad penal –individual o colectiva– pueda identificarse con la complejidad del sujeto imputado. Lo cuestionable del argumento se observa claramente en relación con las personas físicas: la razón por la que se considera inimputables a las personas con enfermedades mentales o a los niños no es que sus cerebros sean menos complejos –en relación a los primeros seguramente el problema es que exhiben un *plus* y no un *minus* de complejidad–, sino que se les atribuyen déficits a la hora de comprender y conducirse conforme a normas. Pues bien, es precisamente esta capacidad, entre otras cosas como la unidad de acción, la identidad biográfica con permanencia en el tiempo o la ciudadanía política, lo que tampoco encontramos en las personas jurídicas, y ello no tanto por su eventual falta de complejidad organizativa, sino precisamente por ella: la corporación es un sujeto compuesto por múltiples sujetos cambiantes, y su relación con el Derecho penal está siempre mediada por ellos; en ese sentido hablar de "delito" o "culpabilidad" *propios* de la corporación resulta cuanto menos conceptualmente confuso, y aunque aparentemente simplifique los problemas, en realidad constriñe la búsqueda de soluciones prácticas a los problemas que se plantean. Dicho llanamente: convierte preguntas que podrían responderse desde una óptica preventiva y puramente garantista (entre ellas la de la imputabilidad) en auténticos desafíos metafísicos (sobre el ser y no ser de la corporación) y políticos (sobre si la corporación es un ciudadano, lo que, por mucho que se obvie, ha sido descartado por la más acreditada doctrina).[57] Se trata, en fin, de útiles metáforas en términos descriptivo-sociológicos, que chocan de bruces con el espíritu individualizador del Derecho penal moderno; "una metáfora –decía FEUERBACH– no es filosofía".[58]

Por ello, en definitiva, el umbral a partir del cual un agregado de personas se transforma en *organización* (en "conglomerado") no determina el nacimiento de un sujeto autónomo y consciente de sí mismo y de las normas que se le dirigen, y sería absurdo considerar que algo así ocurre cuando una empresa contrata al empleado 51 o cuando suma una unidad de ventas a la unidad productiva; lo único que implica ese proceso es que a partir de un determinado nivel de complejidad los individuos actúan no ya como individuos aislados sino organizadamente, esto es: generan un "contexto de interacción", pero no un nuevo sujeto moral y/o penal autodeterminado. Buena parte de la doctrina ha afirmado, en esa línea y con razón, que tiene sentido discutir qué personas jurídicas se encuentran entre las destinatarias de la responsabilidad penal, si bien esa discusión no será sobre la "imputabilidad" de la persona

[55] CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en Derecho penal*, 2015; EL MISMO, «El injusto estructural de la organización", *InDret,* (1), 2016; EL MISMO, «Schuld und Identität in kollektiven Organisationen", *GA*, (10), 2016, pp. 625 ss.

[56] GÓMEZ-JARA, "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,* (4215), 2014, p. 3; más recientemente, EL MISMO, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas,* 2ª ed., 2020, pp. 199, 256.

[57] Por todos: GÜNTHER, «Nulla poena sine culpa" and corporate personhood", *KritV*, (4), 2015, p. 376.

[58] FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts I*, Aalen, 1966, p. 3.

jurídica, sino sobre otra cosa, regida por reglas y conceptos claramente diferenciados de los que constituyen el Derecho penal de la culpabilidad, en los que no es posible profundizar aquí.[59]
Con todo e independientemente de lo establecido por el legislador, tiene perfecto sentido comprender que estamos ante una persona jurídica apta para la sanción penal tan solo allá donde tras ella existe una organización, esto es, una estructura corporativa visible en la formalización de las decisiones, la especialización de las funciones y el carácter relativamente impersonal de los procesos organizativos; dicho en términos criminológicos, cuando los delitos –cometidos por individuos– que ocurren en el seno de la corporación se expliquen no solo por la existencia de voluntades o negligencias individuales sino además por definiciones favorables al crimen incrustadas en la estructura o en la cultura corporativa. La teoría de las organizaciones ha escrito mucho al respecto de ese proceso de *estructuración*, sin embargo su traslación a criterios jurídicos concretos no resulta sencilla más allá de la inclusión de grandes corporaciones y la exclusión de microempresas, ya que cada empresa se vuelve compleja "a su modo" (por la vía de los recursos humanos, pero también de los tecnológicos u organizativos), e imponer un criterio estandarizado resultaría un exceso de generalización. En otras palabras, no existe algo así como los 18 años del individuo en las organizaciones, ya que estas no crecen de "modo natural", sino de modo conducido por otros (sus directivos y socios), en un proceso que además puede sufrir reversiones y modificaciones a lo largo del tiempo; así, por ej., una organización compleja puede dejar de serlo en el momento de imposición de la sanción, y un partido político puede transformarse en otro en pleno proceso de investigación, ¿qué sentido tiene, entonces, aplicar los conceptos y reglas de imputación a sujetos individuales, a estos otros sujetos que manifiestan formas de identidad tan diversa?

Se abren aquí, en todo caso, diversas opciones: en primer lugar, podría establecerse una especie de umbral fijo en determinado número de trabajadores,[60] lo cual reduciría mucho la complejidad, pero a costa de conducir a resultados potencialmente arbitrarios, pues corporaciones de 50 empleados pueden ser muy diferentes en términos de estructuración en función de sus recursos no humanos;[61] la segunda opción sería dejar en manos de la acusación o de la defensa en el propio proceso la prueba de la existencia o inexistencia de una suficiente estructura organizativa tras la persona jurídica, lo que añade una gran dosis de complejidad en el sistema, pero a cambio permitiría ir creando un cuerpo doctrinal y una praxis que facilitaría el control de los resultados

[59] Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017, habla, por ej., de "atribución" en vez de "imputación"; y lo que se atribuye es, a mi juicio, una "responsabilidad sin culpabilidad", donde lo que tiene lugar no es la retribución de un hecho colectivo culpable, sino la respuesta a necesidades preventivas (la prevención del factor estructural de la criminalidad corporativa) a través de sanciones fundamentadas y limitadas por razones de justicia distributiva (*vid*, Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en Derecho penal*, 2015, pp. 266 ss.). También desde el punto de vista de la justicia distributiva como fundamento y límite de la sanción tiene sentido el establecimiento de un umbral de "atribuibilidad", pues en la distribución de responsabilidad por el delito solo es posible (co)responsabilizar a aquellas personas jurídicas que hayan contribuido mediante una organización o cultura defectuosa a su comisión: allá donde no hay organización, el delito solo se puede explicar como producto de una voluntad individual, y en ese sentido no hay responsabilidad que atribuir a la persona jurídica.

[60] Nieto Martin, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 324, quien propuso en su día situar el límite de la imputabilidad en 50, considerando que sería "poco menos que impensable" una cláusula de imputabilidad abierta que dejase en manos de los jueces la tarea de indagar en la complejidad de la organización (p. 168)); a cambio, propone un sistema de sanciones flexible que permita responder de modo diferenciado a los diferentes tipos de entidades.

[61] Así, Isaacs, *Moral responsibility in collective contexts*, Oxford Univ. Press, 2011, p. 24: "The number of members a collective has is not necessarily an indication of its complexity or simplicity".

y el respeto al principio de igualdad. Por otra parte, frente a un sistema binario que distinga entre organizaciones imputables y no imputables, creo que sería preferible un sistema gradual, en virtud del cual tanto las exigencias de cumplimiento como las consecuencias jurídicas impuestas variasen en función del tamaño y complejidad de la persona jurídica en cuestión: tendencialmente, a mayor complejidad mayores exigencias y mayores cuotas de responsabilidad, y viceversa, llegando al límite de la irresponsabilidad de organizaciones donde los procesos son individualizables. Ya se expuso, en esta misma revista,[62] que para responder a estos desafíos sería necesario nutrirse de conocimientos de la sociología y la teoría de las organizaciones algo más fructíferos y operativos que los que uno encuentra en la teoría de sistemas, cuyos conceptos, valiosos en muchos sentidos, son demasiado abstractos como para ofrecer el bisturí que se necesita en este nivel de creación normativa –así, por ej., el concepto de autopoiesis, que se ha filtrado incluso en la jurisprudencia,[63] no aporta nada sobre el umbral a partir del cual la organización existe como tal o sobre la imputabilidad, pues los enfermos mentales, los niños, las organizaciones terroristas, los Estados y buena parte de los entes biológicos son autopoiéticos y a nadie se le ocurre responsabilizarles penalmente–.[64]

5. Reflexión final

Parece claro, en todo caso, que la discusión que se acaba de esbozar sobre el fundamento y los criterios concretos, necesaria a la par que compleja, está bastante más allá de lo expresado por el legislador en la regulación de la *RPPJ*, y por ello cualquier doctrina de la inimputabilidad de las personas jurídicas –también la de la STS 2330/2020– debe ser muy consciente de que la línea que separa la interpretación conforme a principios de la enmienda legislativa es fina como la escarcha, y que cruzar esa línea requiere seguridad, control de las consecuencias y mucha argumentación. Lo cierto es que todo lo que se argumenta en la Sentencia en apoyo de la irresponsabilidad penal de la sociedad pantalla, además de innecesario por lo que ya se ha dicho, pende del hilo de la STS 154/2016, cuyo contenido no solo fue discutidísimo en el voto particular de nada menos que 7 magistrados, sino que además marca el inicio de un problemático divorcio respecto del texto legal, que nada dice de la "culpa organizativa" a la que alude la sentencia, de la "cultura corporativa" que se esgrime como núcleo de la *RPPJ,* ni de la complejidad organizativa como fundamento de la imputabilidad. Para muestra, el siguiente botón:

> "De nuevo se declara probado en el "factum" de la recurrida que estamos ante una "sociedad pantalla" , o meramente instrumental, lo que bastaría para la declaración de su responsabilidad penal, *de acuerdo con las previsiones al respecto de nuestro Legislador*, y la correcta aplicación de tales penas *o, en su caso, con mayor corrección*, su tratamiento como "inimputable" y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, con la consecuencia por supuesto de su disolución" (FJ 3º, de la STS 154/2016) (cursiva mía, que pretende hacer visible ese divorcio)

En cierto modo, el hecho de que el Tribunal Supremo se permita estas licencias interpretativas en relación a las personas jurídicas, y que a la mayoría nos parezca hasta cierto punto razonable

[62] CIGÜELA SOLA, «*Compliance* más allá de la ciencia penal. Aportaciones de la sociología de las organizaciones al análisis de la criminalidad corporativa y de la imputación jurídico-penal», *InDret,* (4), 2019.

[63] STS 668/2017, de 11 de octubre, FJ 1º.

[64] Sobre ello, MOLINA FERNÁNDEZ, "Societas peccare non potest … nec delinquere", en BACIGALUPO/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (dirs.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 361 ss.

(aunque problemático), solo demuestra que, en el fondo y contra lo que a veces se argumenta,[65] no nos "tomamos en serio" la *RPPJ* (y que en todo caso no se la tomó el legislador). Pues nadie imaginaría a la excelentísima Sala argumentando que, por razones de interpretación conforme a principios, el límite de la imputabilidad individual no es 18 sino 15 a pesar de lo que diga el art. 19 CP, o que al acusado individual se le exonera de responsabilidad por su correcta disposición cultural a pesar de haber cometido un delito imprudente,[66] y nadie imaginaría el silencio mayoritario que se viene produciendo si tal cosa, que ocurre en cada sentencia con las personas jurídicas, ocurriese en el ámbito del Derecho penal individual.

[65] Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas,* 2ª ed., 2020, p. 24.

[66] Alerta sobre ese extremo, Ortiz de Urbina, en García Cavero/Chinguel Rivera, *Derecho penal y persona. LH a Silva Sánchez*, 2019, p. 861.