

La competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas

Prof. Dr. Fernando Esteban de la Rosa. Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho internacional privado. Universidad de Granada

En el libro colectivo:

J.M. Zugaldía Espinar y E.B. Marín de Espinosa Ceballos, Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 377-402.

I. Introducción

La introducción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español en virtud de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,¹ ha supuesto una de las modificaciones de mayor relevancia en el Código Penal español. Con esta reforma se completa un proceso legislativo en el que, durante varios años, se han ensayado diversas fórmulas para el tratamiento de la criminalidad en el entorno de las personas jurídicas, y que finalmente ha culminado con la ruptura legal con el clásico aforismo *societas delinquere non potest*.² La opción acogida, que consiste en atribuir responsabilidad criminal directa a las personas jurídicas, no venía realmente exigida por la regulación europea o internacional,³ y es conocido que el Derecho comparado da muestra de sistemas, como ocurre en el caso del Derecho italiano, que ofrecen una

¹ BOE de 23 de junio de 2010.

² En un primer momento se instauraron ciertas consecuencias accesorias del delito para los entes colectivos en el antiguo art. 129 CP en la versión inicial del CP 1995; posteriormente, la introducción del muy criticable anterior art. 31.2 CP (hoy derogado) al amparo de la LO 15/2003; finalmente se ha procedido a establecer la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas en virtud de la LO 15/2010.

³ La Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010, de 23 de junio, de modificación del Código Penal, hace una muy vaga alusión a las motivaciones que han llevado al legislador español a introducir en nuestro ordenamiento un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, limitándose a remitir a instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas. De entre tales instrumentos son invocados diversas Decisiones marco y Directivas europeas que exigían la introducción de sanciones a las personas jurídicas en relación con determinados delitos. No obstante, ninguno de tales instrumentos requería que tales sanciones fueran de carácter penal, pudiéndose haber limitado el legislador español a optar por un sistema sancionador de carácter administrativo. Véase M. Roig Altozano, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*”, *Noticias Jurídicas*, Febrero 2012.

regulación de carácter administrativo, y no penal, a esta clase de situaciones. Sea como fuere, el legislador español, al optar por esta solución, ha hecho emerger serios problemas de compatibilidad y encaje con los elementos de la teoría jurídica del delito⁴, generándose los principales obstáculos dogmáticos en la esfera de la acción y de la culpabilidad.

Una de las cuestiones que precisará también de una depuración doctrinal, y es el objeto del que se va a ocupar esta contribución, tiene que ver con la determinación del alcance internacional del *ius puniendi* del Estado, con el objetivo de averiguar cuál es el grado de conexión con España que ha de tener un delito cometido por una persona jurídica para que se active la competencia judicial internacional de los jueces españoles para su conocimiento. La clarificación de esta cuestión resulta necesaria porque, como vamos a ver, las normas con que cuenta el Derecho español en la actualidad, y que están contenidas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), no parecen resultar suficientes, y la nueva legislación no se ha preocupado de acuñar soluciones especiales. Es preciso señalar que el interés de esta clarificación dista de ser meramente teórica, como lo demuestra la realidad de todas aquellas figuras delictivas en las que la intervención de las personas jurídicas se hace evidente, tal y como ocurre con la corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, en la pornografía o la prostitución infantil, en la trata de seres humanos, en el blanqueo de capitales, en la inmigración ilegal, o en los ataques a sistemas informáticos.⁵

⁴ Véase al respecto el excelente estudio de A. Urruela Mora, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de lege lata”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012), pp. 413-468.

⁵ Entre estos delitos destaca el de los supuestos sobornos cometidos por empresas españolas en el extranjero con el fin de acceder a contratos públicos. En su ejemplar del pasado 9 de enero, el Diario 20 Minutos daba cuenta de que la OCDE criticaba la pasividad de España ante los sobornos de empresas que hacen negocio en el extranjero, “*pues en 13 años solo se han investigado siete casos, y todos ellos fueron archivados. Se trata de delitos de soborno de empresas españolas para lograr suculentos contratos en Costa Rica, Libia, Angola, Marruecos y Letonia por exportaciones de material militar. Aunque la OCDE no ha hecho públicos los nombres de las empresas, son conocidos los casos de una filial de Abengoa que pagó algo más de 150.000 euros al expresidente de Costa Rica para lograr el contrato de instalación del cableado eléctrico en San José y de Iberdrola que a través de su filial de ingeniería Iberinco se gastó 7 millones de euros para lograr la concesión de plantas energéticas en Letonia. El caso más llamativo es el del consorcio europeo de aeronáutica y defensa EADS, que habría invertido unos 115 millones de euros para obtener un contrato de 969 millones (20 Minutos, 9 de enero de 2013). La OCDE ha pedido a España que revise su enfoque global contra este delito y la instó a presentar antes de fin de año un informe. En él se tendrían que precisar los progresos para reformar el Código Penal y para combatir este tipo de corrupción, señaló el grupo de trabajo, que advirtió de que se tomarán las medidas apropiadas en caso de que no se respeten sus recomendaciones.*” Fuente: Diario 20 Minutos, de 9 de enero de 2013.

Esta contribución pretende desvelar la necesidad de que el legislador español adopte criterios de competencia judicial internacional en el orden penal especiales para los delitos cometidos por personas jurídicas, y ello por varias razones: en primer lugar, los criterios de competencia internacional acuñados por el artículo 23 LOPJ apenas llegan a servir para lograr resultados coherentes con el bien jurídico que se pretende proteger a través de la introducción por el legislador español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y en segundo lugar, porque para hacer actuar a los criterios actuales es preciso hacer recurso a una interpretación que incorpora altas dosis de complejidad, siendo esta clase de interpretación solo difícilmente consistente con las exigencias derivadas del principio de legalidad que, en el ámbito penal, posee una vigencia especial. Bajo esta perspectiva, cabe afirmar que los aspectos relacionados con la determinación de la competencia internacional de los jueces españoles para conocer de un delito están estrechamente vinculados con la tipicidad del delito. Mientras que en el ámbito civil y mercantil o social las normas de competencia judicial internacional han de ser interpretadas atendiendo a los principios de tutela judicial efectiva y de existencia de un proceso en el que no se produzca indefensión, en conformidad con el art. 24 CE, en el orden penal son otros los criterios a tener en cuenta, entre ellos habrá que prestar atención al principio de legalidad penal, que ha de impedir una interpretación de las normas de competencia judicial internacional que no guarde relación con la letra de la ley. Este criterio de interpretación viene a limitar el desarrollo doctrinal o judicial, y la interpretación ha de atenerse de forma más clara a los contornos de las disposiciones legales.⁶

La cuestión a que se atiene este estudio no se ve influida por los grandes desarrollos que están teniendo lugar en el ámbito de la cooperación internacional y europea en el ámbito penal. En efecto, a la delincuencia internacional también se le debe dar una respuesta desde la cooperación internacional en el ámbito penal, y los desarrollos que han tenido

⁶ C. Blanco Lozano (*Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 73, Enero 2001, pp. 35-80) da cuenta de la diversa naturaleza que ha sido atribuida a la regulación de la vigencia territorial y personal de la normativa penal. Mientras que la postura tradicional era la de considerar que el estatuto regulador de la aplicación de la ley penal en el espacio y en la persona tenía una naturaleza de carácter meramente ritual, esto es, jurídico-procesal, más modernamente se ha venido entendiendo, en opuesto sentido que la normativa de referencia se halla dotada de un neto carácter jurídico-penal, esto es, de naturaleza material, y no ritual, por lo que en puridad debe encontrarse emplazada en el estricto ámbito de la legislación penal, y más concretamente en su cuerpo esencial, esto es, el Código penal.

lugar en este ámbito posibilitan que las decisiones de los jueces españoles disfruten de cierta eficacia extraterritorial. Por el valor que cobran en la actualidad a pesar de la inexistencia de un Derecho penal europeo, conviene recordar los importantes avances que se han producido en el terreno del reconocimiento de resoluciones penales, cuyo desarrollo no ha tenido lugar solo a través de Decisiones marco sino también últimamente a través de Directivas. Mientras se escriben estas líneas en España ha visto la luz un importante Anteproyecto de Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, que pretende recoger la regulación, dispersa hasta ahora, en diversas leyes, como la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso o la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.

A fin de facilitar al lector un hilo conductor, el ensayo será estructurado a través de las siguientes partes. En primer lugar expondremos brevemente los diferentes principios que establece el artículo 23 LOPJ y que determinan la competencia de los jueces españoles para conocer de delitos conectados con varios países. Seguidamente pasaremos a identificar los aspectos de la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, en nuestra opinión, pueden tener vocación para influir sobre las soluciones de competencia internacional para los supuestos internacionales. Seguidamente, en una interpretación de *lege lata*, nos ocuparemos de esbozar en qué supuestos de delincuencia internacional resultará posible afirmar la competencia judicial de los jueces españoles para conocer de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, teniendo para ello en cuenta, por una parte, los principios de sujeción al procedimiento penal en España y, por otra, los elementos espaciales con relevancia que pueden aparecer respecto de las personas jurídicas. En las conclusiones nos ocuparemos finalmente de realizar algunas propuestas de *lege ferenda* para la modificación del sistema actual.

II. Los criterios de atribución de competencia judicial internacional en el orden penal

1. La función indirecta de las normas de competencia internacional en el orden penal para la determinación del ámbito de aplicación espacial de la ley penal española

Para aproximarnos a la problemática de la aplicación internacional de la ley penal, no viene mal trazar la diferencia que existe en el tratamiento de los diferentes tipos de situaciones internacionales. En el ámbito de la regulación de las situaciones privadas internacionales del ámbito del Derecho privado, el método de reglamentación que impera en la actualidad, y que ya fue perfilado en los tiempos de Savigny, toma como referente normativo básico a la norma de conflicto, cuya finalidad es determinar cuál es la sede de la relación jurídica para descubrir de este modo el Derecho estatal aplicable a una concreta situación, ya sea contractual, extracontractual o de Derecho de familia, etc. El fundamento de este método de reglamentación indirecto es la intercambiabilidad de los sistemas nacionales, pues en principio resulta indiferente que se aplique uno u otro para regir la situación.

Por el contrario, por la finalidad específica de protección que persigue el Derecho penal, y por pretender sentar las bases de la convivencia pacífica básica en un concreto territorio, las normas penales obedecen en su parámetro de aplicación internacional a un criterio distinto. Al legislador estatal no le es indiferente que se aplique una u otra legislación penal, pues el interés primordial radica en hacer obligatoria la ley penal en todo el territorio nacional. Este principio de territorialidad encuentra su proclamación en el artículo 8.1 del Código Civil.

Cuando nos referimos a los aspectos internacionales de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, una de las cuestiones que ocupa centralidad es la relativa a la aplicación de la ley penal en el espacio. Como es sabido, de esta cuestión no se ocupa el art. 31 bis del Código Penal, ni para ella este precepto establece ninguna clase de tratamiento especial. Pero tampoco es función de este precepto realizar dicha delimitación. Los criterios de aplicación en el espacio del Derecho penal español no aparecen definidos por las propias normas penales, que en su formulación más bien están configuradas para aprehender cualquier situación delictiva sin importar quién la cometió o dónde tuvo lugar. Nuestro sistema jurídico utiliza un mecanismo de carácter indirecto para determinar los términos de aplicación en el espacio de la ley española,

que podría formularse de la siguiente manera: si los jueces españoles poseen competencia judicial internacional para conocer de un delito, entonces será de aplicación la ley penal española. Al no existir normativa internacional o europea que de manera general establezca en qué supuestos del orden penal pueden conocer los jueces de cada Estado, nuestra atención debe volverse sobre los criterios de competencia internacional que han sido acuñados por el legislador español.

La concreción de la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden penal se realiza a través de los artículos 21 y 23 LOPJ. En este precepto encontramos los diferentes principios en que se puede fundar la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles en el orden penal.

2. El principio de territorialidad

Según el apartado primero del art. 23 LOPJ, corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos o faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte. De acuerdo con este principio, los Jueces y Tribunales poseen competencia internacional en el orden penal para aplicar la ley penal española a todos los delitos cometidos dentro del territorio nacional español, con independencia de la nacionalidad de los autores del delito o de sus víctimas.

El principio de la territorialidad goza de una amplia aceptación en el Derecho comparado como criterio de preferente utilización al concretar la extensión y límites de la jurisdicción nacional en el orden penal. Los fundamentos que han sido aducidos por la doctrina comparada para amparar la posición jurídica de supremacía que dicho principio ostenta frente a los otros tres de aplicación espacial del estatuto penal pueden sintetizarse en los siguientes.⁷

a) La propia reafirmación de la soberanía estatal, pues si uno de los atributos del Estado soberano es su propia esencia territorial, lo más coherente desde tal perspectiva, de cara al efectivo ejercicio del *Ius puniendi* estatal, es que el Estado aplique su Derecho penal

⁷ Véase C. Blanco Lozano, *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 73, Enero 2001, pp. 35-80.

dentro de sus fronteras, con independencia de cualquier otra consideración. Lo contrario podría venir a suponer una merma de la propia esencia soberana que le caracteriza.

b) Razones de prevención general: desde esta perspectiva resulta conveniente que las infracciones penales cometidas en el territorio de un Estado sean sancionadas en el mismo, de manera que la población de dicho Estado, así como los eventuales residentes extranjeros, adquieran verdadera conciencia, sin fisuras de ningún tipo, de la amenaza coactiva que la conminación penal conlleva.

b) Razones prácticas de economía procesal, en el sentido de que, indudablemente, el lugar del comisión del delito es el único que verdaderamente garantiza la veracidad de las tareas de instrucción e investigación criminal y, en consecuencia, de enjuiciamiento del mismo.

3. Principio de personalidad o de nacionalidad

De acuerdo con el principio de personalidad, los jueces del orden penal pueden conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurran las siguientes circunstancias: a) que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito; b) que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles; c) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

Siguiendo a Carlos Blanco Lozano, el principio de personalidad jerárquicamente se sitúa en segundo lugar, tras el territorial, en orden a la aplicación espacial/personal de la ley penal. Conviene precisar que conforme al principio personal, la ley penal de un Estado se aplica a los ciudadanos nacionales del mismo, independientemente del lugar en el que delincan, esto es, tanto si lo hacen en el territorio nacional como si lo hacen en el extranjero. El principio personal fue el tradicionalmente aceptado como prioritario en

orden a la aplicación de la ley penal, como era lógico y coherente con los postulados absolutistas, expansivos e imperialistas de los férreos Estados monárquicos con anterioridad al pensamiento ilustrado. No obstante, la Edad de la Razón fue ya poniendo en tela de juicio tal planteamiento de conexión de los súbditos con el Poder estatal, de manera que ya con el triunfo de la Revolución francesa y el nacimiento del Estado Moderno se fue imponiendo el principio de territorialidad, más moderado, operativo y práctico a efectos de funcionalidad. Los fascismos que desde comienzos del siglo XX aquejaron a Europa, ya fueran comunistas, socialistas o militaristas, racistas y/o populistas, trajeron de nuevo a colación el principio personal como principio jerárquicamente preferente en orden a la aplicación espacial/personal de la ley penal frente al criterio de la territorialidad. Afortunadamente por razones humanitarias, políticas, técnico-jurídicas y de eficacia del Derecho penal, en la actualidad la mayoría de los países han adoptado, como hemos venido reiterando el criterio de la territorialidad de la ley penal como el principal desde un punto de vista jerárquico, operando tan sólo el de personalidad de una manera complementaria, en determinados supuestos excepcionales.

4. Principio real o de defensa: Art. 23.3 LOPJ

Según el art. 23.3 LOPJ, conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

i) Los relativos al control de cambios.

Con arreglo a este principio es posible enjuiciar a españoles o extranjeros que cometan delitos específicamente citados en el artículo que afectan a intereses del Estado

5. Principio universal: Art. 23.4 LOPJ

Este principio atribuye la competencia para conocer de los delitos previstos en el apartado 4 del art. 23 LOPJ independientemente del lugar de comisión y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva en base a que afecta a bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional en su conjunto.

III. Elementos de la construcción del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas de relevancia para la determinación de la competencia de los jueces españoles

1. Introducción

De la configuración del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas es posible extraer consecuencias de relevancia para determinar en qué supuestos la competencia recaerá sobre los jueces españoles. En efecto, conviene subrayar algunos aspectos de la configuración actual del sistema que tienen capacidad para tener proyección en la vertiente internacional que ahora interesa.

2. Primer elemento: el sistema de doble vía de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas

El primer elemento deriva del art. 31 bis 1 del Código Penal. Como se sabe, de acuerdo con el modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, las mismas responden en virtud de un sistema que ha sido definido como dualista o de doble vía.

De esta forma, y al amparo del mencionado art. 31 bis 1 CP las personas jurídicas son consideradas penalmente responsables por delitos cometidos en nombre o por cuenta de

las mismas y, en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Se establecen una serie de criterios para la atribución a la persona jurídica de los delitos cometidos por las personas físicas referidas: en concreto, la actuación debe haberse llevado a cabo “en nombre o por cuenta” del ente colectivo y “en su provecho”.

También las personas jurídicas son consideradas penalmente responsables por delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriores (por lo tanto, representantes legales y administradores de hecho o de derecho) han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las circunstancias del caso. En este punto, nos encontramos con casos donde la responsabilidad penal de la persona jurídica se desencadena en virtud de la actuación de un empleado siempre que concurra una omisión de vigilancia por parte de representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Se trata de una genuina *culpa in vigilando*. La configuración del sistema deja también claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física.

3. Segundo elemento: limitación a algunos delitos

Como segundo elemento a tener en cuenta, el CP acoge un modelo en el que la responsabilidad de las personas jurídicas no se extiende a todas las figuras de la Parte Especial del CP, sino que resulta únicamente posible en relación con los tipos penales en que así se establezca. Esta decisión político-criminal se basaría en el reconocimiento explícito de que la criminalidad generada por las personas jurídicas ostenta particular relevancia en esferas concretas del Derecho Penal, especialmente en el sector encuadrado bajo la rúbrica de Derecho Penal económico y de la empresa y en la esfera de la delincuencia organizada.⁸

⁸ Por eso resulta conveniente recordar que los delitos para los cuales el legislador ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal son los siguientes:

- tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis 3),
- trata de seres humanos (art. 177 bis 7),
- prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis),
- delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3),
- estafas y fraudes del art. 251 CP (art. 251 bis),

Tal y como indica el profesor Asier Urruela Mora, la opción adoptada por el legislador español en este punto, basada en exigir responsabilidad penal de las personas jurídicas en un *numerus clausus* de supuestos, puede ser considerada lógica con arreglo a criterios de prudencia en un momento inicial de introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien cabe poner de manifiesto que no es la unánimemente adoptada a nivel de Derecho comparado. En este sentido, en la actualidad países como Hungría, Francia u Holanda han asumido un criterio de exigir responsabilidad penal de las personas jurídicas con carácter general y no limitándolo a un *numerus clausus* de delitos. En el caso holandés dicha admisión data de una fecha tan temprana como 1976 (art. 51 Código Penal holandés).

4. Tercer elemento: exclusión de la responsabilidad de las entidades de Derecho público

El Código penal excluye la responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas, como por ejemplo las de Derecho público. Al hilo de la exclusión de responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas públicas cabe poner de manifiesto que la misma en ningún caso resulta obligada, tal como demuestran diferentes ejemplos existentes en la esfera comparada. Particularmente paradigmática en este sentido es el modelo holandés que limita de una manera extraordinaria la exención de responsabilidad reconocida a los entes de carácter público. Asimismo, en otros sistemas como el norteamericano, cabe igualmente la exigencia de responsabilidad penal a las

-
- insolvencias punibles (art. 261 bis),
 - daños informáticos (art. 264.4),
 - delitos contra la propiedad intelectual, industrial, relativos al mercado y a los consumidores (art. 288),
 - blanqueo de capitales (art. 302.2),
 - delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis),
 - delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4),
 - delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319.4),
 - delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327 y art. 328.6),
 - contaminación o exposición a radiaciones ionizantes (art. 343.3),
 - delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3),
 - tráfico de drogas (art. 369 bis),
 - falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis 1),
 - cohecho (art. 427.2),
 - tráfico de influencias (art. 430), delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2),
 - organizaciones y grupos criminales (570 quáter 1) y
 - financiación del terrorismo (art. 576 bis 3).

corporaciones públicas, estableciéndose un criterio que difiere del sentado por el art. 31 bis 5 CP.

IV. La aplicación de los principios de competencia judicial internacional en el orden penal a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas

1. La atribución de competencia judicial internacional con fundamento en el principio de personalidad

A. ¿Cuándo podemos considerar que una persona jurídica posee nacionalidad española?

El artículo 23.2 LOPJ consagra el principio de personalidad como criterio indirecto de aplicación espacial de la ley penal. La aplicación del criterio establecido a las personas jurídicas plantea, como vamos a ver, alguna dificultad. Una de las cuestiones más debatidas en el ámbito del Derecho internacional privado de sociedades se refiere a la definición y función del concepto nacionalidad de las personas jurídicas. En realidad no existe acuerdo sobre la conveniencia de predicar de las personas jurídicas una nacionalidad, a través de la transposición a éstas de un concepto que, en sentido propio, solamente corresponde a las personas físicas. Esta es la razón por la cual, en la mayoría de los sistemas jurídicos, en la actualidad, se ha prescindido de la conexión nacionalidad de las personas jurídicas, utilizándose, en lugar de dicho elemento, otras conexiones tales como la sede social, la administración central o el centro principal de actividad. Solo sistemas como el español siguen haciendo alusión a este concepto en distintos preceptos (art. 9.11 del Código Civil, art. 28 del Código Civil, art. 8 de la ley de sociedades de capital).

El concepto nacionalidad aplicado a las personas jurídicas adquiere unos perfiles distintos respecto de cuando se aplica a las personas físicas. Cuando se habla de la nacionalidad de una persona jurídica se está haciendo alusión, principalmente, al sistema jurídico con arreglo a cuyo Derecho dicha persona jurídica ha sido constituida. Por regla general, cuando se habla de la nacionalidad de las personas jurídicas se pretende aludir a la sujeción de una sociedad al Derecho de un determinado país. Y de

este modo, el art. 9.11 del Código Civil dispone que la ley aplicable a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad. Las dificultades respecto del tratamiento de la nacionalidad de las personas jurídicas tienen que ver, fundamentalmente, con la estrecha relación que tiene dicho concepto con el concepto de *lex societatis* o ley reguladora de la sociedad, y con el problema que puede presentarse cuando una sociedad, de nacionalidad extranjera por estar sometida a un sistema jurídico no español, no puede ser reconocida en España. El resultado de lo anterior es el de que en materia de Derecho internacional privado de sociedades no pueden analizarse de una manera separada los conceptos de nacionalidad de las sociedades, determinación de la *lex societatis* y reconocimiento de sociedades extranjeras.

B. Supuestos de sujeción al Derecho penal español en conformidad con el principio de personalidad

La aplicación del criterio que establece el artículo 23.2 LOPJ a las personas jurídicas depara los siguientes resultados. En primer lugar, no resulta ningún problema a la hora de afirmar que quedan sometidas al Derecho penal español las personas jurídicas constituidas con arreglo al Derecho español, que por tanto están sometidas al Derecho español y son de nacionalidad española (art. 28 del Código Civil y artículo 8 de la Ley de Sociedades de Capital). En segundo lugar, no debe existir tampoco excesiva dificultad para someter a la jurisdicción penal española a personas jurídicas extranjeras que hayan adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del delito. En el sistema de Derecho internacional privado se conoce la operación societaria que consiste en el traslado del domicilio de la sede social desde un Estado a otro. Dicho traslado comporta un cambio de régimen jurídico de la persona jurídica y, también, un cambio de nacionalidad.⁹ Esta operación no contaba con un respaldo legal expreso, pues su regulación hasta 2009 se contenía en un precepto reglamentario, el art. 309 del Reglamento del Registro Mercantil. Hoy en día esta operación está contemplada expresamente por la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que regula expresamente el traslado a España del domicilio de la sociedad. A partir del traslado, la sociedad debe adaptarse a alguno de los tipos

⁹ Véase F. Esteban de la Rosa, “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 54, diciembre de 2010, pp. 73-106.

sociales del Derecho español, quedará regida por el Derecho español y se convierte en sociedad de nacionalidad española. Ello supone que los órganos jurisdiccionales españoles del orden penal podrán conocer, de acuerdo con lo establecido por el art. 23.2 LOPJ, de los delitos cometidos por esta sociedad con anterioridad al traslado de la sede a España.

En tercer lugar, mayores dudas puede plantear la sujeción a los órganos jurisdiccionales españoles del orden penal de personas jurídicas de nacionalidad extranjera que, en virtud del sistema de reconocimiento de sociedades no puedan ser reconocidas en España y pasen a estar sometidas al Derecho español general de las sociedades de comercio. Para que una sociedad constituida en un país extranjero pueda llevar a cabo su actividad en España es preciso que dicha sociedad sea reconocida. En el sistema español de Derecho internacional de sociedades, aunque no existen normas muy elaboradas en este ámbito, con la mejor doctrina cabe afirmar que todas las sociedades extranjeras son reconocidas en España, salvo aquellas que posean en España su principal establecimiento o explotación. Esta consecuencia deriva del art. 9.2 de la ley de sociedades de capital, cuando dispone que “*deberán tener su domicilio en España las sociedades de capital que tengan en su territorio su principal establecimiento o explotación*”. El no reconocimiento de una sociedad comporta el desconocimiento de su régimen jurídico extranjero y la sujeción de esta sociedad al Derecho español de las sociedades que no han adquirido una forma específica. En estos casos, en los que la sociedad puede pasar a quedar sometida al Derecho español como consecuencia del no reconocimiento, puede resultar posible descubrir la aplicabilidad al caso del art. 23.2 LOPJ, pues dado que el régimen jurídico de la sociedad pasa a ser el del Derecho español, cabrá entender que estamos en presencia de una sociedad española. Cabe imaginar por ejemplo el delito de tráfico de influencia o de cohecho cometido por una persona jurídica de nacionalidad extranjera en el extranjero. En principio, la jurisdicción española solo podría conocer del delito conforme a los criterios de la LOPJ cuando la sociedad tiene nacionalidad española, pero no cuando se trata de una sociedad extranjera, a pesar de que dicha sociedad tenga en España su volumen principal de negocio o sitúe en España su principal administración. Conviene advertir que la sanción de no reconocimiento para las sociedades extranjeras deja de ser efectiva respecto de sociedades que sean beneficiarias de la libertad europea de establecimiento, reconocida a las personas jurídicas en virtud del art. 54 TFUE. La jurisprudencia del TJ dictada en

los casos Centros de 9 de marzo de 1999, Übersering de 5 de noviembre de 2002 e Inspire Art de 30 de septiembre de 2003 han sido los pilares de este reconocimiento de nuevos contenidos a la libertad de establecimiento.¹⁰

C. Valoración de la aplicación del principio de personalidad para determinar la aplicación del Derecho penal español a las personas jurídicas

Una vez descubierto en qué situaciones es razonable prever la aplicación del art. 23.2 LOPJ respecto de personas jurídicas, cabe hacer una breve reflexión para valorar la aplicación del principio de personalidad como criterio de sujeción de las personas jurídicas al Derecho penal español. En nuestra opinión, la aplicación del Derecho penal con sujeción a este criterio comporta unos resultados no del todo adecuados con las propias necesidades del Derecho penal, y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, el criterio de sujeción al Derecho penal español se muestra como disponible para los particulares, pues a los socios de una sociedad les basta con constituir la persona jurídica según la legislación de un Estado distinto de España para que el delito no pueda ser conocido por los órganos jurisdiccionales españoles por el criterio de personalidad. Y para quedar a salvo del Derecho penal español bastaría con hacer un traslado estratégico de la sede social al extranjero, operación que aparece permitida en virtud de la ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

En segundo lugar, dicho criterio de sujeción genera incertidumbre respecto de casos como el que hemos mencionado más arriba, de sociedades extranjeras que no pueden ser reconocidas en España. Su sujeción o no al Derecho penal español debería quedar basada en argumentos más claros y no en una interpretación que resulta cuando menos necesitada de una elaboración ciertamente compleja.

¹⁰ Véase F. Esteban de la Rosa, "Vía libre a la movilidad de las sociedades en la Unión Europea: la sentencia TJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-167/01: "Inspire Art", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 5, 2003, pp. 2072-2081.

En tercer lugar, el criterio de la personalidad resulta ineficiente para perseguir los delitos cometidos por las formas societarias del Derecho europeo, tales como la Agrupación Europea de Interés Económico, la Sociedad Anónima Europea o la Sociedad Cooperativa Europea. Como se sabe, esta clase de entidades carecen de una determinada nacionalidad, por motivo de que su régimen jurídico se encuentra sometido principalmente al Derecho europeo y supletoriamente al del país de la Unión Europea en el que se encuentra su domicilio.¹¹

Por último, como consecuencia de la disponibilidad para las partes del criterio de conexión de la nacionalidad de las personas jurídicas, en nuestra opinión resultaría necesario completar este criterio con otro adicional, que permita el sometimiento al Derecho penal español cuando la sociedad posea una vinculación importante con España, a pesar de que no tenga formalmente la nacionalidad española. Un buen ejemplo de esta clase de criterios de complemento se encuentra, para el ámbito fiscal, en el art. 8 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

D. Aplicación del principio de personalidad en los casos de sociedades multinacionales y grupos de sociedades

Los grupos de sociedades son articulaciones entre compañías mercantiles en las que concurren dos elementos, a saber, una relación de dependencia, directa o indirecta, de una o varias sociedades (dependientes) respecto de otra (dominante); y una dirección económica unificada que ejerce la sociedad dominante sobre las sociedades dominadas. Como se sabe, el resultado del fenómeno en el plano internacional es una pluralidad de sociedades, de distinta nacionalidad (empresas multinacionales), sometidas a una dirección unitaria.

La existencia de un grupo de sociedades no altera el procedimiento de determinación del régimen jurídico de cada una de las sociedades que lo integran. Con arreglo al art.

¹¹ Véase el Reglamento CEE n° 2137/85, del Consejo, de 25 de julio de 1985; Reglamento (CE) 2157/2001, del Consejo, del Estatuto de la SE, y por la Directiva 2001/86/CE, del Consejo, que lo completa en lo que respecta a la implicación de los trabajadores; Reglamento 1435/2003, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y la Directiva 2003/72/CE, del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

9.11.I del Código Civil, para decidir sobre la nacionalidad de cada una de las sociedades, y por tanto para determinar su régimen jurídico, hay que estar a la consideración aislada de cada una de ellas. Carece pues de relevancia, en relación con esas cuestiones, la ley nacional de la sociedad dominante, o la del país del centro de decisión del grupo.

En atención al principio de personalidad que es tenido en cuenta por el art. 23.2 LOPJ, en principio no es posible conocer de un delito cometido en el extranjero por una persona jurídica extranjera que controla a una persona jurídica de Derecho español, y ello incluso aunque las decisiones principales relacionadas con la comisión del delito hayan sido tomadas en la sociedad madre de la filial de nacionalidad española. Lógicamente, si el delito ha sido cometido en España, por el contrario, caben entonces otras opciones para poder aplicar el Derecho penal español a una sociedad madre que no tenga nacionalidad española en la medida en que se dé en el caso algún otro de los criterios de sujeción a la jurisdicción española.

La pregunta que no obstante se plantea es si sería posible que se produzca el levantamiento del velo social para conocer por el delito cometido por la sociedad madre que no tiene nacionalidad española. En este ámbito concreto hay que tener en cuenta las consideraciones que ha hecho la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011, que al abordar la situación especial de los grupos de sociedades se permite recordar que el grupo, como tal, carece de personalidad jurídica. La misma Circular, no obstante, al aludir a las situaciones de sociedades pantalla o de fachada, indica que nada ha de obstar a hacer recurso a la doctrina del levantamiento del velo a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla. En nuestra opinión, si bien los sistemas jurídicos, y también el español, han elaborado sus propias construcciones en torno a la institución del levantamiento del velo social, la aplicación de dicho expediente respecto de las cuestiones que ahora analizamos, esto es, la posibilidad de atribuir responsabilidad criminal a una sociedad madre de nacionalidad extranjera por delitos cometidos por una sociedad filial de nacionalidad española, no resulta aconsejable, a la vista de la necesidad de la mayor claridad legal que se exige en el ámbito del Derecho penal.

2. La aplicación del principio de territorialidad a la comisión de delitos por personas jurídicas

A. Determinación del lugar del resultado cuando el delito es cometido por una persona jurídica

Respecto de los delitos cometidos por personas jurídicas que no tengan la nacionalidad española, la aplicación del principio de territorialidad hace preciso plantear una cuestión previa, y es la relativa a la determinación de cuándo estamos en presencia de una persona jurídica, que puede ser de nacionalidad extranjera. Debemos considerar adecuada la respuesta que respecto de esta cuestión se contiene en la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, cuando considera que *“en nuestro sistema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha hecho depender de su nacionalidad, si bien las entidades extranjeras, conforme prevé el artículo 9.11 del Código de Comercio, se rigen por su Ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Para determinar pues la personalidad jurídica de las entidades extranjeras, habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia.”*

Determinada la caracterización como persona jurídica, un problema adicional que se plantea es el relativo a la determinación del lugar de comisión del delito. Dicha definición no plantea demasiados problemas cuando la acción y el resultado están vinculadas espacialmente. Sin embargo, pueden plantearse problemas a la hora de concretar el lugar de comisión de un delito cuando la acción y el resultado no se producen en el mismo lugar, en cuyo caso estamos en presencia de los delitos cometidos a distancia. En el caso de los delitos cometidos por personas jurídicas, también se puede producir esta disociación entre el país en que tiene lugar la acción y aquél en que tiene lugar el resultado.

De acuerdo con la teoría del resultado, según la cual el delito se realiza en el lugar donde efectivamente se produce el resultado, si el resultado del delito ha tenido lugar en España resulta posible exigir responsabilidad penal a la persona jurídica que lo haya cometido, incluso aunque sea de nacionalidad extranjera. Por ejemplo, si una sociedad

de nacionalidad extranjera tiene por finalidad la captación de mujeres para traerlas a España e incluirlas en redes de prostitución, no parecerá difícil afirmar la competencia internacional de los jueces españoles para conocer del delito cometido por dicha persona jurídica de nacionalidad extranjera. Igualmente, si una sociedad extranjera se dedica al tráfico ilegal de órganos, en la medida en que quepa identificar un resultado concreto de esta actividad en España (el órgano ha sido comprado a una persona con residencia en España, por ejemplo, o se difunde en España la publicidad para la compra de órganos por parte de esa persona jurídica), no será difícil entender que la competencia de los jueces españoles deriva del hecho de haber sido cometido el delito en España, por producirse en nuestro país los resultados del mismo. Por esta razón, parece razonable afirmar que, comparando el supuesto de la comisión de delitos por personas físicas con la comisión de delitos por personas jurídicas, la determinación del lugar de comisión del delito no ofrece particularidades muy especiales cuando consideramos como tal el lugar en el que ha tenido lugar el resultado del delito.

B. Determinación del lugar de la acción cuando el delito es cometido por una persona jurídica

La teoría que hoy goza de más aceptación para dar respuesta al problema de la disparidad entre el lugar del resultado y el lugar de la acción, es la teoría de la ubicuidad, según la cual el delito es cometido en todos aquellos lugares en los que total o parcialmente se realizó la acción prohibida, se omitió la acción ordenada o se produjo el resultado del delito.¹² A pesar de que la mayoría de los tratados modernos consideran que el delito debe perseguirse en el país en el que se manifiesta la voluntad delictiva o el resultado que se produce, ni el Código Penal de 1995 ni tampoco la LOPJ contienen una disposición expresa en la que se consagre este criterio. De ser aceptada la teoría de la ubicuidad, ello permitiría aplicar la ley penal española a delitos cometidos por personas jurídicas, españolas o extranjeras, cuyos resultados no hayan tenido lugar en España cuando la acción, en cambio, ha tenido lugar en nuestro país. Para estos casos se plantea la necesidad dogmática de determinar cuál es el lugar en el que tiene lugar el acto cuando el delito es cometido por una persona jurídica. Y en este punto es preciso hacer

¹² Véase J.M. Zugaldía Espinar (dir.), *Fundamentos de Derecho penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 170-171.

un análisis sobre cuál es el lugar en el que se realizó la acción prohibida o se omitió la acción ordenada.

a) Determinación del lugar de la acción prohibida cuando el autor es una persona jurídica

Para la determinación de este lugar cobra valor, en nuestra opinión, la propia redacción del artículo 31 bis del Código Penal. Según este precepto, *“en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.”* Las personas jurídicas actúan a través de sus representantes legales y de sus administradores, y la pregunta que se plantea es ¿de dónde provienen las acciones de una persona jurídica, ya sea española o extranjera? Se abren aquí dos vías interpretativas.

De acuerdo con la primera, si la acción proviene de la sociedad, la primera alternativa que se plantea es la remisión al lugar del domicilio social de la sociedad, que es el lugar desde el cual la sociedad puede decidir sobre las actuaciones que han de ser realizadas en nombre y por cuenta de la misma. El domicilio social va a coincidir con la nacionalidad de la sociedad, de manera que, de acuerdo con esta primera línea de interpretación, el acto podrá entenderse realizado en el país de la nacionalidad de la sociedad. Respecto de una sociedad española, el lugar de la acción sería por tanto España. En cambio, respecto de una sociedad francesa el lugar de la acción será Francia. Para justificar la atribución de la consideración como lugar de la acción al lugar del domicilio social es posible invocar que en el domicilio de la sociedad tendrá lugar la actividad decisoria de la sociedad, es decir, las reuniones sociales tendentes a determinar la voluntad social de la persona jurídica.

Conforme a una segunda posibilidad interpretativa, también puede ocurrir que, en la práctica, las decisiones de la sociedad no sean tomadas en el país del domicilio de la sociedad. La realidad societaria internacional da muestra de que puede existir con facilidad una disociación entre el lugar del domicilio social y el lugar de la sede de dirección efectiva o el lugar de la administración central. De hecho, el Derecho internacional de sociedades en los distintos países suele tener en cuenta esta

discrepancia para algunos efectos.¹³ En conformidad con esta segunda interpretación, para determinar cuál es el lugar del centro de dirección o de administración central de una sociedad puede resultar de utilidad tomar en consideración los criterios establecidos en el Derecho europeo y comparado. En esencia habría que descubrir el país en el que se adoptan las decisiones cotidianas de administración de la sociedad para establecer las directrices más relevantes de su política de producción, comercial, de personal, etc. En definitiva, es el lugar desde donde la sociedad es dirigida de forma efectiva, estableciendo las líneas generales de su política societaria, comercial, empresarial o inversora.

b) Determinación del lugar de la omisión de la falta de vigilancia cuando el autor es una persona jurídica

Con arreglo al art. 31 bis punto 2 del Código Penal, “*en los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.*” En este caso, si la obligación de vigilancia supone el establecimiento de medidas de control por parte de la sociedad, las omisiones se habrán producido en el mismo lugar que acabamos de ver en el punto anterior, el domicilio social de la sociedad, corregido con la identificación del país en el que se lleva a cabo la dirección efectiva de la sociedad.

c. Determinación del lugar de la acción cuando interviene una sucursal de una sociedad extranjera

¹³ Entre las normas de este tipo cabe citar el artículo 9.2 de la ley española de sociedades de capital; el artículo 8.1 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. La legislación fiscal británica también utiliza esta distinción entre sede social y sede real, para atribuir consecuencias fiscales al hecho de transferir al extranjero únicamente la sede real, conservando la nacionalidad británica y la sede social en el Reino Unido. La distinción entre sede social y sede real también es conocida por el Derecho holandés a través de la Ley sobre sociedades formalmente extranjeras (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*), de 17 de diciembre de 1997.

Cuando una persona jurídica o sociedad tiene una sucursal en otro país y actúa a través de dicha sucursal, en nuestra opinión será preciso apreciar la existencia de una autonomía en la gestión suficiente para comportar un criterio de decisión distinto de aquél de la sociedad de la que depende. Esto legitimaría que sea posible considerar que, respecto de delitos cometidos por una sociedad a través de una sucursal, sea posible considerar al lugar en el que se encuentra la sucursal como lugar de la acción, al efecto de determinar la competencia de los jueces españoles por ser el lugar de comisión del delito. Respecto de este criterio cabría establecer cierto paralelismo respecto de los foros especiales que para la actividad de las sucursales son recogidos en el artículo 5.5 del Reglamento 44/2000, de 22 de marzo, sobre la competencia judicial internacional y el reconocimiento de decisiones en el ámbito civil y mercantil (en adelante Reglamento Bruselas I). Cuando en España solo se encuentra una oficina de representación o de información, sin autonomía de gestión propia, no parece que pueda llegar a atribuirse la consideración de lugar de la acción al lugar en el que se encuentra dicha oficina.

d. Determinación del lugar de la acción para una *joint venture* internacional

Para estos supuestos es preciso distinguir en dependencia de si la joint venture creada posee una personalidad jurídica propia o si es un mero consorcio sin personalidad jurídica. Cuando la entidad que comete el delito carece realmente de personalidad jurídica, por venir así dispuesto por la ley aplicable (artículo 9.11 del Código civil), no es posible atribuirle responsabilidad criminal. La misma habrá de ser atribuida a cada una de las sociedades que han formado el consorcio sin personalidad jurídica. En este sentido, la Circular 1/2011 del Fiscal General del Estado entiende que no será de aplicación el régimen de responsabilidad penal del art. 31 bis CP a las Uniones Temporales de Empresas (UTE's), sin perjuicio de que las sociedades que las integran, individualmente consideradas, sí puedan ser penalmente responsables. No obstante, como recuerda la propia Circular y Marina Roig Altozano¹⁴, “el legislador ha establecido que puedan aplicársele las consecuencias accesorias del art. 129 CP, que incluye la mayor parte de sanciones que están prevista en el art. 33.7 CP para las personas jurídicas”. Cuando por el contrario la joint venture supone la creación de una

¹⁴ Véase M. Roig Altozano, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*”, Noticias Jurídicas, Febrero 2012.

filial común con personalidad jurídica propia, para determinar el lugar de la acción habrá que estar a los criterios que hemos señalado más arriba.

V. El principio real o de defensa y el principio de justicia universal

La aplicación del apartado tercero del artículo 23 LOPJ a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas plantea menos dificultad, pues respecto de los delitos allí señalados puede conocer la jurisdicción española respecto de autores personas jurídicas españolas o extranjeras, haya o no sido el delito cometido en España o en el extranjero. Por esta misma razón, el principio de justicia universal plantea una menor problemática en su aplicabilidad a los delitos cometidos por personas jurídicas.

VI. CONCLUSIONES

El legislador español al establecer la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no ha llevado a cabo la labor de depuración que habría sido necesaria a fin de determinar en qué supuestos internacionales podrán conocer los jueces españoles de los delitos cometidos por las personas jurídicas. Esta falta de depuración provoca dos clases de problemas: en primer lugar, puede determinar que queden impunes delitos que deberían ser conocidos por los jueces españoles debido al alto grado de proximidad con la jurisdicción española; y por otra parte, genera problemas de consistencia en el sistema, pues la falta de claridad hace que no sean cumplidas de forma satisfactoria las exigencias relacionadas con el principio de legalidad que impera en el ámbito penal. Por esta segundo razón creemos que, en su caso, habría que valorar con sumo cuidado la utilización del expediente del levantamiento del velo social para exigir responsabilidad criminal a la sociedad madre de nacionalidad extranjera de una sociedad filial de nacionalidad española. Por ello, tras el análisis que hemos efectuado, creemos necesaria una actuación legislativa dirigida a clarificar los términos en los que la jurisdicción española podrá conocer de los delitos cometidos por personas jurídicas.

El principio de personalidad debería ser adaptado a la realidad de que hay sociedades que están vinculadas con España de modos distintos a la nacionalidad española y cuyos delitos cometidos en el extranjero deban ser conocidos por la jurisdicción española, sobre todo si poseen en España su domicilio (como es el caso por ejemplo de las

Sociedades Anónimas Europeas con domicilio en España), su administración central o su centro de actividad principal. De *lege ferenda*, a fin de paliar esta insuficiencia, se podría establecer una norma similar a la siguiente:

“La jurisdicción española conocerá de los delitos cometidos por personas jurídicas:

- *Que posean nacionalidad española*
- *Que posean su domicilio en España*
- *Que posean su administración central en España*
- *Que posean su centro de actividad principal en España*

En cuanto a la aplicación del principio de territorialidad, la determinación del lugar del resultado no reviste en nuestra opinión especialidad respecto de los delitos cometidos por personas jurídicas. No obstante, para los delitos a distancia, si se acepta la teoría de la ubicuidad, la determinación del lugar de la acción y de la omisión, respectivamente, pueden plantear problemas de determinación, sobre todo si existe una disociación entre el domicilio de la sociedad y el lugar en el que se toman las decisiones relativas a la administración de la sociedad, dada la complejidad especial que posee la determinación del lugar de la acción cuando se trata de personas jurídicas. Del mismo modo, cabría establecer reglas especiales para la determinación del lugar de la acción cuando la actuación ha tenido lugar a través de una sucursal radicada en España. En nuestra opinión, una legislación que responda al principio de legalidad debería perfilar estas cuestiones. En este punto, cabría por ejemplo construir un concepto de lugar de acción por referencia al lugar de la administración central de la persona jurídica.

En conclusión, al realizar la reforma del Código Penal e introducir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, el legislador español no ha reparado en la necesidad de adaptar a la fisonomía especial de esa clase de entidades los criterios de atribución de competencia judicial internacional en el orden penal a los órganos jurisdiccionales españoles. Esperemos que durante el tiempo que tarde en acometerse dicha adaptación no sean excesivos los delitos que queden impunes por este motivo.