

7. ÁMBITO DE JURISDICCIÓN: ¿CUÁNDO SON PERSEGUIBLES EN ESPAÑA LOS DELITOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ*

Universidad Autónoma de Madrid

ANA BELÉN VALVERDE CANO**

Universidad Complutense de Madrid

7.1 INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA ESENCIAL DESAPERCIBIDO

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas *ex* artículo 31 bis del Código Penal no llevó aparejada inicialmente una reforma procesal adaptando las especificidades del proceso penal a los nuevos «cuerpos», apellidados jurídicos en lugar de naturales, que iban a ser objeto de imputación. Esto, denunciado por procesalistas desde el inicio¹, ha ido supliéndose con reformas legales², reflexiones doctrinales³, y con una esforzada

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid.

** Investigadora postdoctoral Ramón y Cajal en la Universidad Complutense de Madrid.

¹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *La Ley*, núm. 7427, 2010, pp. 4 ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., FERREIRO BAAMONDE, X. (dirs.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*, Coruña (Universidade da Coruña), Coruña, 2012, p. 224. También lo pone de manifiesto la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 30.

² Como las de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, o ciertas modificaciones a la LECr—especialmente la de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales—, en relación con la conexidad de delitos, competencia objetiva, la actuación en el proceso por medio de representante, la imputación formal, las medidas cautelares o la conformidad con la acusación.

³ Véase, por ejemplo: GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Navarra (Aranzadi), 2014, pp. 33 y *passim*; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons,

jurisprudencia que por la vía interpretativa ha ido tratando de resolver los conflictos de distinta naturaleza –penal, procesal o híbridos– planteados en la práctica⁴.

Uno de estos problemas cruciales es el de la denominada «vigencia espacial» de las normas penales⁵. Se trata de una cuestión central del sistema de responsabilidad penal, y no de índole exclusivamente procesal, puesto que lo que delimita la aplicabilidad son, en realidad, las fronteras de protección de las normas penales⁶. No obstante, a pesar de esta naturaleza sustantiva, el diseño de estas fronteras no ha sido objeto de regulación específica por un legislador sorprendentemente pasivo o escueto en torno a todo lo que tiene que ver con el procedimiento de exigencia de responsabilidad penal de las

Madrid, 2012, pp. 9 ss. (estos autores trasladan los elementos y principios del proceso penal de las personas físicas a las personas jurídicas); LÓPEZ JIMÉNEZ, R., OUBIÑA BARBOLLA, S., «La regulación de la persona jurídica imputada en el proceso penal: modelos a debate», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 34, 2014, p. 19 (las autoras reflexionan más genéricamente sobre los modelos de estatutos jurídicos procesales de personas jurídicas imputadas); LORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La persona jurídica en el proceso penal. Un análisis desde la perspectiva procesal», *Revista General del Derecho Procesal*, núm. 29, 2013, pp. 10 ss. (esta autora aborda las particularidades de la persona jurídica en la delimitación de normas de competencia y procedimiento de su enjuiciamiento, medidas cautelares e intervención en el juicio oral); DEL MORAL GARCÍA, A., «Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas», en ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DEL MORAL GARCÍA, A. (coords.), *El juicio oral en el proceso penal*, 3.^a ed., Granada (Comares), 2021, pp. 921-937 (sobre la fase de enjuiciamiento, donde propone considerar a la persona jurídica responsable penal como una figura a medio camino entre el imputado y el tercero responsable civil); NEIRA PENA, A. P., La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español, *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 21, núm. 1, 2014, pp. 157-201 (donde aporta una perspectiva comparada España-Chile).

⁴ Como resume VELASCO NÚÑEZ en *10 Años de Responsabilidad Penal de la Persona jurídica. Análisis de su jurisprudencia*, Navarra (Aranzadi), 2020, analizando más de 300 sentencias y autos dictados por los tribunales españoles desde que se implanta la responsabilidad penal de la persona jurídica, donde dan respuesta a los problemas penales y procesales que han accedido a los tribunales.

⁵ Denominación de dudosa fortuna, puesto que se refiere a un ámbito que no depende solo del espacio.

⁶ Da cuenta también de esta naturaleza penal material y no solo rituarial (pese a lo que se venía sosteniendo en aquel entonces): BLANCO LOZANO, C., «Principios espaciales y personales de aplicación del derecho penal español», *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 73, 2001, pp. 35-79. También, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Navarra (Aranzadi), 2009, pp. 51 ss. La jurisprudencia constitucional ha sido contundente en materia de interpretación de las denominadas normas de vigencia espacial de la ley penal, situándolas sin margen a la duda bajo las garantías que derivan del artículo 25.1 CE. Así, para la STC 57/1984, que era la encargada de abordar la demanda de dos condenados por un delito de aborto cometido en el extranjero, a pesar de que la regla relativa al ámbito de validez de la norma penal venía presidida por el principio de personalidad pasiva (la víctima había de ser un español), sostiene que «es obvio que el principio de legalidad penal, como ‘garantía de seguridad jurídica para el ciudadano’ cubre también los preceptos de esta naturaleza», que constituyen, «por tanto, lo que la Sentencia de casación denomina ‘verdadera condición objetiva de punibilidad’» (FJ 3). Véase también el ATC 899/1985 (FJ 3.b), en el que, en relación con una petición de extradición, se analiza la legalidad de la competencia de los tribunales de los Estados Unidos frente a la española. Como señala AMBOS, «el régimen aplicativo del derecho penal es ciertamente una parte constitutiva de las normas primarias del derecho penal», aunque «no forma parte del tipo de injusto [...] sino que constituye una mera condición objetiva de culpabilidad», en «El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas», *Revista Penal*, vol. 50, 2022, p. 26.

personas jurídicas⁷. Y tampoco ha merecido apenas reflexiones doctrinales hasta la fecha⁸.

Lo que tenemos es nuestra regulación general de «la extensión y límites» de la jurisdicción penal del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), precepto que fue redactado, él y sus precedentes, pensando en la responsabilidad penal de las personas físicas, que era por cierto lo único imaginable en 1985. Poco problema tendríamos entonces si el legislador hubiera establecido un sistema de responsabilidad vicarial de la persona jurídica⁹, en el entendimiento de que la pena impuesta no es más que una pena accesoria que se interpone tras constatar la responsabilidad penal de las personas físicas. En ese caso, la conducta individual sería la única sujeta al escrutinio del artículo 23 LOPJ y el destino jurisdiccional de la persona jurídica dependería del resultado del mismo: el Derecho penal español se aplicaría si se aplica al individuo y no se aplicaría si no se le aplica al mismo.

No obstante, la adopción de un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas¹⁰, es decir, de responsabilidad propia no dependiente únicamente de la constatación de concreta responsabilidad individual, convierte el

⁷ Pasividad legislativa que comparten la mayoría de los Estados: NIETO MARTÍN, A., *El cumplimiento normativo como estrategia político criminal*, Buenos Aires (Hammurabi), 2022, p. 275.

⁸ Con excepción de autores como GIMENO BEVIÁ en «La protección penal de los mercados de valores a través de la extraterritorialidad de la jurisdicción: Una aproximación desde el modelo estadounidense», *Revista Derecho & Sociedad*, vol. 52, 2019, pp. 117-125; y «Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen», *Revista penal*, vol. 37, 2016, pp. 99-109. En el ámbito italiano, da cuenta de la enorme trascendencia MANACORDA en «Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criterio d'imputazione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 1, 2012, p. 95.

⁹ En los modelos de heteroresponsabilidad, también llamados de responsabilidad vicarial o por transferencia, el delito se comete por la persona física y se transfiere a la persona jurídica. Por el contrario, en el modelo de autorresponsabilidad se articula la responsabilidad sobre la base de un injusto propio y/o de una culpabilidad propia de la persona jurídica, plenamente autónomos de los de la persona física: BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 230-233.

¹⁰ Aunque algunos autores han sostenido que se trata de un sistema «híbrido» con rasgos de heteroresponsabilidad (como hacen, entre otros, BOLDOVA PASAMAR en *ibid.*, p. 233), la mayor parte de la doctrina y el Tribunal Supremo entienden que el de la persona jurídica es un supuesto de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el hecho propio, por mucho que ese hecho propio se refiera a una conducta individual ajena: es decir, configura un objeto procesal propio, aunque haya que analizar (por ejemplo, a efectos de territorialidad) hasta qué punto integra parte del objeto procesal el propio de la responsabilidad individual. Véase, por todos: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Navarra (Aranzadi), 2017, pp. 52 ss.; PÉREZ MACHÍO, A. I., «Programas de cumplimiento normativo como paradigma de la justicia penal preventiva», en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 473; FELJOO SÁNCHEZ, B., «Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles», en ONTIVEROS ALONSO, M. (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 166; NIETO MARTÍN, A., «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 71. Sobre la postura del Tribunal Supremo, véase sobre todo la STS 154/2016, de 29 de febrero (especialmente FJ 11).

objeto procesal (los hechos con relevancia penal)¹¹ en algo más complejo y, en cierta medida, autónomo. Dado que este no se limita a las acciones u omisiones del individuo que desencadenan la posibilidad de enjuiciar a la persona jurídica, el destino jurisdiccional de esta última tampoco puede depender, vicariamente, del escrutinio de la conducta individual a la luz del artículo 23 LOPJ. Y, al contrario, si bien la conexidad entre delitos es un criterio que sirve para determinar la competencia de un determinado órgano judicial presupuesta la jurisdicción de los delitos conexos, no sirve para afirmar la del delito que no la tiene. Es decir, si no hay jurisdicción para enjuiciar el delito de la persona jurídica, la misma no podría afirmarse por su conexión con el delito individual para el que sí haya jurisdicción¹².

Este problema de delimitación del foco penal de nuestras normas y de la jurisdicción penal de nuestros tribunales, no es menor, como ha venido subrayando Vincenzo Mongillo, pues el grueso quizás del objetivo preventivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en los delitos de empresa y buena parte de nuestras preocupaciones de contención delictiva dirige su mirada a las corporaciones transnacionales o, en cualquier caso, a delitos con elementos espaciales, personales o materiales que no son exclusivamente nacionales¹³. Un error en el diseño comparado de esta cuestión puede constituir bien un estímulo al delito en forma de impunidad, bien un brindis al sol o una fuente de restricción de garantías fundamentales, singularmente la de no padecer *bis in idem*¹⁴.

En el presente trabajo se examinan las posibilidades de aplicación del régimen que suele denominarse de «vigencia espacial» a los delitos cometidos por las personas jurídicas y la utilidad y la justicia del modelo resultante. Para ello, en primer lugar, reflexionaremos sobre los modelos de atribución de competencia para las personas físicas y cómo pueden trasladarse a las personas

¹¹ El objeto del proceso «tiene por objeto el hecho punible, es decir, una o varias conductas, en el sentido amplio en que este término engloba todas las acciones, omisiones o situaciones que son relevantes para el Derecho penal porque integran el supuesto de hecho de las normas que es preciso aplicar para determinar si se puede castigar a un sujeto por haber cometido un delito. El objeto del proceso penal, por tanto, viene integrado por un conjunto de hechos con relevancia penal: éstos son los hechos que han de ser objeto de investigación, primero, y de prueba, después, y sobre ellos han de versar las alegaciones y pretensiones de las partes, así como el posterior enjuiciamiento del tribunal»; GASCÓN INCHAUSTI, F., 2012, pp. 33 ss.

¹² PEDRAZ PENALVA, E., «Jurisdicción y competencia en los procesos penales contra las personas jurídicas», *La Ley Penal*, núm. 101, 2013, p. 4.

¹³ MONGILLO habla de una fuerte expansión espacial en la aplicación de las leyes penales nacionales como reacción a la erosión de su soberanía («Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie 'prese sul serio'», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 170, núm. 2, 2021, p. 187).

¹⁴ Es particularmente crítico al respecto: BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 22, núm. 16, 2020, pp. 41-42.

jurídicas desde el prisma de los principios que deben gobernar esta atribución, y que tienen que ver con la justicia y la eficacia de la pena y, en segundo lugar, interpretaremos el vigente artículo 23 LOPJ de acuerdo con este «deber ser».

Para no resultar excesivamente abstractos en nuestras reflexiones, vamos a servirnos como ejemplos los siguientes grupos de casos, que cuentan con algún elemento de conexión con España (nacionalidad de la persona física, jurídica, o realización del hecho) y otro internacional:

a) *Caso de los vertidos ilegales*: el directivo de una empresa pesquera francesa autoriza que se efectúen unos vertidos tóxicos en la zona económica exclusiva española que afectan gravemente la fauna del cantábrico.

b) *Caso de las patentes*: el consejo de administración de una empresa española acuerda fabricar y producir ilegalmente en Chile objetos amparados por patentes internacionales.

c) *Caso de la falsificación de moneda*: un trabajador italiano de una empresa de artes gráficas italiana falsifica euros con los que paga a sus proveedores de España.

d) *Caso de los estragos*: unos trabajadores de nacionalidad española que, sin autorización de la empresa española para la que trabajan, continúan vendiendo sustancias que saben que son nocivas para la salud en Alemania.

e) *Caso de la estafa piramidal*: los directivos de una empresa francesa informática, con información engañosa, hacen que un gran número de personas pierdan mucho dinero sin obtener nada a cambio. Después de los hechos, la empresa decide cambiar su domicilio social a España.

7.2 ¿CUÁL DEBERÍA SER EL ÁMBITO JURISDICCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

O lo que es lo mismo: ¿a qué supuestos espaciales, personales y materiales debería alcanzar la responsabilidad penal española de las personas jurídicas? Es una pregunta que, aunque tiene que ver con la determinación del Derecho penal sustantivo –y, en cierta medida, con la legitimidad del Estado para guiar comportamientos y limitar libertades–, afecta sobre todo a la delimitación del ámbito en el que un Estado puede legítimamente proceder a la protección de bienes jurídicos a través de la pena¹⁵.

¹⁵ La cuestión de la determinación de las normas penales aplicables se conoce como «competencia para prescribir» (*jurisdiction to prescribe*), mientras que el establecimiento del foro doméstico de enjuiciamiento se conoce como «competencia para adjudicar o enjuiciar» (*jurisdiction to adjudicate*): BÖSE, M., «German Report on prosecuting corporations for violations of International Law», en GLESS, S., BRONISZEWSKA-EMDIN, S. (eds.), *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdic-*

¿Cuál es el estándar en esta materia? El Derecho internacional reconoce seis elementos de conexión que permiten establecer la competencia de un Estado para perseguir penalmente un hecho¹⁶:

(1) *Territorio soberano*, que incluye también las aguas territoriales. Es la base principal de atribución de competencia, bastando con que una parte significativa o sustancial del hecho con relevancia criminal se produzca dentro de las fronteras. Se funda en los principios de soberanía territorial e igualdad entre los Estados, y la principal justificación es que la población de un Estado tiene más probabilidades de verse afectada o dañada por tales actos perjudiciales¹⁷, aunque también se han señalado otras razones prácticas, como que la mayor parte de la prueba del delito estará disponible en el lugar donde se ha cometido el delito¹⁸. Al final lo que subyace es la idea muy intuitiva de que el Estado aplica su Derecho penal allí donde manda y donde pretende (y puede) mantener preventivamente ciertas reglas esenciales de convivencia.

(2) *Pabellón o registro de buques y aeronaves*. Según lo que en ocasiones se ha denominado principio del «territorio flotante», un buque o aeronave que utiliza la bandera de un país se encuentra dentro de su jurisdicción tanto como si estuviera geográficamente en su territorio. La doctrina se apoya en la base pragmática de que la ley a bordo no puede cambiar en cada cambio de aguas¹⁹.

(3) *Interés protegido*. Los Estados pueden castigar conductas que ocurran fuera de sus fronteras que puedan tener un efecto perjudicial sustancial en su soberanía o su derecho a la independencia política²⁰. Dado que tales actos,

tional Issues (International Colloquium Section 4, Basel, 21-23 June 2018), Antwerpen (Maklu), 2018, p. 213; y en la misma obra colectiva: GLESS, S., WOODS, S., «General Report on prosecuting corporations for violations of International Criminal Law: jurisdictional issues», p. 24; RYNGAERT, C., *Jurisdiction in International Law*, 2.^a ed., Oxford (Oxford University Press), 2015, p. 9. En materia penal, por la índole de las normas aplicadas, tan vinculadas a las convicciones básicas de justicia de la sociedad, se hace coincidir el foro con el ordenamiento aplicable. Los tribunales de un Estado solo aplican su Derecho penal: de este modo, las cuestiones sobre si hay jurisdicción y sobre el ámbito de aplicación de las normas penales coinciden.

¹⁶ RYNGAERT, C., 2015, pp. 6-7, 29; GEORGE, B. J., «Jurisdictional Bases for Criminal Legislation and its Enforcement», *Michigan Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 1983, pp. 3-4; BÖSE, M., «German Report on prosecuting corporations for violations of International Law», p. 219. La cuestión del establecimiento de jurisdicción ha interesado tradicionalmente al Derecho internacional porque puede generar conflictos entre Estados cuando hay intereses concurrentes o cuando uno de ellos, tratando de proteger sus intereses soberanos en el extranjero, adopta normas sobre conductas que no le conciernen solo a él: RYNGAERT, C., citado en esta misma nota, p. 5.

¹⁷ GEORGE, B. J., «Jurisdictional Bases for Criminal Legislation and its Enforcement», vol. 4, núm. 1, 1983, p. 3; RYNGAERT, C., 2015, p. 5

¹⁸ BÖSE, M., 2018, p. 220.

¹⁹ GEORGE, B. J., «Jurisdictional Bases for Criminal Legislation and its Enforcement», vol. 4, núm. 1, 1983, p. 4.

²⁰ No tiene que materializarse en un daño real, y en eso se diferencia del principio de territorialidad: RYNGAERT, C., 2015, pp. 114 ss.; GEORGE, B. J., «Jurisdictional Bases for Criminal Legislation and its Enforcement», vol. 4, núm. 1, 1983, p. 4.

como el delito de traición, pueden no ser punibles en el Estado en el que se originan, la jurisdicción protectora del Estado al que se dirigen los actos se ha justificado tradicionalmente por el derecho del Estado a autodefenderse frente a amenazas que le afecten sustancialmente²¹, y, en general, a proteger sus intereses básicos.

(4) *Nacionalidad del delincuente*, conocido como principio de «nacionalidad activa» o «personalidad activa». Los países pueden castigar la conducta delictiva de sus nacionales con independencia de dónde se encuentren y dónde hayan cometido el delito, con el límite de la doble incriminación (tiene que ser delito en ambas jurisdicciones)²². Este principio se funda en el vínculo especial entre el Estado y sus ciudadanos²³, y se ha justificado tradicionalmente por motivos de distinto orden, como evitar que los nacionales se sigan dedicando a actividades delictivas al regresar a su país de origen o, de modo claramente más convincente, para evitar la impunidad en los Estados que, siguiendo una pauta tradicional, no extraditan a sus nacionales²⁴.

(5) *Nacionalidad de la víctima*, o principio de «personalidad pasiva». Se extiende la jurisdicción a casos en los que el nexo con el Estado es el nacional que ha sido víctima de un delito²⁵, en una especie de principio de protección ampliado. Es un principio mucho más cuestionado que los anteriores porque el vínculo con el orden público del Estado que extiende su jurisdicción se considera excesivamente tenue e insuficiente²⁶. Otras críticas —a nuestro juicio, más relevantes— incluyen la imposibilidad del autor de anticipar a qué

²¹ KRIZEK, M. B., «The Protective Principle of Extraterritorial Jurisdiction: A Brief History and an Application of the Principle to Espionage as an Illustration of Current United States Practice», *Boston University International Law Journal*, vol. 6, 1988, p. 339. Esta base de justificación ha sido no obstante criticada por ser conceptualmente falaz (la defensa solo cabe frente a un riesgo inminente, no frente a un daño consumado) y susceptible de una interpretación demasiado extensiva: RYNGAERT, C., 2015, p. 115. Por esta razón propone la adopción de una convención internacional al respecto (p. 116).

²² GEORGE, B. J., «Jurisdictional Bases for Criminal Legislation and its Enforcement», vol. 4, núm. 1, 1983, p. 4; RYNGAERT, C., 2015, p. 104. Según este último autor, en este caso estarían justificadas penas menores por afectar en menor medida el orden público estatal (p. 106).

²³ BÖSE, M., 2018, p. 223.

²⁴ De hecho, se suele argumentar que el principio de personalidad activa es, en realidad, una compensación por la protección diplomática que el Estado ofrece a sus nacionales en el extranjero: RYNGAERT, C., 2015, p. 106. En algunos convenios internacionales se establece la jurisdicción fundada en el principio de nacionalidad activa obligatoriamente cuando los tribunales de un Estado se nieguen a extraditar a la persona por ser nacional de ese país, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44.4), o la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 5).

²⁵ Se afirmó a partir del Caso *Lotus*, de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), como base para aplicar la legislación penal turca contra un oficial de un buque francés que causó un desastre marítimo. Véase GEORGE, B. J., «Jurisdictional Bases for Criminal Legislation and its Enforcement», vol. 4, núm. 1, 1983, p. 4.

²⁶ RYNGAERT, C., 2015, p. 110.

normas ajustar su comportamiento, lo que es especialmente grave cuando no se exige doble incriminación²⁷.

(6) *Universalidad*²⁸. El Derecho internacional consuetudinario reconoce ciertos sucesos como asuntos de interés universal –como la piratería, el comercio de esclavos y ciertos actos terroristas–, lo que permite que los autores puedan ser perseguidos y castigados en virtud de la legislación penal nacional de cualquier Estado que los aprehenda, independientemente de que tales actos se produzcan en su territorio o afecten a sus buques, aeronaves o nacionales²⁹, o de que los cometan sus nacionales, o de que afecten directamente a sus intereses. Se fundamenta en el interés compartido de perseguir al infractor por suponer la conducta una amenaza potencial para todos los Estados³⁰ y en razones de justicia básica de aseguramiento de la persecución penal de los crímenes más execrables. Se trata, no obstante, de un principio no libre de contestación y, en ocasiones, dependiendo de su conformación, problemático tanto por las posibilidades de politización –de utilización de la jurisdicción penal con fines de política internacional–, como por lo débil del vínculo con la

²⁷ MEYER, J., «The Vicarious Administration of Justice: An Overlooked Basis of Jurisdiction», *Harvard International Law Journal*, vol. 31, 1990, p. 114. De hecho, algún autor sostiene que parece poco probable que el sistema jurídico internacional apruebe alguna vez la jurisdicción de la personalidad pasiva a menos que haya al menos algún elemento de «doble criminalidad» incorporado: WATSON, G. R., «Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction», *Yale Journal of International Law*, vol. 41, núm. 1, 1992, especialmente en p. 63.

²⁸ Distintos de la jurisdicción universal, aunque con algunos rasgos en común, están los principios de jurisdicción vicaria y el de *aut dedere aut judicare*. El primero hace alusión a la persecución de un delito por parte de un Estado que actúa como representante de otro, si el hecho es también un delito en el Estado territorial y la extradición es imposible por razones no relacionadas con la naturaleza del delito (RYNGAERT, C., 2015, p. 121). En virtud del segundo principio, un Estado está obligado a establecer su jurisdicción sobre cualquier autor del delito presente en su territorio si decide no extraditarlo. Varias convenciones incluyen una cláusula de este tipo, como las Convenciones de Ginebra (1949) y la Convención sobre la Tortura de la ONU (art. 5.2).

²⁹ GEORGE, B. J., «Jurisdictional Bases for Criminal Legislation and its Enforcement», vol. 4, núm. 1, 1983, p. 4.

³⁰ MARKS, J. H., «Mending the Web: Universal Jurisdiction, Humanitarian Intervention and the Abrogation of Immunity by the Security Council», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, pp. 465-467; ZIMMERMANN, A., «Violations of Fundamental Norms of International Law and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters», en TOMUSHAT, C., THOUVENIN, J. M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden (Brill), 2006, p. 351; BAUCCELLS LLADÓS, J., HAVA GARCÍA, E., «Posibilidades y límites del principio de justicia universal: el caso de Acteal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 19, 2007, pp. 119-121. Según estos autores, la jurisdicción universal no es una mera extensión de la competencia de nuestros tribunales para tutelar a los ciudadanos del Estado o proteger sus intereses: «El carácter internacional de los intereses protegidos, sumado a esa función de cierre para evitar que se produzcan ámbitos de impunidad no deseados, proporciona al principio de justicia universal una especial fuente de legitimación y reconocimiento interestatal. Desde esa perspectiva, puede afirmarse que en virtud de este principio el Estado español actúa en nombre de la comunidad internacional, asumiendo, junto a la competencia jurisdiccional formal, el compromiso de perseguir aquellos hechos que, por afectar gravemente a determinados bienes jurídicos esenciales reconocidos a nivel supranacional, han merecido su repulsa unánime» (p. 120).

soberanía estatal³¹. De hecho, en la práctica colisiona con la soberanía de otros Estados y genera conflictos de competencia³², por lo que las legislaciones tienden a arrogarse competencia en virtud de este principio en un número limitado de casos y a partir de vínculos de conexión con el Estado³³.

A partir de estos principios, en general, las posibilidades de establecimiento de jurisdicción por parte de la legislación nacional o a partir de compromisos internacionales oscilarían entre dos extremos: la más «tacaña» se limitaría a la territorialidad (impongo las conductas en mi territorio y de lo demás que se ocupen los correspondientes soberanos), salvo que en los tratados ratificados o los acuerdos interestatales se establezca alguna excepción; y la más generosa supondría extender la jurisdicción a todo aquello sobre lo que no exista una norma prohibitiva internacional vinculante en sentido contrario³⁴. Una especie de «nada humano me es ajeno». La primera estrategia es menos preventiva, pero en algunos sentidos más eficaz: se investiga solo lo cercano, que es más fácil y menos costoso; se garantiza el efecto preventivo general, más difuso respecto a la población lejana al hecho delictivo; y se evita en todo caso la generación de conflictos con otras jurisdicciones³⁵. La segunda es más justa en el sentido de prevenir y castigar toda conducta dañina, pero más costosa en términos absolutos y relativos: es más difícil y caro investigar y establecer los hechos, y frustrante cuando ello no es posible; puede desplegar un pobre efecto preventivo en relación con los delitos cometidos lejos del lugar de enjuiciamiento; y, como supo bien España cuando tuvo una jurisdicción universal generosa, puede provocar conflictos interestatales³⁶.

³¹ Algunos Estados africanos y China han criticado la «extralimitación jurisdiccional» de los Estados europeos a través del principio de universalidad, alegando que se dirige injustamente a determinadas nacionalidades (especialmente a los africanos), viola su soberanía e integridad territorial, socava su estabilidad y afecta negativamente a su desarrollo y a su capacidad para mantener relaciones internacionales. Véase la Declaración de China en la Asamblea General de Naciones Unidas (2010), en concreto, en la Observación § 1 (traducido en: https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUnijuri_StatesComments/China_E.pdf, último acceso 9/10/2022). Por estas razones, y con el objetivo de «salvar» este principio, los internacionalistas han tratado de limitarlo exigiendo elementos como la presencia del acusado y la subsidiariedad: LAFONTAINE, F., «Universal Jurisdiction – the Realistic Utopia», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 1277-1302.

³² CASSESE, A., «Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensitive Notion of Universal Jurisdiction», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, p. 589.

³³ En un estudio empírico publicado en 2011, Langer identificó únicamente 32 casos que habían ido a juicio por el principio de jurisdicción universal: LANGER, M., «The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes», *American Journal of International Law*, vol. 105, núm. 1, 2011, p. 8.

³⁴ De hecho, este parece ser el enfoque adoptado por la CIJ en el caso *Lotus*: RYNGAERT, C., 2015, p. 29.

³⁵ *Ibid.*, pp. 29-30. Según este autor, esta parece ser la opción que suelen adoptar los Estados y que apunta a la cristalización de un consenso.

³⁶ FERRY, J. E., «Towards Completing the Charm: The Woodpulp Judgment», *European Competition Law Review*, 1989, p. 21.

7.2.1 ¿Qué deberíamos hacer con los delitos de las personas jurídicas?

Nuestra legislación adopta una posición intermedia sobre la extensión de nuestra jurisdicción y la proyección de nuestras normas penales³⁷: en el artículo 23 LOPJ se consagran los principios de territorialidad³⁸, nacionalidad activa (con los límites materiales expresos del principio de doble incriminación y prohibición *ne bis in idem*, y formales de exigencia de querrela), interés protegido³⁹ y jurisdicción universal, ambos limitados también, aunque no expresamente, por la prohibición constitucional de *bis in idem*, y sujeto el último a los múltiples límites de conexión del apartado 4, que varían en función del delito que se trate, pero que suelen referirse a la nacionalidad española del autor o la víctima⁴⁰. También establece algunos supuestos adicionales de juris-

³⁷ Véase MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Vigencia espacial de la ley penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid (BOE), 2019, pp. 139-153. Esta también parece ser la tónica general en los Estados, como muestra el trabajo editado por GLESS y BRONISZEWSKA-EMDIN (*Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues (International Colloquium Section 4, Basel, 21-23 June 2018)*, Antwerpen (Maklu), 2018), donde se analizan las legislaciones de Australia (pp. 90-94), Holanda (pp. 118-131), Finlandia (pp. 152-173), Francia (pp. 191-205), Alemania (pp. 218-229), Italia (pp. 243-261), Rusia (pp. 273-279), Suiza (pp. 294-300) y Estados Unidos (pp. 315-337): mientras que todas establecen de manera más o menos amplia el principio de territorialidad como elemento básico de atribución de competencia, así como el principio de protección del interés estatal, los principios de personalidad activa y pasiva y el principio de jurisdicción universal están sujetos a relevantes limitaciones. El principio de personalidad activa, no obstante, se aplica ampliamente, incluyendo a veces extranjeros con permiso de residencia permanente (Holanda). Algunos países también han incluido provisiones relacionadas con el principio *aut dedere aut adjudicate* (como Finlandia, Suiza y Holanda), o el de jurisdicción vicarial (Alemania y Suiza). Véase la comparación en pp. 25-33.

³⁸ Apartado 1: «En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y 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». Además, el artículo 8 del Código Civil indica que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

³⁹ Apartado 3: «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».

⁴⁰ El principio de jurisdicción universal y sus sucesivas limitaciones, primero en la jurisprudencia y luego en la normativa, han generado una vehemente discusión doctrinal. Llobet Angl, por ejemplo, había señalado el difícil encaje de los requisitos extralegales que empezó a exigir el Tribunal Supremo y que terminaron siendo considerados por el Tribunal Constitucional como contrarios al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 237/2005, caso Rigoberta Menchú) (LOBET ANGLÍ, M., «El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional: Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006», *InDret*, vol. 4, 2006, pp. 2-21), y Pérez Alonso criticó que el legislador cristalizase tales elementos con posterioridad: PÉREZ ALONSO, E., «Las últimas reformas del principio de

dicción vicaria universal⁴¹, aunque también con los límites del artículo 23.5 LOPJ para la jurisdicción universal.

En relación con las personas jurídicas, ante la ausencia de norma específica, son pensables *a priori* dos estrategias básicas: o hacemos una reflexión particularizada del delito de la persona jurídica; o hacemos depender su jurisdicción a la existencia de jurisdicción sobre el delito individual con una simple regla de remisión. Optamos por la primera porque, como indicamos anteriormente, es más coherente con la idea de delito propio y porque es preventivamente más eficaz: se trata de abarcar casos que no abarcaría la jurisdicción de la persona individual, por ejemplo, porque desde tal perspectiva no haya territorialidad, cuando sí exista un elemento de conexión relevante con España (por ejemplo, un delito individual cometido en Italia que beneficia a una persona jurídica española y que obedece a un defecto de organización de esta)⁴².

7.3 PRINCIPIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA Y PERSONAS JURÍDICAS

7.3.1 Principio de territorialidad

De lege lata, puesto que el delito se entiende cometido en todos los lugares en que se haya realizado algún elemento del tipo⁴³, la aplicación del prin-

justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia «creativa» del Tribunal Supremo español», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 131-196. Véase un análisis más general (y más optimista) sobre la vigencia del principio de jurisdicción universal en: ROBLES CARRILLO, M., «El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66, núm. 2, 2014, pp. 81-111. Robles Carrillo sostiene que, a pesar de los límites a los que es sometido en Estados que, como España, habían adoptado una regulación muy generosa inicialmente, el principio de jurisdicción universal está cada vez más extendido, lo que, a su juicio, le da una mayor legitimidad «porque cualquiera puede ser perseguidor o perseguido y porque, en cada espacio regional, la JU se ha modulado con caracteres propios en función del consenso expreso o implícito alcanzado por sus Estados» (p. 109).

⁴¹ En concreto, el artículo 23.4 *in fine* LOPJ establece que «la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España».

⁴² De opinión parecida en el ámbito del Derecho alemán es: BÖSE, M., 2018, p. 219.

⁴³ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2005, que asume la teoría de la ubicuidad y que zanja la antigua discusión sobre si el delito debía entenderse cometido en el lugar donde tuvo lugar la acción u omisión (teoría de la actividad) o donde se produce o debiera haberse producido (teoría del resultado): «El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa». Este principio fue desarrollado muy pormenorizadamente por la STS 1/2008, de 23 de enero,

cipio de territorialidad significa que da igual si los hechos imputables a la persona jurídica se realizaron total o parcialmente en España o si solo el resultado se produjo total o parcialmente en nuestro país: el delito se comete en todos los lugares en los que la persona jurídica actuó o debería haber actuado, o donde el resultado típico ocurrió o debiera haber ocurrido⁴⁴.

Según este parámetro, los tribunales españoles serían competentes para enjuiciar a la empresa francesa en el *caso de los vertidos ilegales*, aunque la conducta empiece a realizarse en zona económica exclusiva y no en el mar territorial, pero teniendo efecto en este. El criterio material que subyace es la valoración global de los hechos: me concierne toda intromisión ilegítima que se produzca en un ámbito relevante de mi soberanía⁴⁵. Más problemática, no obstante, resulta la interpretación del primer parámetro (donde la empresa jurídica actuó o debiera haber actuado), porque caben tres respuestas en el tenor literal del artículo 31 bis CP: (a) o entendemos que la empresa actúa donde actúan las personas físicas correspondientes; (b) o donde se produce el defecto de organización; (c) o en ambos lugares. La primera opción será desde luego defendida por quienes sostienen que el hecho de la persona física es también hecho de la persona jurídica. Pero también cabe sustentarla desde la concepción del injusto de la persona jurídica como injusto de desorganización, independiente del delito individual, que actuaría en realidad como una condición

donde califica esta regla de «Derecho penal internacional», por estar muy difundida en los derechos penales nacionales (FJ 1). Véase también: MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2019, p. 145. Como sostienen GLESS y WOODS, si se dispone de un principio de territorialidad amplio, no es necesario recurrir (o se debe recurrir menos) al principio de personalidad activa (2018, p. 27).

⁴⁴ Es el mismo criterio que se sigue en Alemania conforme al artículo 9 del Código Penal alemán y el artículo 7 del OWiG (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*): BÖSE, M., 2018, p. 220; BÖSE, M., «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Unternehmen für Menschenrechtverletzungen im Ausland», en ENGELHART, M., KUDLICH, H., VOGEL, J., (eds.), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention, Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, Berlín, 2021, pp. 395 ss.

⁴⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2019, p. 145. Es preciso tener cautela, no obstante, con cómo se interpreta lo que le incumbe al Estado: una interpretación excesivamente amplia del concepto de «daño» o interés genera problemas de vulneración de *non bis in idem* o, al contrario, permite el *forum shopping*, esto es, que las empresas puedan decidir ser enjuiciadas o llegar a acuerdos en aquellos Estados en los que es probable que las sanciones y otras consecuencias sean menos severas: BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*», vol. 22, núm. 16, 2020, p. 9. Vervaele ilustra esta problemática con varios ejemplos en los que la jurisdicción expansiva estadounidense, especialmente a través de la *US Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) o la Ley Sarbanes-Oxley (SOX, sobre participación en mercados oficiales), ha supuesto que en la práctica muchas empresas extranjeras que operan en el mercado estadounidense son sancionadas por EEUU con multas millonarias a pesar de que su vínculo con el daño es mucho más tenue que con otros países: VERVAELE, J. A., «Investigaciones en los delitos económicos y financieros: cuestiones jurisdiccionales y protección del principio de *ne bis in idem*», en DEMETRIO CRESPO, E., NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 161-166, 182-185; RYNGAERT, C., 2015, pp. 191 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., «Derecho penal y Unión Europea: territorio y competencia. El espacio judicial europeo», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 155, 2009, p. 662.

objetiva de punibilidad. Desde esta perspectiva podría apelarse que la conducta de la persona jurídica, en cuanto una especie de penalización autónoma de una forma de participación (omisiva) respecto a la conducta individual de referencia, se comete también en el lugar donde se ha realizado el hecho individual⁴⁶ y porque convergentemente cabe apreciar que es ahí donde se manifiesta el defecto de organización. Se puede justificar desde la perspectiva procesal, porque la conducta individual también pertenece al objeto procesal del delito de la persona jurídica⁴⁷, y desde la perspectiva de la teoría del lugar de realización de los delitos omisivos, porque es el que se debería haber actuado o en el que se produce el resultado que se debería haber evitado⁴⁸.

Respecto a la opción b), si entendemos que el Código Penal sitúa el injusto de la persona jurídica en su déficit de organización, en su mala gestión de ciertos riesgos personales, podemos sostener que el delito se comete donde se produce y quizás donde se concreta tal defecto de organización⁴⁹. Como la determinación del lugar donde se ha producido el defecto organizativo puede resultar difícil, porque frecuentemente estaremos ante comportamientos omisivos en organizaciones complejas, y es una cuestión que debería ser apriorísticamente determinada (principio de legalidad), un buen criterio acerca de

⁴⁶ Este criterio lo ha cristalizado el legislador alemán en el Código Penal en relación con el lugar de comisión de la participación: el § 9.2 StGB indica que «la participación se comete no solo en el lugar en el que se comete el hecho sino también en aquel lugar en el que el partícipe haya actuado». Véase BÖSE, M., 2018, p. 220. Según el artículo 113-5 del CP francés, un acto de complicidad efectuado en territorio francés puede ser perseguido en Francia independientemente de si el acto primario fue cometido en el extranjero, con la triple condición de que el acto primario constituya un delito o una falta; sea punible según el derecho extranjero; y haya sido constatado por una decisión firme del tribunal extranjero: LEILLEUR, J., «French report on prosecuting corporations for violations of International Criminal Law», en GLESS, S., BRONISZEWSKA-EMDIN, S. (eds.), *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues (International Colloquium Section 4, Basel, 21-23 June 2018)*, Antwerpen (Maklu), 2018, p. 197.

⁴⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., 2012, p. 50.

⁴⁸ § 9.1 StGB.

⁴⁹ Llegan a esta conclusión también GIMENO BEVIÁ, J., 2014, p. 44; y GASCÓN INCHAUSTI, F., 2012, pp. 52-53. De la misma manera, en Alemania la responsabilidad corporativa por defecto de supervisión no se considera que esté sujeta a las reglas de jurisdicción de los delitos que pretenden evitarse: BÖSE, M., 2018, p. 220. En Italia, el artículo 4 del Decreto Legislativo 231/01, sobre los delitos cometidos en el extranjero dispone: «En los casos y en las condiciones previstas en los artículos 7, 8, 9 y 10 del Código Penal, las entidades que tengan su sede en el territorio del Estado serán también responsables respecto de los delitos cometidos en el extranjero, siempre que el Estado del lugar donde se cometió el delito no actúe contra ellas. En los casos en los que la ley prevé que el culpable sea castigado a petición del Ministro de Justicia, el procedimiento se inicia contra el organismo solo si la petición se hace también contra este último». Véase MANACORDA, S., «Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criterio d'imputazione», vol. 1, 2012, p. 101. Normalmente, recuerda este autor, son limitaciones de índole práctico las que dificultan la persecución de delitos de empresas italianas cometidos en el extranjero (pp. 101-102). De este mismo autor, véase también: «Le «frontiere» del societas delinquere potest. Limiti all'applicazione nello spazio della legge italiana sulla responsabilità da reato degli enti collettivi», en CENTONZE, F., MANTOVANI, M. (dirs.), *La responsabilità penale degli enti. Dieci proposte di riforma*. Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 181-184.

dónde se organiza o se desorganiza una persona jurídica es el de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para determinar dónde debe establecerse el domicilio de una sociedad: en «el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección» (art. 9.1 LSC)⁵⁰. De acuerdo con este criterio, los tribunales españoles serían competentes en el *caso de las patentes*. En resumen: los tribunales españoles serían competentes tanto si el domicilio social de la empresa radica en España como si es en España donde se ha realizado la conducta individual de referencia (opción c).

Esta opción, no obstante, plantea problemas cuando el hecho individual y el domicilio social de la empresa no coinciden espacialmente, en cuanto a su realización en España, por la desconexión entre el daño visible y el lugar de enjuiciamiento. Por ejemplo, en el *caso de los estragos*, la conducta dañina individual ha tenido lugar en Alemania, pero la empresa tiene su domicilio social en España⁵¹. Si no se tiene jurisdicción para enjuiciar a los autores individuales, y salvando posibles cuestiones, no menores, de litispendencia y de *bis in idem*, ¿puede, o debe, afirmarse respecto de la persona jurídica?

Entendemos que sí, no solo porque sea posible al tratarse de un hecho propio, sino porque es deseable desde la perspectiva de la prevención de futuros riesgos: lo relevante es que la empresa, a pesar de ser una fuente de peligro en relación con las conductas de los suyos en su favor, no ha sido debidamente controlada por aquellos que debían hacerlo⁵². Y eso, que sucedió en España, pone en riesgo no solo a la sociedad alemana (donde finalmente se materializó

⁵⁰ El artículo 9 LSC indica: «1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. 2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España».

⁵¹ Salvando las distancias, este caso tiene la misma estructura que el que motivó la STS 710/2021, de 20 de diciembre, donde se plantea un conflicto de jurisdicción entre España y Alemania por la instalación de dispositivos en los motores de coches Volkswagen que disminuían fraudulentamente la emisión de gases únicamente cuando se les sometía a inspección, de manera que en el modo de conducción ordinario contaminaban mucho más (y sin que lo supieran los consumidores o las autoridades, que concedían subvenciones). Por los hechos eran competentes Alemania (sede central de Volkswagen) y España (por ser el lugar donde se habían materializado algunos daños, como los ocasionados por las emisiones o el fraude de subvenciones). Aunque España se declaró inicialmente competente, cedió la jurisdicción a las autoridades alemanas por entender que el país estaba en mejores condiciones para la investigación y enjuiciamiento: «se han cometido los hechos y allí tiene su sede la mercantil Volkswagen AG, y allí se encuentran las personas físicas que, según las investigaciones llevadas a cabo, pudieran tener alguna participación en los hechos objeto de investigación. En España por el momento ni se han identificado personas físicas, directivos o empleados, responsables de la supuesta manipulación, ni tampoco la concreta actuación de alguna que, aunque no identificada, pudiera ensamblar la responsabilidad de las filiales» (FJ 4).

⁵² Siguiendo la extendida opinión sobre el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas por violaciones a los Derechos Humanos», en GALAIN PALERMO, P., SAAD-DINIZ, E. (eds.), *Responsabilidad empresarial, Derechos humanos y la agenda del Derecho penal corporativo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 115.

el riesgo), sino que es relevante para el orden público español en relación con una sociedad que opera básicamente en España. Está desde luego el problema de prueba y si el ejercicio de la acción penal debería condicionarse a la finalización de la acción penal contra el individuo en otra jurisdicción. Consideramos que la respuesta aquí debe ser negativa en línea de principio —con independencia de las consideraciones que realizaremos en el epígrafe final sobre la severa conveniencia de unificar lo que podríamos denominar «jurisdicción individual» y «jurisdicción colectiva»—, y que debemos importar las soluciones que hemos incorporado en materia de blanqueo, otro supuesto de interconexión entre dos causas. Como sucede en esta materia, en la que el juez del blanqueo no está condicionado por la existencia de una condena firme del delito fuente y puede él mismo proceder a la constatación del origen delictivo de los bienes, así en materia de responsabilidad de personas jurídicas el juez debería poder constatar la existencia de una conducta individual antijurídica para cuyo enjuiciamiento de responsabilidad penal no es competente.

Por el contrario, el hecho de que a la persona jurídica se la haga responder básicamente por ser una «mala gestora» de sus riesgos, hace que necesariamente tenga que excluirse su responsabilidad sobre aquellos aspectos que no puede controlar o supervisar, como sería el caso de las sucursales, filiales u otras entidades que tienen autonomía propia y en la medida en que el defecto descontrol sea imputable solo a tal autonomía⁵³. Aunque esta cuestión tiene una complejidad que aquí no podemos abordar, baste señalar que el ordenamiento penal español solo contempla a la persona jurídica, no a la empresa y al grupo⁵⁴, y somete su responsabilidad a la constatación de que el individuo actuó por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio. Ello comporta que solo cabrá responsabilidad de la matriz por lo que suceda en la filial si del comportamiento realizado en esta se puede predicar que lo fue también por cuenta y en beneficio de aquella. Y que el administrador de la matriz podrá responder, y podrá responder la filial, si actuó como administrador de hecho de la filial y en su beneficio. Solo con estos parámetros cabría que la jurisdicción española pudiera dirigirse contra la matriz española que actuó desde España en relación con los delitos que en el extranjero se han cometido desde la filial⁵⁵.

⁵³ ESTEBAN DE LA ROSA, F., «La competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Navarra (Aranzadi), 2013, pp. 398-402.

⁵⁴ Sobre la inteligente utilización del concepto de grupo en el Derecho sancionador de la competencia, v. NIETO MARTÍN, A., 2022, p. 257.

⁵⁵ En el ámbito alemán, en principio, cada corporación es autónoma y criminalmente responsable por lo que cometan sus propios representantes. No obstante, si la compañía matriz tiene una «influencia

7.3.2 Personalidad activa

Aplicado así el principio de territorialidad, no va a quedar mucho espacio para otros delitos de una persona jurídica que queramos o debamos reprimir desde el sistema penal español. Puesto que en España es el domicilio social lo que determina la nacionalidad de la sociedad⁵⁶, y el lugar de «su efectiva administración y dirección» lo que demarca el domicilio, los criterios señalados anteriormente (sobre todo el lugar en el que se produce el defecto de organización) ya cubren la práctica totalidad de los supuestos en los que los hechos individuales que pueden generar una imputación a una persona jurídica española han tenido lugar en el extranjero. Aplicando las reglas del artículo 23.2 LOPJ, las únicas posibilidades de casos quizás atribuibles por la vía del principio de personalidad activa –y que no lo fueran ya por el de territorialidad– son de dos tipos: aquellos en los que las personas jurídicas adquieren la nacionalidad española (cambian su domicilio social a España) con posterioridad a la comisión del hecho, como el *caso de la estafa piramidal*; o aquellos en los que el administrador de la persona jurídica es un nacional español, aunque no haya vínculo territorial ni con el domicilio social de la persona jurídica ni el hecho dañino⁵⁷.

Respecto al primer grupo de casos, el criterio de la personalidad activa, como especie de precio de justicia preventiva que pagan los Estados por no extraditar a sus nacionales, no parece un buen criterio para atribuir competencia en el caso de la persona jurídica porque ni la nacionalidad de la persona

dominante» en las actividades de sus empresas dependientes, se considera que está obligada a supervisarla, y podría ser declarada responsable, con el límite de lo que se encuentra en su ámbito de riesgo: BÖSE, M., 2018, pp. 221 ss. De hecho, también en el ámbito alemán, este autor sugiere que se podría extender el deber de supervisión no solo a las filiales, sino a los proveedores extranjeros, cuando la empresa pueda (co)determinar *de facto* sus actividades comerciales (por ejemplo, debido a una dependencia económica del proveedor con respecto a su cliente principal), pero reconoce que hay problemas de fondo porque la posición de garante presupondría un poder de gestión integral: BÖSE, M., 2021, p. 403.

⁵⁶ BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*», vol. 22, núm. 16, 2020, p. 6; GIMENO BEVIÁ, J., 2014, p. 45. Esta interpretación se extrae de la lectura conjunta de los artículos 8, 9 y 459 LSC. El primero indica que «serán españolas y se registrarán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido»; según el artículo 9.1, «[l]as sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación», añadiendo en el apartado 2 que «[l]as sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España»; el artículo 459 (en relación con las sociedades anónimas europeas) afirma que «deberá fijar su domicilio en España cuando su administración central se halle dentro del territorio español». El artículo 28 del Código Civil también indica que gozan de nacionalidad española «[l]as corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España [...], siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código».

⁵⁷ Esto se ha defendido en el ámbito alemán, como explica BÖSE, M., 2018, p. 224.

jurídica supone un vínculo estrecho de pertenencia a una comunidad nacional equiparable al de la nacionalidad de las personas físicas⁵⁸, ni hay aquí un problema de extradición: primero, porque las personas jurídicas no son extraditables, y segundo, porque carece de sentido extraditar a quien las represente para juzgar a la persona jurídica. Esto último sería además desproporcionado (no estamos hablando de su responsabilidad personal) e innecesario, ya que la instrucción puede realizarse recurriendo a otros medios de auxilio internacional, y el enjuiciamiento puede realizarse con la presencia de abogado y procurador simplemente⁵⁹. Respecto al segundo grupo de casos, lo que se discute es si la nacionalidad del representante, que da competencia a los tribunales españoles para enjuiciar el delito individual, tiene algún sentido para extender la jurisdicción a la persona jurídica extranjera. Por lo tenue de la relación entre el hecho de la persona jurídica y España, y en coherencia con la idea de la responsabilidad por hecho propio, la respuesta ha de ser negativa⁶⁰.

Corolario de todo lo anterior es la prescindencia del criterio de personalidad activa en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ni tiene sentido desde la perspectiva del origen de este criterio de atribución de jurisdicción ni en cualquier caso aporta supuestos que, sin estar cubiertos por la territorialidad, parezcan necesitados de la represión de la jurisdicción española.

7.3.3 Principio de protección

Puesto que el criterio real o de protección constituye una garantía de «autodefensa» del Estado frente a injerencias ilegítimas en su soberanía o frente a la afectación de otros intereses esenciales, no hay razón de peso para excluir la actividad de las personas jurídicas, que igualmente puede perjudicarlos con su propia actividad delictiva (por ejemplo, en el *caso de la falsificación de moneda*, en el que probablemente habrá también territorialidad).

En relación con los delitos contra el orden socioeconómico, la tecla instrumental sería la de extender con cierta generosidad el ámbito de jurisdicción *ex* protección a todos aquellos hechos que afecten al sistema económico nacional –básicamente, al sistema de libre competencia y de competencia leal–. Por

⁵⁸ De hecho, en muchos sistemas jurídicos se suele prescindir de la conexión de nacionalidad de las personas jurídicas, prefiriéndose otras conexiones más significativas como la sede social, la administración central o el centro principal de actividad: ESTEBAN DE LA ROSA, F., 2013, p. 389.

⁵⁹ La instrucción podría realizarse por medios de auxilio internacional; la presencia en juicio, conforme a nuestro sistema no es una garantía imprescindible, ya que solo se requieren abogado y procurador: artículo 786 bis LECr.

⁶⁰ De la misma opinión: BÖSE, M., 2018, p. 224.

ello, dado que cabe situar la génesis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la prevención de los delitos de empresa, y cabe señalar que muchos de estos lo son por dañar el orden socioeconómico, de *lege ferenda*, en la senda marcada por las Foreign Corrupt Practices Act y la Ley Sarbanes-Oxley, estadounidenses, o la británica Bribery Act, se plantea la cuestión de si debería extenderse la jurisdicción a todas las sociedades extranjeras que participan en el mercado bursátil español o que actúen de otro modo significativo en la economía española⁶¹. Creemos que esta reflexión conduce a una buena política criminal de futuro, si es que el legislador decide en algún momento, como parece necesario, emprender una regulación específica del ámbito de jurisdicción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, *de lege lata*, la lista del artículo 23.3 LOPJ, que limita el número de delitos susceptibles de ser atribuidos vía principio de protección y no incluye una cláusula abierta aludiendo a un genérico «interés estatal» o formulación similar⁶², impide la atribución de competencia por esta vía a los delitos susceptibles de cometerse en la actualidad por las personas jurídicas, como los comprendidos en «cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado» (apartado f del art 23.2 LOPJ) o en «[l]os perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española» (apartado h del art. 23.2 LOPJ).

⁶¹ Vienen así a colación los criterios estadounidenses de la FCPA y la Ley Sarbanes-Oxley. A través de estas normas, EEUU se atribuye jurisdicción penal sobre sociedades extranjeras que cotizan en sus mercados con base en los efectos que puede tener en su economía los delitos cometidos por dichas sociedades, incluidos los delitos de corrupción en el extranjero. Según GIMENO BEVIÁ, «aunque la extraterritorialidad de Ley SOX hacia las sociedades extranjeras no encaje en los ‘tests’ que tradicionalmente utilizan los Tribunales norteamericanos para tratar cuestiones de jurisdicción extraterritorial, concretamente el ‘Subject Matter Test’ y el ‘Prescriptive Test’, su aplicación se justifica en el derecho que ostenta EEUU a establecer normas y reglas para las sociedades que quieran cotizar en sus mercados de valores», en «La protección penal de los mercados de valores a través de la extraterritorialidad de la jurisdicción: Una aproximación desde el modelo estadounidense», vol. 52, 2019, p. 120. Para este autor, la adopción de similares criterios sería contraproducente por varias razones: primero, porque los mecanismos que dispone la CNMV carecen de fuerza para vincular a las sociedades; segundo, porque la configuración normativa de los programas de cumplimiento no tiene, a su juicio, suficiente recorrido; y tercero, por la razón práctica de no espantar posibles inversores. En sus palabras: «la Bolsa de Madrid, no es *Wall Street*: una de las razones por las que muchas sociedades cotizadas aceptaron las exigencias establecidas en la SOX, proviene de la circunstancia de que los mercados de valores estadounidenses son los más importantes del mundo. Si impusiéramos condiciones similares, previsiblemente el capital extranjero abandonaría el parque madrileño» (p. 124).

⁶² Por ejemplo, la normativa finlandesa se refiere a los actos que «de alguna manera, violan o ponen en grave peligro los derechos o intereses nacionales, militares o económicos de Finlandia»: HELENIUS, F., «Finish report on prosecuting corporations for violations of International Criminal Law», en GLESS, S., BRONISZEWSKA-EMDIN, S. (eds.), *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues (International Colloquium Section 4, Basel, 21-23 June 2018)*, Antwerpen (Maklu), 2018, p. 166.

7.3.4 Jurisdicción universal

Recordamos de nuevo que nuestras preguntas constantes son dos, de ser y de deber ser: primero, si conforme a parámetros de justicia y eficacia deberían tener jurisdicción los tribunales españoles para ciertos delitos gravísimos en los que no la tendrían por razones de territorialidad, personalidad activa y protección de sus intereses, y en su caso, si tal jurisdicción debe depender de algún tipo de conexión con España⁶³. Y segundo, si debe entenderse que tal jurisdicción universal queda ya acogida en nuestro artículo 23 LOPJ.

Nuestra respuesta es un sí a la primera. Si se entiende que determinados delitos execrables deben tener una respuesta universal que pasa por esta extensión de la jurisdicción, lo que no se entendería es la exclusión al respecto una delincuencia de la persona jurídica cuya tipificación hemos considerado necesaria por razones de prevención. El debate está más bien en cuáles habrían de ser los criterios de conexión con el delito extraterritorial, *extrapersonal* y *extrarreal*. Una primera tentación sería vincular esta imputación extraterritorial a que exista jurisdicción española respecto al delito individual no razonablemente prevenido por la persona jurídica. Este criterio no nos termina de convencer. Por una parte, porque no deja de ser incoherente con la directriz de la responsabilidad por el hecho propio; por otra, porque puede conducir a un vínculo excesivamente débil con España, al tratarse en realidad de un vínculo con quien sí tiene un vínculo.

Parece por ello mejor recurrir a la conexión tradicional en torno a la nacionalidad de la persona jurídica, a su operatividad relevante en España o a que la víctima o más genéricamente el bien jurídico sean «españoles». Ciertamente la territorialidad en relación con los dos primeros criterios y la protección de intereses propios, debidamente ampliada en los delitos económicos, dejarían poco margen al recurso a la universalidad para justificar la jurisdicción⁶⁴.

¿Y qué es lo que hace nuestra LOPJ? Esta es nuestra segunda pregunta y nos ayudará a contestarla el siguiente cuadro relativo a la jurisdicción univer-

⁶³ Como indicamos anteriormente, la universalidad de la jurisdicción inicialmente prevista se ido viendo recortada con sucesivas reformas, como la de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo (donde se exige adicionalmente el requisito formal de la interposición de querrela por el Ministerio Fiscal); la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo; y la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio.

⁶⁴ Piénsese, por ejemplo, en el de torturas en el extranjero en que estaba implicada una filial de la empresa alemana Volkswagen en Brasil, que había permitido la utilización de sus instalaciones para detenciones ilegales y torturas de los opositores al régimen. Véase más sobre el caso en ZERBES, I., PIETH, M., «Unternehmerische Verantwortlichkeit für Völkerrechtsverbrechen im Ausland», *Kritische Justiz*, vol. 51, núm. 1, 2018, pp. 67-68.

■ VERDES Y JUSTAS: RESPONSABILIDAD PENAL Y DILIGENCIA DEBIDA...

sal de los delitos susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica⁶⁵ y de sus criterios de conexión.

Delitos	Puntos de conexión			
	Autor	Víctima	Interés estatal	Otro
b Tortura e integridad moral (art. 173.1 CP).	– Autor español.	– Víctima española y presunto autor físicamente en España.		
e Terrorismo (art. 580 bis. CP).	– Autor español en el momento de cometer los hechos. – Autor residente habitual en España. – Persona jurídica con sede o domicilio social en España.		– Se ha cometido para influir o condicionar a una autoridad española. – Contra un organismo de la UE con sede en España. – Contra buque o aeronave con pabellón español. – Contra instalaciones oficiales españolas.	– Colaborador con un español o con un extranjero que resida o se encuentre en España.
i Tráfico ilegal de drogas (art. 369 bis CP).	– Autor español.			– Constitución de grupo criminal con miras a su comisión en España.

⁶⁵ Llamamos la atención sobre la dificultad de que concurra el requisito «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica, necesario para establecer su responsabilidad penal *ex* artículo 31 bis CP, en algunos de estos delitos, como los delitos de financiación del terrorismo o ciertos delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de edad, aunque tales conductas entren en el ámbito de riesgo de la empresa. Ahondar en una crítica a este límite (o presupuesto) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas excede de los límites de este trabajo. Véase al respecto HERNÁNDEZ BASUALTO, H., 2021, pp. 114-118; HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «La insuficiencia de un modelo de *compliance* orientado exclusivamente a la responsabilidad penal de la persona jurídica», *La Ley Compliance Penal*, núm. 5, 2021, pp. 6-9; RAGUÉS I VALLÉS, R., *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Madrid (Marcial Pons), 2017, pp. 157-158.

Delitos		Puntos de conexión			
		Autor	Víctima	Interés estatal	Otro
k	Contra la libertad e indemnidad sexual de menores (art. 189 ter CP).	<ul style="list-style-type: none"> – Autor español. – Autor con residencia habitual en España. – Persona jurídica con sede o domicilio social en España. 	<ul style="list-style-type: none"> – Víctima española. – Residente habitual en España cuando se cometieron los hechos. 		
i	Trata de seres humanos (art. 177 bis CP).	<ul style="list-style-type: none"> – Autor español. – Autor con residencia habitual en España. – Persona jurídica con sede o domicilio habitual en España. 	<ul style="list-style-type: none"> – Víctima española o residente habitual al cometerse los hechos, siempre que el imputado se encuentre físicamente en España. 		
n	Corrupción en transacciones económicas internacionales (art. 288 CP).	<ul style="list-style-type: none"> – Autor español. – Autor residente habitual en España. – Persona jurídica con sede o domicilio social en España. 			
o	Falsificación de productos médicos o que supongan una amenaza para la salud pública (art. 366 CP).	<ul style="list-style-type: none"> – Autor español. – Autor residente habitual en España. – Persona jurídica u otra clase de agrupaciones con domicilio social en España. 	<ul style="list-style-type: none"> – Víctima española o residente habitual al cometerse los hechos. 		

Pasando a nuestra segunda pregunta, la de las gafas interpretativas con las que leer el artículo 23.4 LOPJ, parece que hay dos posibilidades de entendimiento al respecto del mismo. La primera repara en que respecto a cuatro delitos se menciona como criterio de conexión bien que «el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España» (letra e: terrorismo), bien que «el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España» (apartados k, libertad e indemnidad sexual de menores; m, trata de seres humanos; n, corrupción en los negocios; y o, delitos contra la salud pública). De ahí se inferiría que solo en esos casos hay competencia española contra la persona jurídica por razones de universalidad.

Una lectura más generosa con la jurisdicción universal repararía en que la dirección del procedimiento contra una persona jurídica española se utiliza solo como un criterio de conexión para justificar la jurisdicción para la persecución de los delitos contra individuos o contra personas jurídicas, pero que no cierra el paso a la persecución de la persona jurídica a la que se atribuya el delito si se dan otros criterios de conexión, que a su vez deben ser interpretados teniendo en cuenta que las personas jurídicas pueden delinquir y que por ello pueden ser el objeto de requisitos como el de que «el procedimiento se dirija contra un español».

7.4 CONCLUSIONES: CÓMO INTERPRETAR, CÓMO REGULAR

Retomemos lo principal de las reflexiones anteriores y tratemos de aportar alguna respuesta a las preguntas que inspiran este trabajo, que son las de cómo deberíamos conformar el alcance de la regulación y de la jurisdicción españolas –de cualquier Estado, en realidad– de responsabilidad penal de las personas jurídicas y hasta qué punto podemos orientar la interpretación de nuestro artículo 23 LOPJ hacia ese ideal. Aquel «cómo» se nutre, naturalmente, por los parámetros de eficacia y de justicia, entendida esta también como respeto a nuestras garantías constitucionales.

A. El repaso por los criterios básicos de asignación de vigencia a las normas penales, pensados tradicionalmente para la responsabilidad de los individuos, y su aplicación posible a las personas jurídicas conduce a una primera constatación, que es la de la fluidez de aquellos en este nuevo entorno. Así, si entendemos que el delito de las personas jurídicas es en esencia un delito de

desorganización que se comete allí donde esté el centro neurálgico de las mismas, y si entendemos, de la mano de nuestro ordenamiento societario, que la nacionalidad española de una sociedad depende de su domicilio en España, y este del lugar de su efectiva administración y dirección, comprobaremos como los criterios de territorialidad y de personalidad activa de las personas jurídicas tienden a coincidir⁶⁶.

Una confluencia en cierto modo similar puede darse con el criterio de protección de los intereses nacionales⁶⁷ si lo que importa en los delitos de empresa es el daño al sistema de libre y leal competencia en la generación y distribución de bienes y servicios que supone competir con la mayor de las trampas, que es cometiendo delitos. Desde esa perspectiva lo que nos importará es castigar a las personas jurídicas que operen en nuestra economía, lo que de nuevo tiene mucho que ver con el lugar del delito y con la radicación de la persona jurídica.

Además de esa convergencia en los criterios tradicionales, a la hora de formular una propuesta de asignación de jurisdicción penal para las personas jurídicas importa considerar la intensa conveniencia de que la jurisdicción individual y la colectiva vayan de la mano. Esta conveniencia es ya notoria para el enjuiciamiento de la responsabilidad individual, para el mejor conocimiento de un contexto societario en el que se realizó la conducta que puede ser relevante para negar o para modular la responsabilidad penal individual. Y esa conveniencia se empieza a acercar a la necesidad para el enjuiciamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, pues uno de los elementos fácticos que la condicionan es el de que se haya producido una conducta individual penalmente antijurídica desde su interior y en su beneficio. En todo caso, como ha acentuado Nieto Martín, el objetivo político criminal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de estimular la cooperación de estas en el esclarecimiento del delito individual perpetrado en su seno, se desvanece si se escinden ambas responsabilidades en distintas jurisdicciones⁶⁸.

Un diseño funcional de las conductas a las que afecta nuestra responsabilidad penal de las personas jurídicas pasa, creemos, por dos vectores. El primero es el una concepción amplia de la territorialidad⁶⁹, abarcativa tanto del lugar

⁶⁶ Así, NIETO MARTÍN, A., 2022, p. 275. El Código Penal portugués se proyecta sobre delitos cometidos fuera de Portugal si tienen como víctima o como autor una persona jurídica con sede en Portugal (art. 5.1.g).

⁶⁷ Así, MONGILLO, S., «Criminalità di impresa transfrontaliera e giurisdizione penale `sconfinata`: il difficile equilibrio tra efficienza e garanzie», en este volumen.

⁶⁸ NIETO MARTÍN, A., 2022, pp. 277 ss.

⁶⁹ Que es una forma sutil de ampliar la jurisdicción estatal sin recurrir a la extraterritorialidad (MONGILLO, S., «Criminalità di impresa transfrontaliera e giurisdizione penale `sconfinata`: il difficile equilibrio tra efficienza e garanzie», en este volumen.

del delito individual⁷⁰ como del lugar de decisión organizativa de la persona jurídica. Complementaría el criterio anterior un criterio de protección extendido que incluyera a las sociedades que tuvieran una actividad significativa en España⁷¹, como la que revelaría su cotización en bolsa, el volumen de negocio o la existencia de sucursales en nuestro territorio. Centrar la jurisdicción en la territorialidad y en la protección tendría la ventaja añadida de eludir el engorroso y debatido requisito de la doble incriminación⁷², y disuadiría aún más a empresas con importantes riesgos penales de la tentación de tratar de elegir una nacionalidad que fuera conveniente para la irresponsabilidad penal. Y ciertamente, en la medida en que por razones de prevención se trata de criterios abarcativos y de que sean por las mismas razones adoptados por otros ordenamientos, podrá reprocharse a esta estrategia que hará que tiendan a solaparse las competencias de varias jurisdicciones. Si se procede con escrupuloso respeto de la prohibición de *bis in idem* y si se pactan reglas internacionales razonables de distribución de la jurisdicción no creemos que la acumulación sea en sí un inconveniente, como por lo demás demuestran las reglas de armonización penal de la Unión Europea⁷³.

Con un criterio amplio de territorialidad —en cierto modo, y en palabras de Mongillo, una «territorialización de la extraterritorialidad»⁷⁴— como el apuntado, tenderá a converger el enjuiciamiento del comportamiento individual y el de la persona jurídica en el que aquel se inserta. En todo caso merece consideración que, para cuando tal cosa no sucede, se establezca una cláusula de subsidiariedad para el segundo enjuiciamiento a favor de la jurisdicción a quien competa el primero si está seriamente comprometida con el mismo⁷⁵.

Frente a esta propuesta de «territorialidad» más «protección» es hoy más pujante la que sitúa el criterio complementario en la nacionalidad, sede o domicilio de la persona jurídica, que aporta ciertamente la nada desdeñable ventaja de la precisión pero que añade poco a la territorialidad bien entendida, y

⁷⁰ Como afirma la jurisprudencia italiana: véase MONGILLO, S., «Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie 'prese sul serio'», vol. 170, núm. 2, 2021, p. 195.

⁷¹ Este es el criterio de la *Bribery Act*, del Reino Unido, que habla de una parte sustancial de la actividad de la persona jurídica.

⁷² Cuya exigencia es desde luego menos imperiosa en materia de responsabilidad de personas jurídicas: MONGILLO, A., «Criminalità di impresa transfrontaliera e giurisdizione penale `sconfinata`: il difficile equilibrio tra efficienza e garanzie», en este volumen.

⁷³ Al respecto, NIETO MARTÍN, quien señala que la intención de la Unión es «crear una red de competencias entre los países miembros» para «evitar lagunas de punibilidad y crear un *forum shopping* entre distintas jurisdicciones de forma tal que la mejor situada pueda llevar adelante el proceso» (2022, p. 275).

⁷⁴ MONGILLO, S., «Criminalità di impresa transfrontaliera e giurisdizione penale `sconfinata`: il difficile equilibrio tra efficienza e garanzie», en este volumen.

⁷⁵ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., 2022, p. 278.

que podría llegar a ser más manipulable por entidades criminales (una especie de *noforum shopping*). Junto al de territorialidad y al de personalidad pasiva, el principio del domicilio es el que propone en el proyecto el grupo de trabajo de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales por vulneración de derechos humanos, responsabilidad que incluye la penal⁷⁶. Un domicilio que se define muy abarcativamente y que depende de cualquiera de estos cuatro parámetros: inscripción, administración principal, sede comercial o actividad comercial habitual, patrimonio principal o actividad principal⁷⁷. El criterio de la «sede nacional», que coincide con el de nacionalidad, es también el que propone el proyecto alemán de ley de sanciones contra las empresas⁷⁸.

B. ¿Cuál es la vigente jurisdicción penal española para los delitos de las personas jurídicas?

No hay problema interpretativo en aplicar el principio de territorialidad amplio al que acabamos de referirnos. Si según este principio el delito se entiende cometido en todos los lugares donde se haya realizado algún elemento del tipo, su aplicación a la persona jurídica abarca todos los lugares en los que la conducta individual ocurrió o debería haber ocurrido, o donde la persona jurídica actuó o debería haber actuado. De esta manera, debemos fijarnos tanto en los lugares donde se realizan elementos del tipo, incluyendo el hecho individual de referencia del cual la persona jurídica es una especie de partícipe omisivo, como en los lugares donde se produce el hecho que constituye en realidad el injusto de la persona jurídica; esto es, el lugar donde tiene lugar el defecto de organización. Puesto que el consejo de administración es el principal órgano de control de la persona jurídica, un buen criterio de determinación de este lugar es el de la Ley de Sociedades de Capital, que se refiere al domicilio social como el lugar del «principal establecimiento o explotación»⁷⁹.

⁷⁶ Véase AMBOS, K., «El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas», vol. 50, 2022, pp. 22 ss.

⁷⁷ Subraya AMBOS que esta extensión jurisdiccional ha generado «una considerable controversia» (*ibid.*, pp. 24 ss.).

⁷⁸ Al respecto, *ibid.*, pp. 25 ss., quien recoge también las críticas internas por su carácter expansivo.

⁷⁹ En Italia puede aplicarse las reglas de responsabilidad de las personas jurídicas extraterritorialmente a la personas jurídicas que tengan su sede social en Italia (art. 4 DL 231/2001). Por sede social la doctrina es unánime en subrayar que debe entenderse, en sentido sustancial, el centro de actividades de administración, dirección y organización de la entidad (MONGILLO, S., «Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie 'prese sul serio'», vol. 170, núm. 2, 2021, p. 190), por lo que a nuestro juicio termina siendo un criterio innecesario con una adecuada comprensión de la territorialidad de la delincuencia de la persona jurídica.

El principio de territorialidad así entendido es el que nos arroga competencia en el *caso de los vertidos ilegales*, porque aunque sea una empresa francesa la que autoriza el vertido en una zona que no corresponde con el territorio español en sentido estricto (zona económica exclusiva) el resultado típico sí alcanza al mismo. También en el *caso de las patentes*, aunque en estos supuestos, al igual que en el *caso de los estragos*, el delito individual se realiza exclusivamente en el extranjero. Se planteaba aquí la cuestión de por qué debían enjuiciarse en España si los daños no se habían materializado en nuestro país. Este es uno de los aspectos donde el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas orienta nuestra respuesta: desde la perspectiva del hecho propio cabe afirmar que la empresa toleró los delitos de los suyos y en su beneficio en España.

La correlación entre nacionalidad, centro neurálgico de decisión y lugar de decisión hace innecesario el recurso al parámetro de la personalidad activa, criterio inadecuado en general para las personas jurídicas: ni la nacionalidad de la persona jurídica constituye un vínculo estrecho de pertenencia a una comunidad nacional, ni la extradición es aquí problemática porque las personas jurídicas no son extraditables. Esto debería excluir la jurisdicción en casos (improbables) como el de la *estafa piramidal*, donde una empresa extranjera realiza los elementos del delito en el extranjero y luego traslada el domicilio social a España, pero desde luego no parece excluirla con nuestro vigente artículo 23.2 LOPJ.

En relación con el principio de protección, son muy pocos los delitos de la relación del artículo 23.3 LOPJ imputables a las personas jurídicas (cohecho y falsificación de moneda). Es notorio que el mismo no recoge los delitos de empresa de sociedades con una actividad económica significativa en España.

El último criterio de nuestro ordenamiento es el de jurisdicción universal del artículo 23.4 LOPJ, en el que se establece para algunos delitos el criterio de conexión de que el procedimiento se dirija contra una persona jurídica con domicilio en España. Entendemos que esto no reduce la jurisdicción universal española contra la persona jurídica a estos delitos, sino a cualquiera que sea susceptible de ser cometido por ellas conforme a nuestro ordenamiento penal si concurre cualquiera de los criterios de conexión con España, que deben ser interpretados teniendo en cuenta precisamente que la persona jurídica puede cometer delitos.