

Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales

Volumen I

Directores:

Jacobo Dopico Gómez-Aller
Marta Muñoz de Morales Romero
Adán Nieto Martín

Coordinador:

Luis Miguel Vioque Galiana



Derecho Penal
y Procesal Penal

VERDES Y JUSTAS: RESPONSABILIDAD PENAL Y DILIGENCIA
DEBIDA EN LAS ORGANIZACIONES MULTINACIONALES

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

VERDES Y JUSTAS: RESPONSABILIDAD PENAL Y DILIGENCIA DEBIDA EN LAS ORGANIZACIONES MULTINACIONALES

Directores

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER
MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO
ADÁN NIETO MARTÍN

Coordinador

LUIS MIGUEL VIOQUE GALIANA

VOLUMEN I



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: julio de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados, ni se responsabiliza de los contenidos de los enlaces QR que los directores de esta obra aportan.

A continuación, se presentan dos códigos QR que ofrecen acceso a recursos complementarios. El primero dirige al documental «Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida de las empresas multinacionales», una producción que analiza el papel de las grandes empresas en la sostenibilidad y el cumplimiento de los derechos humanos. El segundo enlaza con el observatorio RECAVA, donde encontrará un asistente de Inteligencia Artificial diseñado para responder preguntas sobre sostenibilidad y diligencia debida empresarial. Ambos recursos ofrecen herramientas para profundizar en los temas abordados en esta obra.



© De los contenidos, sus autores.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-25-074-3 (edición en papel)

144-25-075-9 (edición en línea, PDF)

144-25-076-4 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3078-7

Depósito legal: M-13738-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
INTRODUCCIÓN. Adán Nieto Martín y Marta Muñoz de Morales Romero ...	9
VOLUMEN I	
I. El Derecho penal económico de los derechos humanos	141
1. <i>El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos: prohibición y criminalización.</i> Jacobo Dopico Gómez-Aller	143
2. <i>Ineficacia del tipo de corrupción de empresas multinacionales. Hacia un nuevo bien jurídico protegido.</i> Pilar Otero González ...	171
3. <i>No mires arriba: Las respuestas del Derecho penal a la crisis climática.</i> Adán Nieto Martín	203
4. <i>La posible responsabilidad penal de las certificadoras y auditoras por violaciones de derechos humanos. Una aproximación desde el compliance penal y a propósito de la Directiva europea sobre debida diligencia empresarial.</i> Raquel Montaner Fernández	237
5. <i>Los comportamientos neutrales: La necesaria revisión del business as usual.</i> Mónica de la Cuerda Martín	277
6. <i>Everyone's problem is no one's problem: can extraterritoriality tackle impunity in serious human rights violations committed by multinational companies?</i> Renata da Silva Athayde Barbosa	299
7. <i>Ámbito de jurisdicción: ¿Cuándo son perseguibles en España los delitos de las personas jurídicas?</i> Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Ana Belén Valverde Cano	315
8. <i>Delitos corporativos transfronterizos y jurisdicción penal «sin límites»: el difícil equilibrio entre eficiencia y garantías.</i> Vincenzo Mongillo	341

	Páginas
9. <i>Acerca de la responsabilidad penal de las empresas matrices en relación con la actuación de sus filiales.</i> Juan José González López	391
10. <i>La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea en torno a las sanciones comerciales.</i> Luis Arroyo Zapatero	419
II. Cumplimiento normativo en derechos humanos	441
11. <i>Principios básicos del cumplimiento normativo en derechos humanos.</i> Luis Miguel Vioque Galiana	443
12. <i>La acción colectiva: Una herramienta eficaz en la lucha contra la corrupción y la protección de los derechos fundamentales.</i> Scarlet Wannenwetsch y Oscar Solorzano	481
13. <i>La naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida frente a los clientes y socios de negocio.</i> Anna Carolina Oliveira .	503
14. <i>El deber de vigilancia de las empresas matrices: a propósito de la ley francesa de 27 de marzo de 2017.</i> Maite Álvarez Vizcaya	533
15. <i>La Ley alemana de diligencia debida en las cadenas de suministro.</i> Katharina Beckemper	551
16. <i>Una aproximación desde el Derecho internacional y el Derecho comparado a la regulación de las cadenas de suministro y las formas contemporáneas de esclavitud.</i> Tania García Sedano	567
17. <i>Información sobre sostenibilidad y Greenwashing.</i> Alberto Muñoz Arenas, Montserrat Núñez Chicharro, Inmaculada Alonso Carrillo y Elena Merino Madrid	585
18. <i>Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad.</i> Adán Nieto Martín	607

8. DELITOS CORPORATIVOS TRANSFRONTERIZOS Y JURISDICCIÓN PENAL «SIN LÍMITES»: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE EFICIENCIA Y GARANTÍAS

VINCENZO MONGILLO*

Unitelma Università Sapienza de Roma

8.1 ECONOMÍA GLOBALIZADA, *CORPORATE CRIME* TRANSFRONTERIZO Y AMPLIACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL NACIONAL

La transición de una economía de mercado internacional a una economía de mercado global se produjo, como es bien sabido, en la segunda mitad del siglo pasado, con una aceleración tras la caída del Muro de Berlín en 1989 y el consiguiente fin de la división bipolar del mundo¹.

En este escenario, las corporaciones multinacionales –o transnacionales, según la expresión preferida en la ONU²– se han convertido en «los actores más importantes del comercio mundial», adquiriendo un papel absorbente en los cambios trascendentales provocados por la globalización³.

* Profesor Titular de Derecho Penal - Universidad de Roma Unitelma La Sapienza.

¹ Para todos, GALGANO, *Globalización y conglomeración*, en *Contrato y empresa*, 2006, 73 ss., 77.

² Según las *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos*, 2003, § 19, «el término «empresa transnacional» se refiere a una entidad económica que opera en más de un país o a una agrupación (*cluster*) de entidades económicas que operan en dos o más países, independientemente de su forma jurídica, su país de origen o el país en el que operan, e independientemente de que se consideren individual o colectivamente».

³ Para todos, ver. DELMAS-MARTY, *Globalización y corporaciones multinacionales*, 2008, en www.goodplanet.info; LITVIN, *Imperios de lucro: comercio, conquista y responsabilidad corporativa*, MASON, 2004, *passim*; Sobre las reverberaciones empírico-criminológicas, si se quiere, MONGILLO, *La corrupción entre la esfera interna y la dimensión internacional. Efectos, potencialidades y límites de un derecho penal «multinivel» desde el Estado-nación hasta la globalización*, Nápoles 2012, 15 ss.; Pierga-

Como lo señaló hace un cuarto de siglo un informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, «de las 100 mayores concentraciones de riqueza del mundo, el 51 % pertenecen a empresas transnacionales y el 49 % a Estados»⁴. Ya no sorprende que las corporaciones globales sean a menudo más grandes que economías nacionales enteras, de modo que su capacidad para influir en los acontecimientos globales, incluidos los geopolíticos, a menudo supera incluso a la de las entidades estatales. En el panorama policéntrico de la gobernanza global, entre los nuevos actores de un poder cada vez más horizontal y disperso, las empresas transnacionales juegan un papel primordial⁵.

Desde un punto de vista jurídico-criminológico, lo que hace extremadamente problemática la actividad de las multinacionales no es tanto (o sólo) el inmenso poder económico, que en verdad no supera en términos absolutos al de las mayores empresas nacionales de hace algunas décadas, tanto en ultramar como en el Viejo Continente⁶. Más bien, para los conglomerados transnacionales actuales, los sistemas estatales se han convertido en un muro fronterizo que se puede cruzar fácilmente, gracias a la libertad de transferir capital y trabajo a cualquier lugar y a una estructura de producción tan flexible que permite aprovechar las oportunidades más atractivas en cualquier latitud⁷. Esto también ha conducido a la insidiosa tendencia al *forum shopping* o *law shopping*, es decir, a seleccionar los sistemas jurídicos más convenientes, en términos de tributación, regulación laboral, legislación ambiental y cualquier otro aspecto relevante. Los perfiles de legalidad/ilegalidad de la conducta o los niveles de sanción asociados no son una excepción⁸.

Ilini, *Globalización de la economía, riesgo criminal y responsabilidad ex criminal de las multinacionales*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, núm. 1-2, 152 ss.

⁴ Véase Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales: la cuestión de las empresas transnacionales*, Documento de trabajo sobre el impacto de las actividades de las empresas transnacionales en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, preparado por El Hadji Guissé, 10 de junio de 1998, 7. Más recientemente, DELMAS-MARTY, *Una Brújula de Posibilidades. Gobernanza global y humanismo jurídico*, editado por FRONZASOTTIS, Bolonia, 2021, 27, señala que «dos tercios de los cien principales sujetos económicos son empresas».

⁵ FERRARÉS, *Nuevos poderes. Privado, penetrante, opaco*, Bolonia, 2022, *passim*.

⁶ El conocido economista norteamericano Robert B. Reich (*Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*, Nueva York, 2007, 13) llegó a afirmar que las grandes corporaciones norteamericanas «tienen menos poder económico hoy» que en los años setenta; Las grandes corporaciones del pasado, además de tener dimensiones igualmente considerables, dominaban la escena económica nacional, operando a menudo bajo un régimen monopólico u oligopólico y gobernando los precios y la producción en masa.

⁷ FORSYTHE, *Derechos humanos en las relaciones internacionales*, Cambridge, 3.ª ed., 2012, 277 ss.

⁸ MICHALOWSKI KRAMER, *El espacio entre leyes: el problema del delito corporativo en un contexto transnacional*, en 34 *Problemas Sociales*, 1987, núm. 1, 34 ss.; BERNARDI, *El derecho penal entre la globalización y el multiculturalismo*, en *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, núm. 2-3, 485 ss.

Hay muchos factores detrás de esta esquiva movilidad del capital corporativo, que tiende a sustraer la economía al control político⁹ y se ha convertido en el rasgo distintivo de las multinacionales y más aún de las empresas genuinamente globales, que se merecen la etiqueta de «capital libre de restricciones»¹⁰. Variables que han sido ampliamente investigadas, como la eliminación de barreras comerciales y financieras, la digitalización y las nuevas tecnologías, han jugado un papel decisivo. Pero también hay determinantes menos discutidos, como la contribución de los despachos de abogados internacionales y la «codificación jurídica» de los recursos de capital que permite transformar la riqueza en un activo que automáticamente crea nueva riqueza¹¹.

Cabe añadir que entre las piedras angulares de la economía de mercado mundial no se encuentra sólo la globalización del comercio, fenómeno ya pronunciado en los años anteriores a la Primera Guerra Mundial. También está la expansión universal de la organización productiva¹²: sucursales y filiales extranjeras, empresas controladas por leyes extranjeras, empresas conjuntas internacionales, hasta las cadenas de suministro globales como la última coyuntura evolutiva¹³.

En particular, es impresionante cómo se han extendido las cadenas de suministro de las empresas a escala global, envolviendo y canalizando las ac-

⁹ Véase BOGGS, *Globalización económica y atrofia política*, en *Democracy and Nature*, 2001, 303.

¹⁰ Véase, entre muchos otros, GHAI, *Rights, Social Justice, and Globalization in East Asia*, en Bauer-Bell (ed.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, 1999, 251; T. Bartley, *Corporaciones transnacionales y gobernanza global*, 44. *Revista Anual de Sociología*, 2018, 145 ss.. Algunos críticos de las tesis globalistas más radicales, como el británico HIRST-THOMPSON-BROMLEY, *Globalization in Question*, 3.ª ed., Cambridge, 2009, 50, 130, 149, 331 (nt. 2), han propuesto una distinción peculiar entre las «compañías transnacionales» en sentido estricto, que tienen una verdadera estrategia global (compañías sin estado y sin ataduras), y las mucho más numerosas «compañías multinacionales», que permanecen de algún modo ligadas a una economía nacional específica, aunque con una puntuación operativa supranacional.

¹¹ PISTÓN, *El Código Capital. Cómo el derecho crea riqueza y desigualdad*, trad. it., Roma, 2021.

¹² GALGANO, *La empresa transnacional y los derechos nacionales*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, núm. 1, 51.

¹³ No es casualidad que el tema de la «cadena de valor sostenible» esté hoy en el centro de la agenda de la UE y de la comunidad internacional, así como de los legisladores nacionales, como surge de varios productos normativos recientes, que pretenden en primer lugar imponer –o al menos incentivar– sistemas eficaces de diligencia debida en las empresas que gobiernan las cadenas de producción globales o en todo caso representan sus terminales. Véase en particular: OCDE, *Líneas directrices para empresas multinacionales* (2011) y *Guía sobre la debida diligencia para una conducta empresarial responsable* (2018); negociaciones iniciadas en 2014 para la adopción a nivel de las Naciones Unidas de un tratado que obligue a las empresas multinacionales a respetar los derechos humanos; la propuesta europea de Directiva sobre la diligencia debida corporativa en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937; Por último, a nivel de los Estados nacionales, la Ley sobre Esclavitud Moderna de 2015 del Reino Unido y la Ley núm. 2017-399 sobre el deber de supervisión de las empresas de suegras y de las empresas propiedad de mujeres, la Ley holandesa de diligencia debida en materia de trabajo infantil (*Wet Zorgplicht Kinderarbeid* de 14 de mayo de 2019) y la reciente Ley alemana de la cadena de suministro de 16 de julio de 2021 (*Lieferkettengesetz-LkSG*, que entró en vigor en gran medida el 1 de enero de 2023).

tividades económicas como una inmensa telaraña. Cientos de millones de trabajadores están empleados en las cadenas de suministro de las corporaciones multinacionales actuales, que ya representaban el 80 % del comercio mundial hace una década¹⁴.

Es difícil predecir el impacto que la reciente pandemia de Covid-19 y, más recientemente, la crisis internacional causada por la guerra ruso-ucraniana tendrán en la dinámica de la globalización en los próximos años. Ciertamente, el primero ha vuelto a despertar la atención sobre la importancia de la territorialidad y sus prerrogativas¹⁵, mientras que la segunda añadió –a nivel global– a la crisis económico-sanitaria la militar y geopolítica.

En todo caso, un retorno parcial a producciones estrictamente nacionales parece poder prefigurar, como mucho, una redefinición de la globalización, nunca su superación. Según muchos observadores, de hecho, la ramificación generalizada de las cadenas de suministro representa un proceso casi irreversible, ya que un retorno de los Estados nacionales a la autarquía económica probablemente causaría una vulnerabilidad y unos costos aún mayores, considerando que «las cadenas de suministro nacionales son incluso menos resilientes que las globales»¹⁶.

El irresistible ascenso de las corporaciones está, por lo tanto, en el corazón de la era en que vivimos¹⁷. Y es un hecho tan macroscópico que la nueva criminología crítica ha llegado a denunciar un «totalitarismo corporativo» sin precedentes¹⁸, cuyo principal efecto nocivo es precisamente la expansión de la delincuencia corporativa transnacional. Desde esta última perspectiva, la globalización económica y el crimen transfronterizo son dos aspectos –fisiología y patología– de la misma realidad¹⁹.

La volatilidad de las multinacionales ofrece enormes oportunidades para realizar actividades ilícitas en países distintos de su país de origen y evadir la

¹⁴ UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo*, Naciones Unidas, Nueva York/Ginebra, 2013.

¹⁵ Sobre la relación entre el debilitamiento de la idea de soberanía y el resurgimiento de la tendencia de los grandes Estados a «reivindicar sus prerrogativas, erigiendo nuevas barreras para defender sus intereses», véase, más recientemente, ZACCARIA, *Postdiritto*, Bolonia, 2022, 18 ss.

¹⁶ Así, en *The Economist* del 31 de marzo de 2021, el artículo *Mensaje en un cuello de botella: Las cadenas de suministro globales siguen siendo una fuente de fortaleza, no de debilidad*, 9.

¹⁷ BAKAN, *La corporación. La búsqueda patológica del beneficio y del poder*, trad. It., Roma, 2004.

¹⁸ ZAFFARONI, *La crítica en los tiempos del totalitarismo corporativo*, en *Revista Nueva Crítica Penal*, 2019, vol. 1, 4 ss.

¹⁹ Véase Aa. Vv., *El crimen transnacional entre las experiencias europeas y las respuestas penales globales*, Milán, 2005; Respecto al crimen organizado, MILITELLO, *Crimen organizado transnacional e intervención europea entre contexto y garantías*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, núm. 4, 811 ss.; BRAITHWAITE, *Delitos corporativos en la industria farmacéutica*, Londres, 1984, 369; DELMAS-MARTY-TIEDEMANN, *Crimen, derecho penal y multinacionales*, en *La Semaine juridique*, 1979, I, 2935; GOBERT-PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, Londres, 2003, 146 ss.

justicia: vertidos nocivos para el medio ambiente, corrupción internacional, precios de transferencia y delitos fiscales, fraude al presupuesto de la UE, fraudes corporativos y financieros, monopolios y cárteles a escala internacional, delitos cibernéticos, venta de productos peligrosos o de baja calidad, etc. Las externalidades negativas de la actividad empresarial globalizada incluyen también la explotación laboral y la utilización de mano de obra irregular en los países más desarrollados, hasta llegar a formas reales de trabajo esclavo o trabajo forzado²⁰, especialmente en las economías más desfavorecidas y bajo regímenes no democráticos. Si el lucro es el principio rector de este fenómeno criminal, la violación de los derechos humanos representa a menudo su contraparte más alarmante.

En último término, como observa Latouche, «la globalización ha sido una etapa decisiva para el capitalismo en el camino hacia la desaparición de todos los límites»²¹. En la época actual todo se ha vuelto «ilimitado»: la producción, las organizaciones económicas, las transacciones financieras, las comunicaciones y, como característica más grave, las prácticas delictivas.

Ante un escenario tan vertiginoso, se imponen formas de derecho más «reflexivas»²²—aunque útiles para una función mayéutica y para aumentar la predisposición de los destinatarios a cumplir las reglas— no parecen ser un remedio suficiente. En particular, las meras técnicas de autorregulación «pura» o «libre» no son, por sí mismas, capaces de corregir las prácticas desviadas de las empresas²³, sanciones reputacionales (inspiradas en la ideología económica neoliberal), pero también derecho blando nacional e internacional, incluido el que proviene de organizaciones autorizadas como las Naciones Unidas y la OCDE. Estas estrategias de intervención corren el riesgo de reducirse a un intento de frenar la avalancha de la lógica del lucro con las manos desnudas de las buenas intenciones.

Ciertamente, se necesitan políticas regulatorias integradas y multinivel, en el marco de una fuerte interinfraestructura nacional y supranacional.

²⁰ MONGILLO, *Trabajo forzoso y explotación laboral en las cadenas de suministro corporativas: estrategias globales para la prevención y la represión*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, núm. 3-4, 630 ss.

²¹ LATOUCHE, *Limite*, Turín, 2012, 68.

²² TEUBNER, *Elementos sustantivos y reflexivos en el derecho moderno*, en *Law & Society Rev.*, 1983, núm. 2, 239 ss.

²³ Sobre los diferentes tipos de autorregulación y autocontrol, véase COGLIANESE-MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, en BALDWIN-CAVE-LODGE (ed.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2010, 152. Sobre la relación entre la autorregulación, en sus diversas declinaciones, y el derecho penal, es fundamental PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, en *Dir. pen. proc.*, 2015, núm. 3, 261 ss. Siempre desde la perspectiva del derecho penal, ver. TAVERRITI, *Autonormación y perspectivas autopoiéticas de la gestión de la pena*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, núm. 4, 1931 ss.; BIANCHI, *Autonomización y derecho penal. Intersecciones, potencialidades, cuestiones críticas*, Turín, 2022.

En cualquier caso, las entidades estatales conservan funciones cruciales en el tablero de ajedrez global, más aún en tiempos difíciles como los actuales. De hecho, todavía mantienen el monopolio legítimo de la fuerza. De manera más general, pueden regular el mercado, ampliándolo o restringiéndolo, concediendo o quitándose espacio a los operadores privados, congelando reservas, regulando el uso de tecnologías, empezando por la inteligencia artificial. Las propias organizaciones internacionales están, después de todo, formadas por Estados, que pueden decidir fortalecerlas, pero también desmantelarlas o debilitarlas.

Ante la continua ausencia de una verdadera aplicación global de la ley contra los delitos corporativos transfronterizos²⁴. La palanca represiva nacional sigue siendo la única opción viable y la prueba más severa. En este sentido, dos han sido, hasta ahora, las principales jugadas ideadas por los Estados nacionales en la partida de ajedrez que juegan desde hace varias décadas con las poderosas multinacionales, también bajo la presión del derecho comunitario y de diversos convenios estipulados a nivel «regional»²⁵, internacional (OCDE) y global (ONU).

La primera es la introducción de nuevas formas de responsabilidad corporativa por la comisión de delitos y, en consecuencia, de sanciones penales o de otro tipo punitivas para los destinatarios metaindividuales. Entre la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, fue el enorme peso económico asumido por las compañías ferroviarias lo que indujo a los tribunales ingleses, y por ende a los estadounidenses, a reconocer la posibilidad de castigar directamente a la corporación²⁶. A finales del pasado milenio y principios del actual, fue, una vez más, el debate sobre el enorme poder de las multinacionales lo que impulsó a los legisladores nacionales a abandonar el axioma *societas delinquere non potest*. Esta corriente ha sido tan abrumadora que ha afectado a (casi) todos los países de derecho civil²⁷.

²⁴ En general, sobre la falta de globalización de las instituciones políticas y de un orden jurídico auténticamente cosmopolita, como contrapeso a la globalización económica, claramente, ya S. CASSESE, *Il diritto globale. Justicia y democracia más allá del Estado*, Turín, 2009, 131 ss.

²⁵ Consejo de Europa, Organización de Estados Americanos, Unión Africana.

²⁶ *Amplius*, MONGILLO, *Necesidad y azar en la atribución de la responsabilidad penal entre individuos y entidades colectivas. Consideraciones a la luz del «encuentro» entre compañías ferroviarias y jueces penales en la Europa del siglo XIX*, en *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2014, núm. 3, 1291 ss.; así como, sobre el proceso de difusión internacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los últimos veinte años, Id., *Responsabilidad penal entre persona individual y persona colectiva*, Turín, 2018, 96 ss.

²⁷ Análisis comparativos en profundidad en: PIETH-IVORY (ed.), *Responsabilidad penal corporativa. Emergencia, convergencia y riesgo*, Dordrecht, 2011; FIORELLA (ed.), *Responsabilidad penal corporativa y programas de cumplimiento*, vol. 1: *Responsabilidad «ex crimine» de las personas jurídicas en los Estados miembros* y vol. 2: *Hacia un modelo común en la Unión Europea*, Nápoles, 2012; VERMEULEN-DE BONDY-RYCKMAN, *Responsabilidad de las personas jurídicas por delitos en la UE*, Amberes, 2012; G. DE SIMONE, *Perfiles de derecho comparado*, en LATTANZI-SEVERINO (ed.), *Responsabilidad penal de las*

Un aumento similar de la venganza estatal (aquí está la segunda estrategia) lo podemos ver en la imparable expansión espacial del rango de aplicación de las leyes penales nacionales²⁸. Los Estados han buscado así remediar la erosión de su soberanía promoviendo un derecho penal igualmente flexible, con su aplicación «deslocalizada», apoyada por una estrecha cooperación multilateral tanto en materia de investigación como de justicia. El objetivo es volver a sincronizar la administración de justicia con el «desarraigo» de las empresas, aumentando su responsabilidad por las externalidades ilícitas graves. El efecto es el ejercicio de una jurisdicción ahora sin restricciones ni fronteras²⁹ («jurisdicción no limitada»). Esto tiende a multiplicar las reivindicaciones jurisdiccionales de las entidades estatales individuales y conduce a una especie de gobernanza oculta de los mercados internacionales, que reemplaza al sistema estatal descentralizado o al –a menudo débil– de las organizaciones multilaterales. Sin embargo, la capacidad de ejercer esa gobernanza sin límites territoriales está distribuida de forma desigual y asimétrica, ya que pocos países «fuertes» (en primer lugar los EE. UU., seguidos por el Reino Unido y algunos países de Europa continental) parecen ser realmente capaces de dictar, implementar y monitorear reglas obligatorias de alcance extraterritorial³⁰.

En la continuación del análisis, nos proponemos dirigir nuestra mirada crítica a la tendencia a la expansión de la espacialidad jurídica nacional y a la comparación entre las disciplinas y prácticas del círculo más restringido de países poderosos. El objetivo final de la investigación es tratar de encontrar una síntesis completa entre la legitimidad y la eficacia de la lucha contra los delitos corporativos, la protección de los bienes esenciales y la protección de los derechos fundamentales de los operadores económicos.

Nos centraremos en primer lugar en las diversas normas estatales sobre jurisdicción extraterritorial (§ 2), que se utilizan para reforzar la responsabilidad de las empresas transnacionales con respecto a las violaciones de los dere-

entidades, vol. I: *Derecho sustantivo*, Turín, 2020, 3 ss.; OCDE, *La responsabilidad de las personas jurídicas: un informe de balance* (2016); HOPPE et al., *Responsabilidad de las personas jurídicas por delitos de corrupción*, Consejo de Europa, 2020.

²⁸ Sobre el tema de la eficacia espacial del derecho penal y la reconstrucción de las normas del derecho penal transnacional como límites a la jurisdicción extraterritorial del Estado, sigue siendo esencial DI MARTINO, *La frontera y el derecho penal. Naturaleza y contexto de las normas del «derecho penal transnacional»*, Turín, 2006, *passim*.

²⁹ En general, sobre la ilimitación de las nuevas modalidades jurídicas en el ordenamiento jurídico global, FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva jurídica y espacios en el mundo global*, Roma/Bari, 2006, *passim*.

³⁰ Véase el reciente y esclarecedor ensayo de KRISCH, *Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance*, en 33 *European Journal of International Law*, 2022, núm. 1. 2, 481 ss., que concluye que «la jurisdicción no limitada se transforma fácilmente en una nueva forma de gobernanza oligárquica en el orden internacional».

chos humanos y los delitos penales que puedan cometer o en los que puedan contribuir en sus actividades fuera de su país de origen³¹.

En este contexto, abordaremos también la cuestión, siempre debatida, de la «doble incriminación» como posible condición para la aplicación extraterritorial del derecho penal (§ 3).

En los apartados siguientes del análisis intentaremos demostrar cómo la expansión de la jurisdicción estatal, perseguida directamente a través de diferentes criterios de arraigo extraterritorial, también puede lograrse con un método más sutil, es decir, maximizando las oportunidades de aplicación territorial del derecho penal. Desde esta perspectiva, si miramos con atención, se pueden identificar dos formas de jurisdicción extraterritorial: una formal o genuina y otra –por así decirlo– «camuflada» bajo una noción de territorialidad dilatada al extremo. Esta segunda vía también podría describirse como un proceso de «territorialización de lo extraterritorial»³² o –en otras palabras– como una especie de territorialidad sin límites, «ilimitada»³³ (§ 4).

A continuación se abordará el problema de la violación del principio *ne bis in idem* en casos punitivos de alcance transnacional (§ 5).

En la parte final del trabajo intentaremos extraer las conclusiones (§ 6).

8.2 JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL: CUATRO RUTAS PROBADAS PARA «ATRAPAR» A LAS CORPORACIONES MULTINACIONALES. OBSERVACIONES CRÍTICAS.

En la era contemporánea, las violaciones de los derechos humanos y los delitos comerciales a menudo se cometen a través de las fronteras por parte de empresas transnacionales o con su contribución.

Reconociendo este problema, en junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en los Principios Rectores sobre las Empre-

³¹ Véase, para todo ello, DE SCHUTTER, *La jurisdicción extraterritorial como herramienta para mejorar la rendición de cuentas de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos*, 2006; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Comentarios en respuesta a los Principios rectores del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, octubre de 2010, 7; Ambos documentos están disponibles en: <https://www.business-humanrights.org>.

³² La expresión efectiva «territorializar lo extraterritorial» es utilizada por Ó FLOINN, *Territorializing the Extraterritorial: The Role of «Suppression Conventions»*, en MILITELLO-SPENA (ed.), *The Challenges of Illegal Trafficking in the Mediterranean Area*, Cham, 2023, de próxima aparición; RYNGAERT, *Jurisdicción de ejecución en espacios a-territoriales: abordar la delincuencia en alta mar y en el ciberespacio*, en Ó FLOINN-FARMER-HÖRNLE-ORMEROD (ed.), *Transformaciones en la jurisdicción penal. Extraterritorialidad y ejecución*, 2023, de próxima publicación.

³³ Véase KRISCH [nota 30], 481, 502 («territorialidad ilimitada»).

sas y los Derechos Humanos³⁴, afirmó que «los Estados deben establecer una expectativa clara de que todas las empresas que operan dentro de su territorio y/o bajo su jurisdicción respeten los derechos humanos en todas sus actividades» (principio fundamental Núm. 2, relativo al «deber de los Estados de proteger los derechos humanos»). El objetivo es implicar a los Estados miembros en la lucha contra las violaciones transfronterizas de los derechos humanos por parte de empresas domiciliadas en ellos o sujetas de otro modo a su jurisdicción.

En lo que se refiere a los delitos corporativos, un recurso ilícito típico utilizado por las multinacionales para conquistar mercados extranjeros es el pago de sobornos en el extranjero. Es entonces comprensible que la ampliación de los límites espaciales de las leyes penales nacionales sea una constante desde hace algunas décadas en las políticas internacionales de lucha contra la corrupción transfronteriza, tanto en el seno de la OCDE, donde prevalece la necesidad de proteger la competencia leal en el ámbito económico global, como en el seno de la ONU, donde también se dejan sentir las repercusiones perjudiciales sobre el respeto de los derechos humanos de las poblaciones afectadas³⁵. En esta perspectiva, la Convención de la OCDE de 1997 para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (véase art. 4), además de obligar a los Estados contratantes a reprimir el cohecho internacional sobre una base territorial (funditus, sobre este punto, § 4), exige que cualquier disposición nacional que permita perseguir a los ciudadanos por delitos cometidos a través de las fronteras se extienda a este ámbito de la materia. De igual modo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, además de imponer el principio de territorialidad como plataforma prioritaria de las jurisdicciones de los Estados Parte, recomienda diversas técnicas de extraterritorialidad (art. 42, párrafo 2), partiendo de la observación de que la corrupción «ya no es una cuestión local sino un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías».

Para comenzar nuestro examen de los mecanismos de jurisdicción extraterritorial, es necesario partir de la base de que ésta está tradicionalmente sujeta a estrictos requisitos sustantivos y procesales. Sin embargo, para combatir

³⁴ La última versión actualizada de los Principios fue aprobada por 42 países en mayo de 2011. En la actualidad, 25 países de todo el mundo han elaborado un Plan de Acción Nacional, entre ellos Italia (segundo quinquenio: 2021-2026).

³⁵ Se trata de un perfil que aún no parece suficientemente valorado en las estrategias de implementación de los Estados nacionales. Sobre las posibles conexiones entre la corrupción y las violaciones de derechos humanos, del observatorio de derecho internacional, ver: PETERS, *La corrupción como violación de los derechos humanos internacionales*, en 29 *European Journal of International Law*, 2018, núm. 4, 1251 ss.

más eficazmente los delitos corporativos transfronterizos, los sistemas jurídicos nacionales de todo el mundo los están flexibilizando cada vez más.

Como es bien sabido, existen –o al menos normalmente se supone que existen– distintas matrices de aplicación extraterritorial del derecho penal³⁶: a) jurisdicción personal (principio de personalidad activa o principio de personalidad pasiva, es decir, del infractor o de la víctima); b) jurisdicción protectora, que «permite a los Estados ejercer jurisdicción sobre categorías específicas de crímenes que, aunque se cometan enteramente fuera del territorio del Estado, afectan o amenazan la soberanía, la seguridad, la integridad o alguna otra función gubernamental importante» (principio de legítima defensa o defensa del Estado)³⁷; c) jurisdicción universal, que permite a la autoridad judicial de un país perseguir incondicionalmente determinados delitos particularmente graves, dondequiera que se cometan (principio de universalidad)³⁸.

Por lo general, la aplicación ultraterritorial del derecho penal nacional a los delitos corporativos (o a las personas físicas que actúan en nombre de ellas) no sigue el esquema universalista, sino que se basa en alguna variante del principio de personalidad activa (o estatuto personal del delincuente).

Sin embargo, las tendencias expansivas de la espacialidad jurídica fomentan, a nivel de los sistemas estatales, el surgimiento de criterios «personalistas» cada vez más matizados, que generan confusión en los juristas y entre los operadores económicos debido a la dificultad de descifrar su base justificativa.

En particular, en un sentido más común, que se refiere a la nacionalidad como arquetipo de la personalidad activa, el principio en cuestión puede extenderse a las personas jurídicas siguiendo un enfoque estático-formal que privilegia el lugar de constitución/registro.

³⁶ Sigue siendo ilustrativo el documento del Consejo de Europa, Comité Europeo de Problemas Criminales, *Jurisdicción Penal Extraterritorial*, Estrasburgo, 1990, que distingue, de manera más detallada, siete formas de jurisdicción extraterritorial: a) principio de la nacionalidad del infractor (o de la personalidad activa); b) principio de la bandera; c) principio de la nacionalidad (o personalidad pasiva) de la víctima; d) principio de protección; e) el principio de «representación» (que implica un ejercicio concertado de jurisdicción entre Estados); f) principio de universalidad; g) otras formas de jurisdicción extraterritorial. En la literatura internacional, véase, para todo, RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, Nueva York, 2ay. 2015, 101 ss.; en el interior, DI MARTINO [nota 28], 24 ss.

³⁷ BOISTER, *Introducción al derecho penal transnacional*, Croydon, 2.ª ed., 2018, 262. Sobre el principio de protección, véase También CAMERON, *El principio protector de la jurisdicción penal internacional*, Dartmouth, 1994.

³⁸ Como es sabido, el principio de universalidad (o extraterritorialidad «absoluta»), según la concepción defendida por los fundadores del derecho internacional moderno, expresa una idea de solidaridad moral y jurídica entre Estados, ergo de solidaridad internacional, más que la pretensión estatista-autoritaria de máxima expansión geográfica del derecho nacional. Véase, para todo, REYDAMS, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Nueva York, 2004, 30. En la doctrina tradicional italiana, véase DEAN, *Derecho penal y territorio. Los elementos de territorialidad en relación con la estructura del delito*, Milán, 1963, 35.

Este principio evoluciona, en cambio, en un sentido más dinámico-funcional cuando se atribuye importancia –exclusiva o adicionalmente– al centro de gestión/organización efectiva de la institución.

La desviación del canon de la personalidad activa respecto de sus rasgos genéticos es aún más marcada cuando el criterio de conexión «personal» se reduce a la actividad comercial o económica realizada –incluso de manera completamente legal– por una entidad (o por una persona física) dentro de las fronteras nacionales del Estado que pretende hacer valer su jurisdicción sobre un acto ilícito cometido íntegramente en el extranjero. En estas elusivas formas de expansión extraterritorial del derecho penal, el principio de personalidad activa parece «hibridarse» con otros paradigmas de arraigo de la jurisdicción, en el sentido de mezclarse con necesidades que evocan el principio clásico de protección y/o el principio territorial, este último, sin embargo, referido no al delito sino a la presencia en el lugar del responsable. Todo esto, como reiteraremos más adelante, plantea serios dilemas respecto de la posible sobreestimación del interés (económico) nacional a la hora de reclamar jurisdicción.

Dicho esto, es posible identificar al menos cuatro modelos de aplicación –a veces, como se ha dicho, sólo tendencialmente– del principio de personalidad activa, que en algunos ordenamientos jurídicos se ponen como factor común, o al menos parcialmente combinados, para sellar los fines expansionistas de las legislaciones nacionales.

Evidentemente, la posibilidad de aplicar a una sociedad las leyes internas por delitos cometidos íntegramente en el extranjero es una cuestión que precede y en todo caso no absorbe la otra cuestión –que no trataremos aquí– relativa a las reglas en virtud de las cuales las sociedades o sus miembros pueden ser considerados responsables³⁹.

(a) El criterio de la nacionalidad (activa)

Conviene recordar que la nacionalidad constituyó originalmente el principio esencial de aplicación del derecho en el espacio, pues sólo con el adve-

³⁹ Sobre los diferentes modelos estructurales de responsabilidad penal o «criminal» de las empresas en la UE, véase MONGILLO, *The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and European Union Member States' Laws*, en FIORELLA (ed.) [nota 27], *Towards a Common Model*, cit., 55 ss.; *La distribución de la responsabilidad por delitos penales entre personas físicas y jurídicas en Europa*, ibid., 121 ss.; Id., *Responsabilidad* [nota 26], 183 ss., 310 ss.. En la actualidad, los criterios mediante los cuales el derecho penal inglés –la cuna moderna de la responsabilidad penal corporativa– atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos económicos y financieros suscitan fuertes reservas; La Comisión de Derecho publicó recientemente un documento sobre el tema: *Responsabilidad penal corporativa: un documento de opciones*, 10 de junio de 2022.

nimiento del Estado territorial moderno surgió la facultad de someter a los extranjeros a la *lex loci* ⁴⁰.

Sin embargo, a lo largo de su trayectoria histórica, el criterio de nacionalidad se ha ido convirtiendo en uno de los más controvertidos en la literatura del derecho internacional general y, especialmente, del derecho penal transnacional en el ámbito de la jurisdicción interna. De hecho, al menos desde la década de 1930, este parámetro de conexión ha sido criticado como un enfoque erróneo, argumentando que «un Estado no está interesado en la conducta de sus ciudadanos en el extranjero a menos que le cause daño, ya que la paz y el orden dentro de su territorio no se ven perturbados» por eventos extraterritoriales ⁴¹.

Incluso recientemente, con referencia al cibercrimen –uno de los sectores del delito que más atrae la atención de legisladores, organismos internacionales y académicos en la era que vivimos– se ha argumentado que, en casos de jurisdicción concurrente, la nacionalidad «parece ser un factor que milita en contra, más que a favor, de la afirmación de la jurisdicción», concluyendo que se debe dar prioridad a los Estados soberanos lesionados antes que a aquellos de origen del infractor pero no dañados por el delito ⁴².

Sin embargo, en las últimas décadas la tendencia internacional prevalente ha tomado una dirección diferente, especialmente en la lucha contra el crimen corporativo y organizado. Esto también lo revela la tendencia a extender el criterio de nacionalidad a las entidades comerciales y empresas, aunque la literatura clásica sobre jurisdicción estatal y personalidad activa no hace mención de la nacionalidad corporativa.

Algunas convenciones relativas a la lucha contra los crímenes transnacionales abordan este perfil problemático, como también lo hacen las guías oficiales que las acompañan y que no dejan de mencionar a las empresas al promover la aplicación extraterritorial de la ley según el principio de nacionalidad. Por ejemplo, en la Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) se propugna la jurisdicción de personalidad activa como una herramienta necesaria para combatir las prácticas corruptas de manera más efectiva, independientemente de que el infractor

⁴⁰ Por ejemplo, en la literatura anglosajona, BRIERLY, *The Lotus Case*, en 44 *Law Quarterly Review*, 1928, 155 ss.

⁴¹ Así, en la doctrina anglosajona, STIMSON, *Conflict of Criminal Laws*, Chicago, 1936, añade que el principio de personalidad activa también corre el riesgo de dar lugar a violaciones del *ne bis in idem* a nivel transnacional (sobre lo que véase más adelante § 5).

⁴² BRENNER, *El siguiente paso: priorizar la jurisdicción*, en KOOPS-BRENNER (ed.), *Cibercrimen y jurisdicción: una encuesta global*, La Haya, 2006, 341.

sea un individuo o una empresa⁴³. En particular, la Guía destaca la importancia de este enfoque para promover normas de conducta homogéneas en el país y en el extranjero. Respecto de las personas jurídicas, se señala que «una sociedad puede ser considerada nacional si ha sido constituida conforme al derecho nacional o si la sociedad reside en el territorio del Estado». Los Estados que valoran únicamente la nacionalidad de las personas físicas pueden enfrentarse a «graves lagunas jurídicas, ya que en los casos más importantes de responsabilidad corporativa las autoridades investigadoras pueden no ser capaces de identificar al instigador o autor individual». Se concluye entonces que el principio de responsabilidad de la persona jurídica, como entidad autónoma, implica la aplicación de la sanción a la misma con independencia de la nacionalidad del individuo culpable.

Históricamente, sin embargo, se puede discernir una inspiración diferente entre la jurisdicción clásica de los Estados nacionales contra los ciudadanos por delitos cometidos en el extranjero y la tendencia actual a extender la jurisdicción extraterritorial a las empresas nacionales.

El primero ha respondido tradicionalmente a la idea de un vínculo de lealtad que une a los ciudadanos con su país de origen donde quiera que se encuentren⁴⁴.

En cambio, en el caso de las empresas y de las entidades colectivas en general, la lógica que subyace a la aplicación del principio de nacionalidad tiende a tener su raíz en el deber de cada entidad estatal, inmersa en las redes económicas globales, de contribuir a nivelar el campo de juego, mediante el control de la legalidad de las operaciones económicas realizadas en el extranjero por las multinacionales de origen.

Sobre esta base, la jurisdicción sobre una empresa corporativa por delitos cometidos transfronterizos puede depender de su constitución en el territorio nacional. Se hace referencia, por tanto, al lugar de «constitución» de la entidad (*place of incorporation*), que tiende a ser equiparado al lugar de la sede registrada o estatutaria, que, sin embargo, en teoría y dentro de ciertos límites, también podría ser transferido de un Estado a otro (en el ordenamiento jurídico

⁴³ UNODC-UNICRI, *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2009, 134 ss. Véase también HOPPE *et al.*[nota 27] 64, § 7.1.1, según el cual, dado que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de la OCDE y el Convenio de Derecho Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción exigen la responsabilidad de las personas jurídicas, parece lógico tratarlas «de manera similar a las personas naturales desde el punto de vista de la jurisdicción».

⁴⁴ BLAKESLEY, *Jurisdicción extraterritorial*, en BASSIOUNI, *Derecho penal internacional*, Nueva York, 2.ª ed., 1999, 61.

italiano, véase ahora el artículo 2510-bis del Código Civil italiano, introducido por el Decreto legislativo núm. 19/2023).

En estos momentos, la mayoría de los estados adoptan esta lógica.

Este es el caso, por ejemplo, del Derecho holandés, a pesar de la ausencia de una regulación específica y, por tanto, sobre la base de principios generales ⁴⁵.

A veces, como en la República Checa ⁴⁶ –es la misma ley que extiende expresamente, en el caso de delitos cometidos en el extranjero, la eficacia espacial de las disposiciones sobre responsabilidad penal de las empresas a aquellas que tengan su domicilio social en el Estado.

Incluso la legislación estadounidense para combatir la corrupción internacional, en concreto la Foreign Corrupt Practices Act 1977 (en adelante, «FCPA»), admite, a partir de una modificación de 1998, que el principio de nacionalidad –refiriéndose tanto a los ciudadanos estadounidenses como a las entidades estadounidenses ⁴⁷– puede establecer jurisdicción federal para cualquier acto en apoyo (para promover) pagos ilegales a funcionarios extranjeros realizados enteramente fuera de los Estados Unidos (la llamada «Jurisdicción Alternativa»: Código de los Estados Unidos, título 15, cap. 2B, § 78dd-2(i)). Al modificar la FCPA, el gobierno federal creó esta plataforma jurisdiccional alternativa para implementar plenamente la Convención de la OCDE del 17 de diciembre de 1997 sobre la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

Un ejemplo más reciente es la Ley Antisoborno del Reino Unido de 2010, en virtud de la cual es posible perseguir penalmente los delitos contemplados en el artículo 1 (corrupción pública o privada activa –delito de soborno a otra persona), 2 (corrupción pública o privada pasiva– delitos relacionados con el soborno) y 6 (corrupción internacional –soborno de funcionarios públicos extranjeros), incluso en ausencia de cualquier acción u omisión que ocurra típicamente en el Reino Unido, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: (a) que la conducta llevada a cabo a través de la frontera sería penalmente relevante si se cometiera en el Reino Unido;

⁴⁵ Cf. HOPPE *et al.* [nota 27], § 7.1.1.

⁴⁶ Véase el § 3 de la Ley Núm. 418/2011 sobre «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y procedimientos contra ellas», que establece que este reglamento también se aplica a los delitos cometidos en el extranjero «por una persona jurídica con domicilio social (*sídlo*) en la República Checa».

⁴⁷ De hecho, ««persona de los Estados Unidos» significa un nacional de los Estados Unidos [...] o cualquier corporación, sociedad, asociación, compañía anónima, fideicomiso comercial, organización no incorporada o empresa unipersonal *organizada bajo las leyes* de los Estados Unidos o cualquier estado, territorio, posesión o mancomunidad de los Estados Unidos, o cualquier subdivisión política de los mismos» (cursiva nuestra).

b) que el autor tenga «una conexión estrecha con el Reino Unido» (art. 12(2)(3)). El concepto de «conexión estrecha» incluye a los ciudadanos británicos y otros nacionales británicos, a las personas que residen habitualmente en el Reino Unido, a las entidades constituidas conforme a la legislación de cualquier parte del Reino Unido y a las sociedades escocesas⁴⁸. Es evidente que esta disposición no es más que una versión ampliada del requisito clásico de nacionalidad⁴⁹.

(b) El criterio de residencia real o sede principal del negocio

Según un segundo modelo, la posible relación entre el delito y la jurisdicción estatal está constituida por la ubicación de la sede de la empresa en el territorio del Estado. Este parámetro es similar al de la residencia habitual o permanente en un Estado practicado respecto de las personas físicas, lo que puede considerarse el precipitado de una amplia evolución del principio de personalidad activa enraizado en la nacionalidad⁵⁰.

En lo que respecta a las personas jurídicas, muchas legislaciones nacionales adoptan este criterio de ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. Entre otros, tanto el sistema jurídico italiano como la FCPA estadounidense entran en esta categoría, aunque con diferencias no marginales.

En el caso de delitos predicados cometidos íntegramente en el extranjero, se aplicarán las disposiciones de nuestro Decreto Legislativo n. El artículo 231/2001 se puede aplicar sólo a los entes colectivos que tengan su «sede principal» en territorio italiano (art. 4 del decreto), independientemente de que estén establecidos en el mismo o en el extranjero⁵¹. Para evitar fáciles elusiones de responsabilidad, esta expresión, según la opinión doctrinal unánime, debe entenderse en sentido sustancial, como centro de la actividad admi-

⁴⁸ La lista no incluye filiales extranjeras de una empresa matriz del Reino Unido: críticamente, SULLIVAN, *The Bribery Act 2010-An Overview*, en *Crim. Revista de Ciencias Sociales*, 2011, pp. Por lo tanto, incluso en el derecho inglés, la corporación se considera una entidad jurídica única.

⁴⁹ La regla jurisdiccional más innovadora, como analizaremos más adelante (sub letra d), es la dictada por el artículo 7 de la Ley contra el Soborno.

⁵⁰ Cf. CRAWFORD, *Principios de derecho internacional público de Brownlie*, Croydon, 8.ª ed., 2012, 459 ss. Por el contrario, algunos académicos consideran el criterio de residencia habitual como una forma de jurisdicción territorial: por ejemplo BOURGUIGNON, *El nuevo enfoque de Francia hacia la extraterritorialidad en el derecho anticorrupción: ¿preparando el camino para un principio protector en asuntos económicos?*, en Bismuth et al. (ed.), *La transnacionalización del derecho anticorrupción*, Oxon-Nueva York, 2021, 159. Sin embargo, es claro que en este caso el criterio de territorialidad no se refiere al delito sino a su autor.

⁵¹ Véase OCDE, *Italia - Fase 2: Informe sobre la implementación de la Convención Antisoborno*, 2004, 41.

nistrativa, de gestión y organizativa de la entidad⁵²; en estos términos, puede incluso no coincidir con el «domicilio social».

A pesar de cierta ambigüedad semántica, el concepto de «sede central» (en inglés (real) head office) o «sede central» (headquarters) tiende a coincidir con la noción de lugar principal de negocios (principal centro de actividad de la entidad), cuyo origen jurídico es estadounidense y que, según la jurisprudencia local⁵³, se refiere al lugar donde los altos administradores y gerentes dirigen, controlan y coordinan las actividades de la empresa, por lo que puede considerarse el centro neurálgico de la organización⁵⁴. Por tanto, no debe confundirse con las oficinas o locales donde, en su caso, únicamente se celebran reuniones de directorio, a las que asisten los directores cuando es necesario.

En todo caso, de acuerdo con la regla de competencia contenida en el artículo 4 del Decreto Legislativo núm. 231/2001, sobre las condiciones de persecución de la empresa, en relación con los delitos transfronterizos de conformidad con los artículos. 24 ss. Podría comprometer de manera abstracta la responsabilidad, no limitándose al elemento de la sede social en Italia. El texto legislativo plantea más bien un caso complejo que, por una parte, absorbe los mismos «casos» y las mismas «condiciones» a las que está vinculada la latitud extraterritorial del derecho interno respecto de los autores materiales del delito (artículos 7-10 del código penal)⁵⁵, y por otro lado limita aún más su alcance al establecer dos condiciones procesales, una de las cuales —como veremos— es completamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico. En general, el resul-

⁵² Para más detalles, consulte: PISTORELLI, *Aspectos problemáticos de la responsabilidad internacional de las entidades por crímenes cometidos en su interés o en su beneficio*, en *Resp. amm. sociedad y entidades*, 2011, 15; MONGILLO [nota 3], 329 («centro de las actividades administrativas, de gestión y organizativas de la institución»); TRIPODI, *El derecho penal de los entes en el espacio: desantropomorfización y globalización comparadas*, en *Arch. pen.*, 2019, núm. 1, 3 («centro de ejecución prevalente y efectiva de la actividad administrativa de dirección y organización de la institución»); PIERGALLINI [nota 3], 159. Sobre los aspectos de la responsabilidad de la entidad en el espacio transnacional, véase también DI VETTA, *La responsabilidad de las entidades en la perspectiva de los «grandes espacios»*. *Perfiles transnacionales del Decreto Legislativo núm. 231/2001*, en *Arch. pen.*, 2021, núm. 1, 1 ss.

⁵³ Véase Corte Suprema de Estados Unidos, *Hertz Corp. v. Amigo*, 559 US 77, 130 S. Ct. 1181 (2010).

⁵⁴ Cabe señalar que el término «sede principal de negocios» también se utiliza en la FCPA estadounidense para definir el concepto de «empresa doméstica», que es una de las tres categorías de personas físicas y entidades colectivas a las que se aplican las disposiciones anticorrupción de este texto legislativo, además de los emisores extranjeros y las personas que realicen cualquier acto con vistas a un pago corrupto mientras se encuentren en Estados Unidos. La expresión «interés interno» incluye textualmente: « (A) cualquier individuo que sea ciudadano, nacional o residente de los Estados Unidos; y (B) cualquier corporación, sociedad, asociación, compañía anónima, fideicomiso comercial, organización no incorporada o empresa unipersonal que tenga su sede principal de negocios en los Estados Unidos, o que esté organizada bajo las leyes de un estado de los Estados Unidos o un territorio, posesión o mancomunidad de los Estados Unidos » (15 USC § 78dd-2(h)(1)).

⁵⁵ Ver, en los manuales, para todos, PALAZZO, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Turín, 8.ª ed., 2021, 161 ss.; PULITANÒ, *Derecho penal*, 9.ª ed., Turín, 2021, 530 ss.

tado es un filtro tan selectivo que quizá explica la casi total ausencia de jurisprudencia relevante.

En cuanto a los criterios codificados para la conexión entre la jurisdicción italiana y los delitos extranjeros, conviene recordar que en la lista se incluyen: los principios de personalidad activa (art. 9 cp) y de personalidad pasiva (art. 10, apartado 1, cp), relativos a la condición de ciudadano, respectivamente, del sujeto actuante y del sujeto pasivo; el principio de defensa, relacionado con la naturaleza política del delito cometido (art. 8 cp), con la incidencia del delito sobre intereses esenciales y típicamente específicos del Estado italiano (art. 7, núm. 1-4, cp)⁵⁶, o en todo caso a su ejecución «en perjuicio del Estado» (art. 10, inciso 1, cp); hasta el principio de universalidad (tendencial) con referencia a los casos en los que la aplicación del derecho penal italiano está establecida por disposiciones legislativas especiales o convencionales (art. 7, núm. 5, cp) o a los delitos cometidos en el extranjero por un extranjero en perjuicio de un Estado extranjero o de un extranjero (art. 10, apartado 2, cp, que en todo caso establece múltiples condiciones para la activación de la jurisdicción interna)⁵⁷.

En concreto, fuera de las situaciones tipológicas señaladas en los artículos 7⁵⁸ y 8 cp, la jurisdicción extraterritorial debe superar restricciones regulatorias estrechas y a menudo infranqueables. Para perseguir el delito común cometido por el ciudadano en el extranjero, el artículo El artículo 9 del Código Penal exige que se castigue con pena de prisión no menor de tres años y que el autor se encuentre en el territorio del Estado. Para los delitos castigados menos severamente, se requiere además solicitud del Ministro de Justicia o petición o querrela de la parte perjudicada⁵⁹. En comparación con los delitos cometidos

⁵⁶ Delitos contra la personalidad del Estado o los funcionarios públicos al servicio del Estado con abuso de poder o violación de deberes inherentes a sus funciones, falsificación del sello del Estado, moneda falsa: figuras también previstas en el sistema 231 conforme a los artículos. 25, 25 bis, 25 cuatrimestres cp.

⁵⁷ PAGLIARO, *Principios de derecho penal. Parte general*, rev. y adj. de Militello-Parodi Giusino-Spena, Milán, 9.^a ed., 2020, 169, opina que «aquí la excepción al principio de territorialidad está dictada por una necesidad de colaboración internacional para la represión de los delitos más graves y por la posibilidad de castigar en Italia al culpable que ya se encuentra allí».

⁵⁸ En una era de dislocación global de las cadenas de suministro, una norma importante que amplía la jurisdicción extraterritorial italiana es la dictada por el artículo 604 del Código Penal, relativo a los «delitos contra las personas» (Sección I, Capítulo III, Título XII, Libro Segundo del Código Penal), entre los que se incluyen, entre otros, la reducción o mantenimiento en esclavitud o servidumbre (artículo 600 del Código Penal), la trata de personas (artículo 601 del Código Penal), la intermediación ilícita y la explotación del trabajo (artículo 603-bis del Código Penal). Según este régimen de derogación, la punibilidad puede ser independiente de cualquier conexión, aunque sea tenue, del hecho con el territorio nacional, siempre que el delito sea cometido por un ciudadano italiano, incluso bajo forma de cómplice, o por un extranjero en perjuicio de un ciudadano italiano.

⁵⁹ Tal solicitud o denuncia/instancia no es necesaria para los delitos previstos en los artículos. 320, 321 y 346-bis del Código Penal, como consecuencia de una previsión derogatoria introducida por la Ley 3/2019 en el artículo 9, párrafo 4, cp.

en el extranjero por extranjeros, el ámbito de aplicación del derecho interno es aún más limitado: siempre es necesaria la presencia del culpable en el territorio del Estado⁶⁰, ya sea la solicitud del Ministro de Justicia o la solicitud o queja de la parte perjudicada⁶¹; es necesario entonces que el delito sea castigado con una pena mínima de prisión no inferior a un año si se comete en perjuicio del Estado o de un ciudadano, o con una pena mínima de prisión de tres años si se comete en perjuicio de la UE, de un Estado extranjero o de un extranjero, en este caso se requiere además que la extradición del culpable no haya sido concedida o aceptada por el Gobierno del Estado en el que el culpable cometió el delito o por el del Estado al que pertenece (art. 10 cp).

No es suficiente. Como se mencionó, el artículo 4 del Decreto Legislativo n. El artículo 231/2001 supedita la facultad de proceder contra un organismo colectivo por delitos cometidos en el extranjero a otros dos requisitos procesales.

Una de ellas simplemente duplica una condición del Código: siempre que la solicitud del Ministro de Justicia sea necesaria para proceder contra el autor individual, dicha solicitud debe ser «formulada también contra la entidad» (art. 4, párrafo 2, Decreto Legislativo núm. 231/2001).

La segunda condición –en este caso negativa– representó una novedad absoluta: la entidad que tenga su sede principal en Italia podrá responder, de conformidad con el artículo 4, apartado 1, última parte, del Decreto Legislativo núm. 231/2001, únicamente si la autoridad del *locus commissi delicti* no está ya procediendo contra él. Se trata de una cláusula de resolución de conflictos jurisdiccionales basada en una simple litispendencia transnacional: «una ‘versión anticipada’ del *ne bis in idem*, en la que el efecto preclusivo sobre el ejercicio de la jurisdicción no es, como es habitual, la adopción de una decisión firme sino simplemente la activación de un procedimiento en el extranjero»⁶².

Independientemente de las peculiaridades de los distintos sistemas jurídicos, el parámetro de la «residencia» de la entidad en el Estado denota un mayor dinamismo espacio-temporal en comparación con el criterio de la naciona-

⁶⁰ La presencia en el territorio del Estado es considerada una condición de admisibilidad por la jurisprudencia: por ejemplo. Cass., secc. VI, 14 de abril de 2003, núm. 21251, casa rodante. 226042-01.

⁶¹ Tras otra novedad introducida por la Ley 3/2019, la petición del Ministro de Justicia o la solicitud/queja del perjudicado podrán ser desestimadas respecto de los delitos previstos en los artículos. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 y 322-bis del Código Penal (art. 10, apartado 3, del Código Penal).

⁶² Lúcidamente, MANACORDA, *Límites espaciales de la responsabilidad empresarial y criterios de imputación*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, núm. 1, 110. En nuestra opinión, el concepto de «procedimiento» puede incluir también un procedimiento «administrativo» destinado a imponer (en todo caso) sanciones punitivas: en este sentido también FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati committazioni all'estero*, en *Jus*, 2011, 259.

lidad stricto sensu, que atribuye una importancia decisiva al lugar en el que se estableció la persona jurídica. Como se ha dicho, sin embargo, la oficina principal se refiere a la actividad de gestión de la institución y en parte también evoca la exigencia (individualista) de la presencia del culpable en el territorio del Estado, como condición de la jurisdicción extraterritorial en algunas de sus declinaciones⁶³. En todo caso, una entidad multipersonal, a diferencia de un autor físico, puede ser ubicua, de modo que la idea de «presencia» adquiere, en este caso, un carácter más decisional-organizativo.

En el plano dogmático, conviene precisar que el criterio de conexión en cuestión no esboza un atributo constitutivo del delito punitivo de la entidad dependiente de la comisión de delitos transfronterizos, sino una regla limitativa de la jurisdicción extraterritorial para tal delito. En otras palabras, nos encontramos ante un derecho penal/punitivo transnacional, dictado para acontecimientos en los que se da un elemento preciso de extranjería (espacial), es decir, el delito efectivamente cometido en el extranjero⁶⁴.

(c) **Criterios para la emisión de instrumentos financieros en el mercado nacional**

Según un tercer dispositivo jurisdiccional posible, el papel de «bisagra» entre una empresa y la aplicación del derecho nacional, en presencia de la comisión extraterritorial de un delito societario, puede ser desempeñado por la emisión de valores en el mercado financiero nacional, independientemente del lugar de constitución, de la sede o del principal locus de actividad de la entidad.

Este peculiar mecanismo fue concebido en Estados Unidos, una vez más para ampliar la espacialidad del aparato represivo de la corrupción internacional⁶⁵.

De hecho, las disposiciones de la referida FCPA no se aplican sólo a las empresas nacionales, sino también a cualquier emisor⁶⁶, incluidas las corporaciones extranjeras, siempre que tengan valores registrados ante la SEC. 12 de la Ley de Intercambio de Valores de 1934 o están obligados a presentar informes

⁶³ Define el criterio de la sede principal como uno de «territorialidad funcional [...], establecido en función de las necesidades de atribución personalizada del delito a la entidad», DI MARTINO, *Delitos cometidos en el extranjero y responsabilidad de las entidades*, en Piva (ed.), *La responsabilidad de las entidades según el Decreto Legislativo 231/2001. Perfiles sustantivos y procesales*, Turín, 2021, 204.

⁶⁴ Cf., de nuevo, DI MARTINO [nota 63], 186.

⁶⁵ Regímenes de esta naturaleza son típicos de la regulación de valores. Además, la propia FCPA también contiene disposiciones que prohíben a los emisores de valores estadounidenses falsificar sus libros y registros (disposiciones contables de la ley: 15 USC § 78m).

⁶⁶ También se incluyen todos los funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas del emisor.

periódicos ante la SEC de conformidad con la sec. 15(b) de la Ley (15 U. S. C. § 78dd-1(a)).

No es fácil descifrar el principio que informa la extensión de la jurisdicción a los emisores extranjeros. Se podría intentar identificarlo como una necesidad de protección de los intereses nacionales, dadas las repercusiones –al menos potenciales– que los delitos cometidos por dichas entidades colectivas bajo la FCPA podrían tener en el mercado financiero interno. Desde esta perspectiva, la disciplina en examen encontraría su fundamento en una concepción muy amplia del principio de protección, como posible fundamento de la jurisdicción extraterritorial.

Quizás sea precisamente por el grado de enigma que rodea a este criterio de conexión que el legislador norteamericano sintió la necesidad de acompañarlo con el uso necesario del correo estadounidense o de cualquier medio o instrumento de «comercio interestatal» para sustentar un pago corrupto al funcionario extranjero (15 USC § 78dd-1(a))⁶⁷. La ley define el comercio interestatal como cualquier «comercio, comercio, transporte o comunicación entre varios Estados, o entre varios países extranjeros y cualquier Estado, o entre los Estados y cualquier lugar o buque fuera de dicho Estado» (15 USC §§ 78dd-2(h)(5), 78dd-3(f)(5)). El término también incluye «el uso interestatal de: (A) un teléfono u otro medio de comunicación interestatal, o (B) cualquier otro instrumento interestatal»⁶⁸. Sin embargo, incluso este requisito asume la necesidad de alguna conexión territorial entre el hecho y la jurisdicción sólo en términos muy tenues y casi evanescentes⁶⁹. De hecho, las directrices publicadas y las prácticas de aplicación adoptan un concepto muy amplio de «comercio interestatal», de modo que incluso un esquema de corrupción llevado a cabo en gran medida en el extranjero podría quedar enredado en la red jurisdiccional federal. En concreto, como se ilustra en la Guía de la FCPA publicada conjuntamente por el Departamento de Justicia y la SEC, para activar la jurisdicción estadounidense es suficiente «hacer una llamada telefónica o enviar un correo electrónico, mensaje de texto o fax hacia, desde o a través de los Estados Unidos, [...] así como enviar una transferencia bancaria hacia o desde

⁶⁷ A menos, por supuesto, que *el emisor esté organizado bajo las leyes de los Estados Unidos*, porque en ese caso volvemos al marco de «Jurisdicción Alternativa», ya considerado: 15 USC § 78dd-1(g).

⁶⁸ El elemento de comunicaciones o transacciones por medio de «cualquier instrumento de comercio interestatal» también está incluido en muchos otros delitos penales de los EE. UU., como los tipificados por la *Ley de Control de Lavado de Dinero*, 18 USC § 1956(b)(2), que se aplica a personas y corporaciones extranjeras si parte de la conducta se lleva a cabo en los Estados Unidos o si la corporación tiene una cuenta bancaria en los EE. UU.

⁶⁹ Quizás ésta sea la razón por la que algunos autores, como RYNGAERT [nota 36], 87, sitúan este factor de conexión en la categoría de «jurisdicción territorial».

un sistema bancario estadounidense, o viajar a través de las fronteras estatales o internacionalmente hacia o desde los Estados Unidos»⁷⁰.

(d) El criterio del «*carrying on a business*»

El cuarto y último modelo de aplicación ultraterritorial del derecho penal contra entidades económicas se basa en un presupuesto «personal» aún más tenue e inclusivo.

Este nuevo enfoque político-criminal fue acuñado por el Reino Unido en 2010, como parte de una reforma que tuvo un gran impacto interno pero también una fuerte resonancia internacional. Nos referimos, obviamente, a la Bribery Act, la nueva ley orgánica de lucha contra la corrupción a través del derecho penal, que –entre muchas novedades significativas– ha ampliado enormemente el ámbito jurisdiccional del derecho británico en este sector⁷¹.

Más allá del ya mencionado criterio del «estrecho vínculo» (supra, letra a), que, como se ha señalado, representa una versión ampliada del clásico principio de nacionalidad, la innovación más disruptiva –en lo que aquí es relevante– se refiere a la extensión espacial del nuevo delito específico de las organizaciones comerciales, consistente en la no prevención de actos de corrupción cometidos por «personas asociadas» con la intención de beneficiar a la organización (art. 7)⁷².

A diferencia del régimen general, el nuevo concepto de delito corporativo puede cometerse «independientemente de si los actos u omisiones que consti-

⁷⁰ La División Penal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos, *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, segunda edición, julio de 2020, 10. En el nivel de aplicación, en este sentido, véase *Estados Unidos v. JGC Corp.*, Núm. 11-cr-260 (S. D. Tex. 6 de abril de 2011), un caso que, como la mayoría de las acciones de cumplimiento iniciadas bajo la FCPA, se resolvió mediante un DPA: KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, Cheltenham/Northampton, 2014, 110. En *SEC v. Straub*, 921 F. Sup. 2d 244 (SDNY 2013) se consideró probado el uso de instrumentos de comercio interestatal por parte de funcionarios de un emisor porque los acusados habían utilizado correos electrónicos «enrutados y/o almacenados en servidores de los Estados Unidos».

⁷¹ SULLIVAN[nota 48], 96-98. Sobre esta pieza legislativa y cuestiones de jurisdicción: CROPP, *The Bribery Act 2010: Part 4: A Comparison With the Foreign Corrupt Practices Act: Nuance v Nous*, en *Crim. LR*, 2011, 122; WELLS, ¿Quién teme a la Ley Antisoborno de 2010?, en *JBL*, 2012, núm. 5, 420 ss.; DICKSON, *Investigación y enjuiciamiento transfronterizos de delitos de soborno y corrupción*, en 15 *ERA Forum*, 2014, núm. 1, 51 ss.; ARNELL-EVANS, *El efecto de la Ley Antisoborno de 2010*, en *Jur. Rev.*, 2015, núm. 2, 167 ss. En la literatura italiana, véase MONGILLO [nota 3], 355-460; en la más reciente producción monográfica, SCALIA, *Corrupción: una historia sin fin. Herramientas contrastantes y niveles de tipificación en el panorama comparativo y supranacional*, Turín, 2020, 345-444.

⁷² Una persona asociada puede, por disposición expresa de la ley, ser también una empresa controlada (filial): ver. segundo. 8(3).

tuyen el delito ocurren en el Reino Unido o en otro lugar» (art. 12(5)). Además, en este caso, ni siquiera es necesario que la organización tenga una conexión estrecha con el Reino Unido: basta con que una persona jurídica (o una sociedad), «dondequiera que esté constituida, lleve a cabo un negocio, o parte de un negocio, en cualquier parte del Reino Unido» (art. 7(5)(b)(d)).

La legislación no especifica el significado de la frase «realizar un negocio en el Reino Unido». Se plantea entonces el dilema de si basta con una intervención mínima en su interior. La Guía publicada por el Ministerio de Justicia del Reino Unido ha proporcionado algunas aclaraciones, de manera razonablemente restrictiva, pero no es vinculante para fiscales y jueces. Adoptando un enfoque de sentido común, el documento subraya que «las organizaciones que no tienen una presencia comercial demostrable en el Reino Unido no entran dentro del ámbito de aplicación» de este peculiar factor de conexión (el énfasis es nuestro). Añade que «el Gobierno no espera, por ejemplo, que el mero hecho de que las acciones de una empresa hayan sido admitidas en la Lista Oficial de la Autoridad de Cotización del Reino Unido y, por tanto, cotizadas en la Bolsa de Valores de Londres, sea suficiente para caracterizar a una empresa como que realiza una actividad comercial o parte de una actividad comercial en el Reino Unido». De manera similar, tener una filial en el Reino Unido «no significa, en sí mismo, que la empresa matriz realice una actividad comercial en el Reino Unido, ya que una filial puede actuar independientemente de su empresa matriz o de otras empresas del grupo»⁷³.

El modelo de falta de prevención y el constructo jurisdiccional asociado dibujan un patrón que podría replicarse para cualquier delito corporativo, empezando por los delitos económico-financieros. Hasta la fecha, esto solo ha ocurrido en el área de la evasión fiscal, es decir, por los delitos de facilitación de la evasión fiscal, ya sean nacionales o extranjeros, previstos en la Ley de Finanzas Criminales de 2017 (véanse los arts. 44 y 45)⁷⁴. El gobierno británico parece decidido a introducir en breve un nuevo delito corporativo de no prevención del fraude, la contabilidad falsa o el blanqueo de dinero⁷⁵. En los últimos años, el Comité Conjunto de Derechos Humanos del Parlamento británico ha planteado la hipótesis de que este paradigma adscriptivo podría extenderse incluso a las violaciones de los derechos humanos, mediante la introducción

⁷³ Ministerio de Justicia del Reino Unido, *Ley Antisoborno de 2010. Orientación*, 2011, 9 (§§ 15-16), 15 (§ 36).

⁷⁴ LAIRD *Ley de Finanzas Criminales de 2017: Introducción*, en *Crim. LR*, 2017, núm. 12, 915 ss. En la doctrina italiana, véase, por último, la precisa ilustración de SABIA, *Responsabilidad penal de las entidades y paradigmas de validación de modelos organizativos. Experiencias comparadas y escenarios de reforma*, Turín, 2022, 192 ss.

⁷⁵ Véase el *Proyecto de Ley sobre Delitos Económicos y Transparencia Corporativa de 2022*.

de un nuevo delito penal de no impedir los abusos de los derechos humanos por parte de las empresas ⁷⁶.

Desde el punto de vista de las tendencias a la expansión de la jurisdicción penal, cabe destacar cómo la nueva legislación británica –en sintonía con el expansionismo aplicativo de la FCPA norteamericana– está catalizando la atención de muchos países a nivel internacional y desencadenando con ello tendencias imitativas que –como comentaremos más adelante– suscitan justificada preocupación ⁷⁷. Ciertamente, el trasplante de los modelos más agresivos de jurisdicción extraterritorial a otros sistemas jurídicos refleja el dinamismo global de las medidas estatales anticorrupción hacia una alineación progresiva ⁷⁸ y también está alimentada por la preocupación de varios Estados de evitar que las empresas nacionales se encuentren, en el escenario económico mundial, en una situación de desventaja respecto a sus competidores extranjeros ⁷⁹.

Un ejemplo muy significativo de este fenómeno de circulación jurídica lo constituye la reciente orientación de Francia hacia la extraterritorialidad en el ámbito jurídico destinado a combatir la corrupción. En respuesta, por una parte, a las numerosas acciones exitosas interpuestas en Estados Unidos bajo la FCPA contra multinacionales francesas en relación con casos complejos de soborno internacional y, por otra parte, a las críticas de larga data a las autori-

⁷⁶ Cámara de los Lores, Cámara de los Comunes, Comité Conjunto de Derechos Humanos, Derechos Humanos y Empresas 2017: Promover la responsabilidad y garantizar la rendición de cuentas. Sexto Informe de la Sesión 2016-17, 5 de marzo de 2017, publicado el 29 de marzo de 2017, § 193, 69. El Gobierno británico aún no ha actuado en relación con este deseo. En nuestra opinión, sin embargo, las exigencias axiológicas de precisión del precepto penal/punitivo impondrían la limitación de cualquier nueva disposición sancionadora a la falta de prevención de delitos específicos (transnacionales), por ejemplo, la esclavitud, la trata, la intermediación/explotación ilícita del trabajo, el tráfico de migrantes, la tortura, etc. Ideas en esta dirección se pueden encontrar en MONGILLO [nota 20], 673, así como en NIETO MARTÍN, *Hacia un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos*, en *InDret*, 2020, núm. 3, 137 ss., según el cual, sin embargo, la nueva figura penal no debe estar vinculada exclusivamente a la comisión de una conducta dolosa o negligente por parte de terceros, sino que puede referirse también a violaciones de los derechos humanos no relacionadas con un delito específico, que la empresa está en todo caso obligada a prevenir. En el proyecto de Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos también se prevé una posible responsabilidad jurídica, incluso de las personas jurídicas, en forma de *incumplimiento de la obligación de prevenir los abusos de los derechos humanos* (véase, ahora, el 3a versión del 17 de agosto de 2021, art. 8, párrafo. 6 y 7), sin especificar su naturaleza (civil, administrativa o penal).

⁷⁷ Entre los países de *derecho consuetudinario*, la introducción de un nuevo delito «corporativo» de *falta de prevención de delitos transnacionales* también se defiende en el reciente informe de la Comisión Australiana de Reforma Jurídica, *Responsabilidad Penal Corporativa (Informe ALRC 136)*, abril de 2020, 447 ss., en www.alrc.gov.au.

⁷⁸ Véase BREWSTER, *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy*, en 103 *Virginia LR*, 2017, 1611 ss.

⁷⁹ Otro capítulo importante en el proceso de transnacionalización del derecho *antisoborno* está representado por la *difusión global de los acuerdos de enjuiciamiento diferido* con sede en Estados Unidos. Véase el análisis comparativo horizontal y vertical publicado en OCDE, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolution*, París, 2020.

dades francesas por parte de la OCDE (Grupo de Trabajo sobre Soborno) –y otras organizaciones internacionales, como el Consejo de Europa (a través del organismo de monitoreo anticorrupción llamado GRECO)– por su pobre historial en la lucha contra el soborno transnacional, el Parlamento francés aprobó la *Loi Sapin II* el 9 de diciembre de 2016⁸⁰.

El nuevo código jurídico fue precedido por un informe parlamentario en profundidad sobre la extraterritorialidad de la legislación estadounidense, calificada de «forma de imperio jurídico» (*forme d'imperium dans le domaine du droit*)⁸¹. El arte. El artículo 21 de la ley, en particular, amplió considerablemente la jurisdicción extraterritorial de Francia en materia de corrupción. Además de eliminar las tradicionales limitaciones procesales para el procesamiento de los crímenes extraterritoriales en virtud del principio de personalidad activa, incluida la doble incriminación y la necesidad de una denuncia presentada por la víctima o sus herederos legales o un informe oficial de la autoridad del lugar donde se cometió el delito⁸², la reforma estableció que el derecho penal francés se aplica «en todas las circunstancias» a la corrupción y al tráfico de influencias dirigidos contra funcionarios públicos no nacionales (artículos 435-1 a 435-4 y 435-7 a 435-10), incluso si son totalmente «cometidos en el extranjero por una persona francesa o por una persona que reside habitualmente en Francia o que ejerce su actividad económica, total o parcialmente, en territorio francés» (nuevos artículos 435-6-2 y 435-11-2 del Código Penal).

Si la referencia a los franceses refleja el principio tradicional de la nacionalidad y el segundo elemento (residencia habitual en Francia) no es otra cosa que la variante extensiva más común del principio de personalidad activa, la verdadera novedad reside en el tercer elemento, es decir en la referencia a toda persona « que ejerza toda o parte de su actividad económica en el territorio francés ».

De la redacción elegida se desprende claramente la influencia de la Ley Antisoborno del Reino Unido de 2010. Por otra parte, al ampliar el ejercicio de

⁸⁰ La ley lleva el nombre del entonces ministro de Economía y Finanzas que la propuso, Michel Sapin.

⁸¹ BERGER-LELLOUCHE, *Informe informativo sobre la extraterritorialidad de la legislación estadounidense*, núm. 4082, octubre de 2016.

⁸² *En parte aquí*, los nuevos artículos 435-6-2 y 435-11-2 derogan las exigencias del artículo 113-6, párrafo 2, del *Código Penal* (la doble incriminación establecida para los *delitos* cometidos por ciudadanos fuera del territorio de la República Francesa) y también declaran inaplicable el artículo 113-6, párrafo 2, del *Código Penal*. 113-8 (queja de la víctima o informe oficial de la autoridad del lugar del delito). Cfr. D'AMBROSIO, *La implicación de los actores privados en la lucha contra la corrupción: un balance a mediodía de la Ley Sapin 2*, en *Rev. sc. crim. dr. pen. comp.*, 2019, 15 ss.

la jurisdicción extraterritorial en materia de corrupción, la nueva ley transalpina parece haber ido incluso más lejos que la ley británica –y a fortiori que la FCPA estadounidense– en dos direcciones: 1) el artículo El artículo 7 de la Ley contra el Cohecho define un delito específico de falta de prevención de la corrupción, que sólo puede ser cometido por «organizaciones comerciales relevantes»; Por otra parte, la nueva legislación francesa se aplica a una amplia gama de delitos de corrupción activa y pasiva y de tráfico de influencias de alcance transnacional, que pueden ser cometidos tanto por personas físicas como jurídicas; 2) El criterio de «negocio en el Reino Unido» parece ligeramente más limitado que la noción de «actividades económicas» (*activités économiques*), ya que esta última no se limita a las actividades comerciales (*activités commerciales*)⁸³. Además, a diferencia de la Guía del Reino Unido mencionada anteriormente, la Circular del Ministerio de Justicia francés del 2 de junio de 2020 «sobre la política criminal en la lucha contra la corrupción internacional», conocida como Circulaire Belloubet (en honor al ex Ministro de Justicia francés), ha establecido que la noción de persona que ejerce, total o parcialmente, su actividad económica en territorio francés se extiende al menos a las personas jurídicas extranjeras que tengan una filial, sucursales, oficinas comerciales u otros locales (*établissements*) en Francia, incluso si no tienen personalidad jurídica autónoma⁸⁴.

Es hora de hacer algunas reflexiones sobre este criterio vinculante de jurisdicción.

Técnicas legislativas como las ideadas en el Reino Unido, y reforzadas ulteriormente por el legislador francés, otorgan a la jurisdicción estatal, al menos desde el punto de vista de la legislación abstracta, una vis atractiva de amplio alcance y una inspiración «casi universal».

En consecuencia, resulta aún más difícil de lo señalado anteriormente para la FCPA comprender la *ratio essendi* de parámetros tan amplios y elusivos.

Podría venir al rescate una concepción aún más vaga y amplia del principio de protección del Estado, a saber, la «presunción (audaz) según la cual la conducta de una persona que realiza una «actividad económica» en el territorio de un Estado es potencialmente capaz de afectar los intereses económicos esenciales de este último, incluso cuando la persona sea extranjera y la con-

⁸³ Así, BOURGUIGNON [nota 50], 160.

⁸⁴ Ministerio de Justicia, *Circular de 2 de junio de 2020 sobre política criminal relativa a la lucha contra la corrupción internacional*, París, 2020, 9.

ducta se realice en el extranjero», teniendo en cuenta también el posible impacto en las relaciones internacionales entre los países involucrados ⁸⁵.

La referencia a los intereses económicos del Estado en un sentido amplio, sin embargo, marcaría una clara ruptura con la justificación tradicional del principio de legítima defensa, ya que se refiere a intereses vitales para un Estado, como la defensa y la seguridad nacionales.

Además, cuando se le da importancia a alguna actividad comercial o económica, incluso marginal, en el país de referencia, la conjetura de un impacto sobre los intereses económicos «esenciales» del Estado de referencia pierde credibilidad y tiende a reducirse a mera ficción ⁸⁶.

Alternativamente, también se podría intentar argumentar que un régimen jurisdiccional tan flexible puede explicarse por una combinación sin precedentes de los principios de protección y territorialidad, dado el impacto –real o al menos potencial– de la conducta extraterritorial en el Estado en el que el sujeto desarrolla al menos parte de su actividad.

Sin embargo, el hecho esencial no cambia: la nueva legislación francesa permite perseguir, en los términos indicados anteriormente, los delitos de corrupción cometidos por un extranjero íntegramente en el extranjero, mientras que el artículo La sección 7 de la Ley Antisoborno del Reino Unido permite que las organizaciones comerciales cuya sede se encuentra fuera del Reino Unido sean castigadas por no prevenir la corrupción. Es evidente, por tanto, que el principio de territorialidad, según estas cadencias, sólo puede evocarse en un sentido muy diferente del tradicional.

A pesar de tan justificadas reservas, la extrema maleabilidad y capacidad de rendimiento del modelo de jurisdicción extraterritorial en cuestión hace pensar que otros países, a nivel global, lo importarán en el futuro, para no quedarse atrás en esta frenética «cacería de jurisdicción». Esto exige una reflexión concertada que involucre a la ciencia jurídica y a la comunidad internacional sobre la vigencia del principio de previsibilidad y certeza del derecho y sobre los riesgos de una proliferación irrazonable y por tanto indeseable de entidades estatales legitimadas abstractamente para proceder por los mismos hechos.

⁸⁵ BOURGUIGNON [nota 50], 155 ss., 160 ss., quien añade que « desde un punto de vista jurídico, [la Loi Sapin II] pone en cuestión las categorías existentes de jurisdicción penal en el derecho internacional y reabre el debate sobre los principios fundamentales aplicables a la jurisdicción extraterritorial » (p. 158).

⁸⁶ Por esta razón, BOURGUIGNON [nota 50], 170, propone, como mínimo, modificar la disposición francesa en examen, «reemplazando la expresión «actividades económicas» por «actividades comerciales» y añadiendo la palabra «significativa» (sustancial) para caracterizar la actividad (comercial) en el país». Esta corrección, sin embargo, no cambiaría los términos esenciales de la cuestión, relativa a la legitimidad de tal mecanismo para establecer la jurisdicción.

8.3 LA CUESTIÓN DEL DOBLE ENJUICIAMIENTO: DEL INDIVIDUO A LA ENTIDAD

En Italia y en otros lugares, todavía es objeto de acalorados debates la cuestión de si se debe exigir o no la doble incriminación como condición para la aplicación extraterritorial del derecho interno, es decir, que el acto esté previsto como delito tanto en el derecho interno como en el del Estado extranjero en el que se comete. El dilema se plantea tanto para la responsabilidad penal individual como para la responsabilidad corporativa.

Tradicionalmente, el requisito de la doble incriminación no es una rareza cuando se invoca la jurisdicción ultraterritorial a la luz de la nacionalidad del sujeto activo del delito.

Las convenciones internacionales generalmente evitan establecer reglas vinculantes a este respecto. Por ejemplo, la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho Internacional de 1997 simplemente establece que un Estado Parte, si procesa a sus propios nacionales por delitos cometidos en el extranjero, «adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el cohecho de un funcionario público extranjero de conformidad con los mismos principios» (artículo 4, párrafo 2). Como se aclara en los Comentarios de la Convención, esos principios pueden incluir el de doble enjuiciamiento. En este caso, la condición en cuestión «debe considerarse cumplida si la conducta es ilícita en el lugar en que se realizó, incluso si se basa en una ley penal diferente» (§ 26).

Según una escuela de pensamiento, el principio de doble incriminación merece ser aceptado⁸⁷. Teniendo en cuenta este enfoque, en algunos ordenamientos jurídicos se establece expresamente respecto de los ciudadanos, por ejemplo mediante el artículo 5 del Código Penal holandés, según el cual «[l]a legislación penal de los Países Bajos se aplica a cualquier nacional holandés que cometa fuera del territorio de los Países Bajos: [...] 2°. un delito conside-

⁸⁷ En la literatura italiana, para una respuesta afirmativa, en relación a la responsabilidad penal individual, véase: MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manual de derecho penal. Parte general*, 11.ª ed., Milán, 2022, 177, « incluso en ausencia de indicación legislativa expresa »; F. MANTOVANI, *Manual de Derecho Penal*, 5.ª ed., Padua, 2009, 861; en la jurisprudencia de la Corte Suprema, Cass., sec. I, 15 de noviembre de 2002, núm. 38401, rv. 22924-01. Para una opinión opuesta, véase. PAGLIARO [nota 57], 168. Cabe señalar que el artículo El artículo 13, apartado 2, del Código Penal italiano exige expresamente esta condición para la extradición; De manera similar, el arte. 7, apartado 1, de la Ley 69/2005, sobre la orden de detención europea (« independientemente de la calificación jurídica y de los elementos constitutivos individuales del delito », según la interpolación realizada por el Decreto legislativo núm. 10/2021), salvo los delitos indicados en el artículo 8, párrafo 1.

rado grave según el derecho penal holandés y punible según la ley del país en el que se cometió»⁸⁸.

De manera similar, el Código Penal francés –que, en virtud del principio de personalidad activa, también se aplica a una amplia gama de delitos cometidos por ciudadanos franceses o personas jurídicas fuera del territorio nacional– exige explícitamente la doble incriminación para los delitos clasificados como délits (art. 113-6 cp)⁸⁹; Si bien, como ya hemos señalado, la *Loi Sapin II* de 2016 admitió, como excepción, la posibilidad de perseguir la corrupción de funcionarios públicos extranjeros incluso en países en los que no está prevista como delito.

En una dirección diametralmente opuesta, para dar otro ejemplo, se encuentra la sección 35(2) de la Ley de Prevención y Combate de Actividades Corruptas de Sudáfrica Núm. 1. 12 de 2004, que rechaza expresamente la doble incriminación.

En nuestra opinión, cuando está en juego la responsabilidad penal de las personas físicas, existen fuertes razones, incluidas las de carácter axiológico, que abogan por la doble incriminación. En primer lugar, el respeto a los principios de calculabilidad de las consecuencias de la propia conducta, así como de accesibilidad y cognoscibilidad de las normas incriminatorias y de las penas conexas: exigencias todas ellas inherentes al carácter epistemológico-garantista del principio de legalidad, en el sentido constitucional (art. 25, apartado 2, de la Constitución) y convencional (art. 7 CEDH: *nulla poena sine lege*)⁹⁰. Incluso el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*)⁹¹, en relación con la posibilidad concreta de que los autores individuales conozcan las leyes penales de su país de origen, podría motivar la exclusión de la responsa-

⁸⁸ Los límites de aplicación de esta disposición se exploraron en el caso *Asean Explorer* (Tribunal Supremo de los Países Bajos, caso núm. HR 00555/01, LJN: AD9557, 21 de mayo de 2002). Sobre este punto, véase: BOISTER [nota 37], 250; VAN DEN WYNGAERT, *La doble incriminación como requisito para la jurisdicción*, en Dugard-Van den Wyngaert (ed.), *Derecho penal internacional y procedimiento*, Dartmouth, 1996, 131.

⁸⁹ ASCENSIO, *La extraterritorialidad como instrumento - Contribución a la labor del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, 2010, 5 ss.

⁹⁰ La literatura más reciente sobre el tema es rica: en términos generales, a nivel monográfico, MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calculabilità legale*, Nápoles, 2020; SCEVI, *La previsibilidad del derecho penal entre legislativo y iurisdictio*, Turín, 2022; DE BLASIS, *La inteligibilidad como medida objetiva de previsibilidad del derecho penal*, Nápoles, 2023; Del lado de la hermenéutica jurisprudencial, PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Derecho penal jurisprudencial entre dinámicas interpretativas en malam partem*, Turín, 2019, spec. 205 ss., 342 ss.; SANTANGELO, *Precedente y previsibilidad. Perfiles de la deontología hermenéutica en la era del derecho penal jurisprudencial*, Turín, 2022.

⁹¹ Como es sabido, a partir de las sentencias núms. 364 y 1085 de 1988, la Corte Constitucional italiana reconoció que el principio de culpabilidad es indispensable «también para garantizar al particular la certeza de la libre elección de su acción», de modo que «en este sentido, más que completar, constituye el segundo aspecto del principio de garantía de legalidad, vigente en todo Estado de derecho».

bilidad penal por hechos cometidos en el extranjero, que sean penalmente relevantes en el país de nacionalidad pero sean lícitos según la *lex loci*. De hecho, el sujeto activo podría invocar como excusa la inevitable ignorancia del derecho penal (nacional), máxime cuando, más allá de la ciudadanía, ninguna relación lo ha vinculado jamás con el ordenamiento jurídico de origen, al menos hasta el momento de la conducta delictiva y con independencia de su posterior presencia en el territorio del Estado (art. 9, apartado 1, cp). Obviamente, el punto de vista a favor del doble enjuiciamiento gana más peso con respecto a la mala quia prohibita (contravenciones y delitos llamados «artificiales») que con respecto a la mala in se (delitos caracterizados por un desvalor intrínseco).

Debemos preguntarnos, sin embargo, si estos argumentos dictados por los cánones fundamentales del derecho penal deben ser propuestos de manera pedante o, viceversa, pueden ser reconsiderados cuando está en juego la responsabilidad de personas jurídicas y no de individuos. En este último caso, se pueden aducir razones sociocriminológicas contra la doble incriminación, en primer lugar porque «la movilidad de las multinacionales les permite aprovechar las diferencias entre las legislaciones de los distintos países (por ejemplo, vendiendo productos peligrosos donde no están prohibidos)»⁹². Ignorar la punibilidad bilateral evitaría —también desde una perspectiva solidaria— situaciones de impunidad para empresas multinacionales implicadas en delitos graves, a veces seriamente lesivos de los derechos humanos⁹³.

Pero más allá de la objeción relativa a las posibles lagunas regulatorias y al riesgo de «inmunizaciones» irrazonables de responsabilidad, también hay que señalar que el mismo temor relativo a la imposibilidad de acceder a disposiciones penales específicas está menos justificado respecto de los actores corporativos. Normalmente, de hecho, las empresas que operan en los mercados internacionales, especialmente las grandes multinacionales, tienen una mayor capacidad de adquirir conocimientos sobre las normas regulatorias que deben respetar, gracias a sus gabinetes jurídicos, a menudo no menos equipados que un departamento jurídico universitario, y a consultores externos.

⁹² Véase DELMAS-MARTY, *Globalización y corporaciones transnacionales*, en Queinnee (ed.), *Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Un estatuto jurídico en evolución*, París, 2007, 40.

⁹³ Sobre este tema, véase FAUCHALD-STIGEN, *Corporate Responsibility Before International Institutions*, en *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2009, 1028. En relación con la responsabilidad de la entidad conforme al artículo citado. 4 del Decreto Legislativo núm. 231/2001, son favorables a la exclusión de la doble incriminación, por ejemplo, CERQUA, *La aplicabilidad del Decreto Legislativo 231/2001 a las empresas extranjeras*, en *La Resp. amm. soc. enti.*, 2009, núm. 2, 122; ANGELINI, Artículo 4, en Presutti-Bernasconi-Fiorio (eds.), *La responsabilidad de los entes. Comentario artículo por artículo sobre el d. Legisl. 8 de junio de 2001*, núm. 231, Padua 2008, 96.

Por lo tanto, la cuestión del doble enjuiciamiento no puede abordarse apresuradamente y sin tener en cuenta las cuestiones reales que están en juego. Ciertamente, una disciplina jurídica expresa, tras un reflexivo proceso de maduración, sería más acorde con la delicadeza del dilema y la dimensión constitucional de la reserva de ley extensible a toda sanción punitiva.

8.4 TERRITORIALIDAD «SIN LÍMITES»

En la práctica, la aplicación extraterritorial *stricto sensu* del derecho penal queda suspendida en un limbo residual. Los nuevos criterios de vinculación que se están probando recientemente a nivel internacional, en particular los basados en la «actividad empresarial» (Reino Unido) o en la «actividad económica» (Francia) en el país que invoca su jurisdicción sobre hechos cometidos en el extranjero, han tenido hasta ahora un impacto judicial modesto.

Por supuesto, todavía estamos en el inicio de esta nueva tendencia y es probable que tengan que pasar muchos años más antes de que podamos elaborar una primera evaluación realista. En cualquier caso, hay un hecho que ya nos parece irrefutable. Desde el punto de vista de los resultados prácticos, tanto del lado de la responsabilidad penal individual como de la responsabilidad penal de las empresas, otra dinámica ha demostrado, hasta ahora, ser mucho más eficaz: la tendencia a ampliar exponencialmente el concepto de «territorialidad» como extensión de la jurisdicción nacional. El resultado es una especie de territorialidad ilimitada, sin límites⁹⁴.

Esta vía de expansión de la jurisdicción –la segunda que mencionamos en la introducción (§ 1)– no es del todo nueva, incluso en los países de derecho civil. Sin embargo, en tiempos de globalización económica se recurre cada vez más a este método como medio para combatir de manera más eficaz los delitos corporativos transnacionales.

A este respecto merecen destacarse dos aspectos.

(a) En primer lugar, en principio, es conforme al criterio de territorialidad permitir el procesamiento de ciudadanos y entidades extranjeras por actos penalmente relevantes cometidos en el territorio nacional (sujeto, obviamente, a inmunidades especiales); Y de hecho esto sucede en casi todos los sistemas jurídicos del mundo.

⁹⁴ «Territorialidad ilimitada» es la expresión adecuada utilizada por KRISCH [nota 30], 482, 501 ss.

Por ejemplo, no existe duda alguna en el derecho francés de que las empresas extranjeras pueden ser consideradas responsables de delitos cometidos, total o parcialmente, en Francia⁹⁵. Al otro lado del Atlántico, desde 1998 las disposiciones anticorrupción de la FCPA también son aplicables a las empresas extranjeras que, directamente o a través de un agente, estén involucradas en cualquier acto en apoyo de un pago corrupto «mientras se encuentren en el territorio de los Estados Unidos» (es decir, mientras el autor individual del acto esté físicamente presente en el territorio estadounidense), y en este caso no se requiere que la persona sea un emisor o incluso el uso de un instrumento de comercio interestatal (15 USC § 78dd-3).

Los países latinoamericanos no son una excepción, entre ellos Argentina, que con la reciente ley núm. Se introdujo la ley 27401/2017 para una gama limitada de delitos⁹⁶, la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, independientemente de que su capital social sea nacional o extranjero, estatal o privado (art. 1).

De igual modo, según el artículo 12(1) de la Ley Antisoborno del Reino Unido de 2010, cualquier persona (individuo o empresa) puede ser procesada, independientemente de su nacionalidad y en virtud del principio de territorialidad, por cualquier acto de corrupción según la sec. 1, 2 y 6, si se fabrican en el Reino Unido⁹⁷.

La tendencia de los Estados nacionales a perseguir incluso a empresas extranjeras implicadas en delitos cometidos en su territorio no es sorprendente en una época de feroz competencia por reclamar sus respectivas jurisdicciones.

Sin embargo, la situación de la entidad colectiva (extranjera) plantea problemas peculiares. Un acto delictivo no puede ser cometido físicamente por una persona jurídica, sino únicamente por uno de sus miembros o colaboradores individuales. La sede de una agencia podría estar situada en otro lugar, incluso a gran distancia del lugar del delito; Además, también es posible que la organización no tenga sucursales en el territorio donde se comete el delito.

Al abordar esta cuestión, la jurisprudencia italiana hasta ahora ha sido inflexible, ya que no ha dudado en afirmar que las empresas extranjeras pueden ser consideradas responsables de los delitos cometidos en territorio italiano, para los cuales existe jurisdicción interna, independientemente de la nacionalidad de la entidad, del lugar de su sede social o de la presencia de sucursales

⁹⁵ BOURGUIGNON [nota 50], 170.

⁹⁶ Corrupción nacional o internacional, tráfico de influencias, extorsión, malversación de fondos, falsas comunicaciones corporativas agravadas, etc.

⁹⁷ Para un análisis detallado de la jurisdicción territorial en el contexto de la *Ley Antisoborno de 2010*, véase MOISEIENKO, *Jurisdicción penal territorial sobre el soborno en el Reino Unido: los límites de la Ley Antisoborno de 2010*, en *Crim. LR*, 2016, núm. 6. 405.

en nuestro espacio territorial, así como de la existencia o no, en el Estado de origen, de normas que regulen materias análogas, también en lo que respecta a la elaboración y efectiva implementación de modelos organizativos y de gestión de conformidad con el Decreto legislativo núm. 8 de junio de 2001. 231⁹⁸.

Este enfoque no está exento de problemas críticos. En particular, se debe prestar mayor atención a la piedra angular de la responsabilidad personal colectiva en la conformación interna, a saber, el déficit organizativo relacionado con el delito cometido por una persona física calificada. Desde esta perspectiva, también para evitar distorsiones indeseables de la competencia internacional en un sentido u otro, la valoración de la culpa de la entidad con sede en el extranjero debe estar informada por principios de asimilación y homogeneidad funcional entre las precauciones organizativas exigidas por la legislación interna y los estándares corporativos dictados por el sistema jurídico de origen de la empresa o (al menos) reconocidos a nivel internacional (pensemos en las normas ISO)⁹⁹. Desde esta perspectiva, la empresa extranjera estaría llamada a realizar un esfuerzo de adaptación sólo ante parámetros autóctonos claramente subdimensionados.

(b) El aspecto más significativo, desde nuestro punto de vista, es otro: la concepción expansionista de la territorialidad, es decir, la tendencia –ya mencionada– a «territorializar la extraterritorialidad».

Desde el nacimiento del Estado moderno, el principio de territorialidad ha representado la base preeminente de la jurisdicción. En el sentido tradicio-

⁹⁸ Véase Cass., secc. VI, 7 de abril de 2020 núm. 11626, rv. 278963-04, sobre el que ver Las interesantes reflexiones críticas de SCOLETTA, *Entidades extranjeras y «territorialidad universal» del derecho penal italiano: restricciones y límites de aplicación del Decreto Legislativo núm. 231/2001*, en *Le Soc.*, 2020, núm. 5, 621 ss. Posteriormente, el mismo principio de derecho fue reafirmado por el Tribunal de Casación, artículo IV, 6 de septiembre de 2021, núm. 32899, rv. 281997-07 (esto porque el lugar donde se comete el delito empresarial «es el lugar donde se comete el delito subyacente»), sobre lo cual véase, si se quiere, MONGILLO, *Imputación objetiva y culpa entre «ser» y normativismo: el desastre de Viareggio*, en *Giur. es.*, 2022, núm. 4, 953 ss. Para un cuestionamiento radical de las conclusiones de la jurisprudencia sobre el tema, véase PADOVANI, *La disciplina italiana de la responsabilidad corporativa en el espacio transnacional*, en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, núm. 2, 409 ss.

⁹⁹ Véanse las lúcidas reflexiones de PIERGALLINI [nota 3], 152 ss., 167 ss. Nos remitimos también a MONGILLO [nota 3], 303 ss., donde se observó que el problema en la práctica surge sobre todo con referencia al órgano encargado de supervisar la implementación del modelo, cuya disposición en el sistema 231 representa una peculiaridad casi exclusivamente italiana (para mayor información, véase la exhaustiva investigación monográfica de VALENZANO, *La infracción de la entidad por delito debido a la supervisión omitida o insuficiente. Entre modelos preventivos e impedimento omitido del delito*, Nápoles, 2020, 446 ss., así como, MONGILLO, *Supervisión de la implementación del sistema de prevención de delitos corporativos en Italia y en los principales sistemas jurídicos hispanohablantes: circulación de modelos y especificidades nacionales*, en *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, núm. 3/2018, 148 ss.); TRIPODI [nota 52], 20. Sobre el cumplimiento en las empresas multinacionales, para todos, MANACORDA, *El «dilema» del cumplimiento penal para las empresas multinacionales en un mundo jurídico fragmentado*, en Manacorda-Centonze (eds.), *Corporate Compliance on a Global Scale Legitimacy and Effectiveness*, Cham, 2021, 67 ss.

nal, según este canon, «la ley del Estado en cuyo territorio se cometió el delito es generalmente aplicable»¹⁰⁰ (cf., en el ordenamiento jurídico interno, los artículos 3 y 6, apartado 1, del código penal). A pesar de ello, los contornos del principio examinado no son tan claros como podrían parecer a primera vista: de hecho, «siempre se ha planteado la cuestión de qué conexiones territoriales son decisivas cuando una situación jurídica tiene vínculos con más de un Estado»¹⁰¹.

Sabemos que la concepción moderna del principio de territorialidad, a la hora de definir el *locus commissi delicti*, ha progresado en la dirección de la llamada «teoría de la ubicuidad»¹⁰², que admite la posibilidad de que un delito ocurra en más de un lugar y la consiguiente facultad de cada Estado de reclamar jurisdicción cuando al menos uno de los elementos constitutivos –la conducta típica o el hecho– ocurre en su propio territorio.

Sin embargo, en la época en que vivimos, muchos actores estatales muestran una inclinación a maximizar el alcance de la jurisdicción territorial mucho más allá de los horizontes clásicos de la teoría «ubicua».

El punto de partida de una concepción extremadamente fluida de la territorialidad está vinculado al postulado según el cual un delito puede considerarse cometido en el territorio de un Estado incluso cuando haya ocurrido en él sólo «en parte», y no en su totalidad, teniendo en cuenta las exigencias estructurales. La conclusión es que la «porción» relevante tiende a volverse cada vez más evanescente, considerando las prácticas de aplicación que se han vuelto comunes en muchos sistemas legales.

Es más, diversos instrumentos regionales e internacionales en la lucha contra la corrupción parecen apoyar este enfoque. Considérese, por ejemplo, la mencionada Convención de la OCDE sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (artículo 4, apartado 1)¹⁰³ y el Convenio de la UE, de 26 de mayo de 1997,

¹⁰⁰ PALAZZO [nota 55], 159; MICHELETTI, *Crimen y territorio*, en *Criminalia*, 2009, 567 ss.

¹⁰¹ C. RYNGAERT [nota 36], 49.

¹⁰² En los manuales internos, para todos, FIORELLA, *Las estructuras del derecho penal. Cuestiones fundamentales de la parte general*, Turín, 2018, 162; C. FIORE-S. FLOR, *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., 2013, 119. En la literatura internacional, con particular atención a los problemas planteados por el crimen transfronterizo, RYNGAERT, *Territorial Jurisdiction Over Cross-Frontier Offences: Revisiting a Classic Problem of International Criminal Law*, en *Int. Crim LR*, 2009, 9, 187. En la doctrina anglosajona, la teoría de la ubicuidad, en materia de territorialidad, también se denomina «enfoque de los elementos constituyentes»: de nuevo RYNGAERT [nota 36], 77-79. Véase también GILBERT, *Crimes Sans Frontières: Jurisdictional Problems in English Law*, en *British Yearbook of International Law*, 1993, 430, quien llamó a la teoría moderna de la ubicuidad «la aplicación más extensa del principio de territorialidad calificada».

¹⁰³ «Cada Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el cohecho de un funcionario público extranjero cuando el delito se cometa total o parcialmente en su territorio» (énfasis

sobre la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (artículo 7, apartado 1) ¹⁰⁴. A nivel del Derecho de la UE, se sigue el mismo patrón, por ejemplo, en la Directiva 2017/1371, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (artículo 11) ¹⁰⁵. Todos estos instrumentos se refieren al delito «cometido, total o parcialmente, dentro del territorio».

Pero lo verdaderamente decisivo es el modo en que se interpreta el concepto de «parte».

Desde esta perspectiva, la interpretación que ofrece el ordenamiento jurídico italiano es elocuente. Mucho antes de los actos supranacionales antes mencionados, la vocación autárquica de nuestro código penal, como es sabido, se remonta a 1930-31 ¹⁰⁶, había dado origen a una disposición como el artículo 6, párrafo 2, que, de manera completamente especular, establece que «el delito se considera cometido en el territorio del Estado, cuando la acción u omisión que lo constituye ha ocurrido allí en todo o en parte, o el hecho que es consecuencia de la acción u omisión ha ocurrido allí».

La segunda sección de este precepto normativo aclara que es irrelevante, a los efectos de establecer la jurisdicción interna, que la acción/omisión ocurra íntegramente en el extranjero, siempre que el hecho ocurra en Italia. Pero es sobre todo el primer segmento de la disposición, el referente a la conducta prohibida, el que está preñado de efectos prácticos, ya que, en la interpretación jurisprudencial predominante, ni siquiera se requiere, para calificar un delito como territorial, que una parte «significativa» de la conducta se realice en Italia. Esto equivale a decir que el derecho interno puede encontrar aplicación, en virtud del criterio de territorialidad, incluso cuando sólo un acto preparatorio o un fragmento de la conducta, entendida en sentido naturalista, y por tanto cualquier acto del proceso penal –aunque carezca de los requisitos de idonei-

nuestro). El Comentario 25 de la Convención establece que «la base territorial de la jurisdicción debe interpretarse de manera amplia, de modo que no se requiera una conexión física extensa con el acto de cohecho».

¹⁰⁴ « 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción [...] en los casos en que: a) el delito se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio [...] » (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁵ « 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción [...] en los casos siguientes: a) la infracción se ha cometido total o parcialmente en su territorio; [...] » (cursiva nuestra).

¹⁰⁶ En la doctrina se reconoce unánimemente la intención de ampliar el ámbito de aplicabilidad del derecho italiano inherente a la ideología autoritaria del legislador fascista, cuya impronta es claramente visible también en las normas sobre la extraterritorialidad del derecho penal: PALAZZO [nota 55], 164. Es también reveladora la norma sobre la renovación de la sentencia (art. 11 cp), sobre la que véase a continuación § 5.

dad e univocación requeridos para la tentativa (art. 56 cp)– haya ocurrido en Italia¹⁰⁷; y también cuando el delito se comete íntegramente en el extranjero pero con participación de otra persona en el territorio nacional¹⁰⁸.

El sector anticorrupción es, una vez más, emblemático. Siguiendo estos caminos, para activar la jurisdicción italiana a nivel territorial, podría ser suficiente, por ejemplo: una transferencia bancaria desde Italia para pagar una soborno en el extranjero; una llamada telefónica desde nuestro país ordenando al director de una sucursal extranjera sobornar a un funcionario público fuera de nuestro país; una fase mínima de planificación criminal en suelo italiano; Incluso una reunión de gestión en la que se planteó la hipótesis del uso de expedientes corruptos y luego se utilizó en la práctica en el extranjero para obtener un contrato público.

Nuestra jurisprudencia repite estas rimas también para la responsabilidad penal de las entidades colectivas (decreto legislativo núm. 231/2001). De este modo, el lugar de comisión del delito empresarial se identifica con el territorio en el que el sujeto individual ha cometido al menos parcialmente el delito, más que con el lugar (eventualmente extranjero) en el que se ha revelado el defecto de gestión (el centro organizativo-gerencial de la empresa).

La impresión de una territorialidad «sin trabas» en el derecho italiano vigente se ve reforzada por una detención que atañe precisamente a la responsabilidad penal de la entidad por actos de corrupción internacional. Nos referimos a la primera condena definitiva de una empresa por este delito en nuestro país (caso Saipem), que llegó a considerar suficiente que «incluso la mera concepción del delito haya ocurrido en Italia, aunque la conducta restante se haya realizado en el extranjero»¹⁰⁹ (cursiva nuestra). Probablemente, en la visión no del todo clara de la Corte Suprema, una mera conspiración (en el sen-

¹⁰⁷ *Ex multis*, Cass., secc. VI, 9 de diciembre de 2009, núm. 47922; Cass., secc. IV, 17 de diciembre de 2008, núm. 17026, rv. 243476-01, según el cual basta que el delito se cometa «aunque sea en una medida mínima dentro del Estado». Sin embargo, según el más reciente Cass., secc. VI, 20 de diciembre de 2017, núm. 56953, rv. 272220-01, la connotación de un fragmento del *iter criminis* a los efectos de la aplicación del artículo 6 cp «no puede atribuirse a una finalidad genérica, carente de concreción y especificidad, la comisión de hechos delictivos en el extranjero, aunque éstos se realicen íntegramente allí» (no basta un desplazamiento desde Italia al *lugar del delito* (en este caso, Suiza), a falta de otros elementos que caractericen dicho traslado como conducta preliminar a la actividad ilícita controvertida).

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, la noción amplia de territorialidad aceptada para los crímenes cometidos en «alta mar» por la Corte de Casación, apartado I, 27 de marzo de 2014, núm. 14510, *Haji Hassan*; Id., 20 de agosto de 2014, núm. 36052, *Arabi*, rv. 260040-01; Id., 7 de diciembre de 2021, núm. 15556, *Essaush Shaouk*.

¹⁰⁹ Cass., secc. VI, 17 de marzo de 2016, núm. 11442, en *Dir. pen. proc.*, 2016, 1320 ss., con comentario crítico, en parte aquí, de MONGILLO, *La represión criminal de la corrupción internacional: constantes criminológicas y cuestiones aplicativas*. Sobre el artículo 6 cp, cf. VINCIGUERRA, *Derecho penal italiano*, vol. I, 2.ª ed., Padua, 2009, 369, según la cual «es irrelevante la simple ideación del delito que tuvo lugar en Italia, pero que no fue seguido allí por nada, ni siquiera por un acuerdo», y PALAZZO [nota 55], 167,

tido anglosajón) con vistas a cometer un delito en el extranjero podría considerarse suficiente para afirmar la jurisdicción territorial del Estado italiano, sin necesidad siquiera de actos materiales preparatorios en el territorio nacional para sentar las bases del plan criminal.

Para proporcionar una representación más precisa de las tendencias predominantes a nivel internacional, también son útiles algunas ideas comparativas desde esta perspectiva.

Así, en el derecho penal francés, el punto de partida para definir las cuestiones jurisdiccionales es, como en Italia, la teoría de la ubicuidad. Según el principio de territorialidad, se considera que un delito ha sido cometido en el territorio nacional cuando uno de sus «elementos constitutivos» (literalmente, «hechos constitutivos»: artículo 113-2, párrafo 2, cp), ya sea la acción o el acontecimiento, ocurre dentro de las fronteras del Estado¹¹⁰. Lo ha reiterado, recientemente, también la Corte de Casación en un caso de corrupción internacional, adhiriendo a una lectura, una vez más, bastante extensiva del criterio de territorialidad, que se considera satisfecho, por ejemplo, cuando las sumas corruptas se transfieren a Francia o la firma de contratos que autorizan pagos para sobornar a funcionarios públicos extranjeros ha sido decidida durante una reunión del órgano de administración de la empresa celebrada en París¹¹¹. En un caso de corrupción en el extranjero, la Corte de Casación francesa consideró suficiente –para afirmar la jurisdicción francesa– que los actos, incluso si se cometieron íntegramente en el extranjero, sean indivisibles de los parcialmente cometidos en Francia, es decir, que estén «conectados de tal manera que la existencia de unos no sería comprensible sin la existencia de los otros»¹¹².

que considera irrelevante también «la aparición en Italia del mero acuerdo criminal para la ejecución de un delito que luego tuvo lugar enteramente en el extranjero».

¹¹⁰ ASCENSIO[nota 89], 4. Además, la competencia territorial francesa se aplica subsidiariamente cuando una persona en Francia participa en un delito (*crime o délit*) cometido en otro país (*complicité*), pero bajo dos condiciones (art. 113-5 cp): doble incriminación y una decisión final de un tribunal extranjero que establezca el delito (después de la *Loi Sapin II*, la segunda condición ya no es esencial para los delitos de corrupción o tráfico de influencias que involucran a funcionarios públicos extranjeros y cometidos en el extranjero).

¹¹¹ *Tribunal de Casación*, Sala de lo Penal, 31 de octubre de 2012, núm. 12-84.220; Id., 1 de abril de 2020, núm. 19-83.969, caso *TSKJ (Nigeria)*. Ambas sentencias se mencionan en el *informe del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho* al que se hace referencia en la nota siguiente.

¹¹² Caso de los materiales de armamento (Camerún y Malí), citado en *OCDE, Grupo de trabajo sobre cohecho, Implementación de la Convención de la OCDE contra el cohecho, Informe de la fase 4, Francia*, 9 de diciembre de 2019, 79. Más allá de los casos de corrupción, la jurisdicción francesa se ha afirmado, por ejemplo, en relación con un delito de tráfico de información privilegiada que involucraba acciones de empresas extranjeras que cotizaban en un mercado extranjero, donde la orden de bolsa se había originado en territorio transalpino, y también en un caso de contaminación de un curso de agua que se extendía a territorio francés, causada por una empresa con sede en Bélgica (véase ASCENSIO [nota 89], 4).

Al otro lado del océano, se siguen patrones similares en Estados Unidos, que, por larga tradición, parece llevar el principio de territorialidad al extremo, al menos en algunos campos del derecho¹¹³. Nuevamente, la práctica relativa a la aplicación territorial de la FCPA surge como paradigmática. La expresión «actuar mientras se está en el territorio» (15 USC § 78dd-3) se interpreta con acentos que incluyen incluso formas muy tenues de conexión con el territorio nacional: por ejemplo, una empresa extranjera (no emisora) que participa con sus directivos, empleados o agentes en una reunión en Estados Unidos para promover un esquema corrupto en el extranjero, incluso sin recurrir a instrumentos de «comercio interestatal», se considera penalmente perseguible¹¹⁴. Estas prácticas de aplicación –que en la mayoría de los casos no requieren la intervención de un juez o la reducen a un papel meramente ornamental respecto de los acuerdos estipulados por la empresa demandada con el fiscal– revelan cómo la ampliación extrema del principio de territorialidad (junto con formas «genuinas» de jurisdicción extraterritorial, como las consideradas más arriba) puede ser también doblegada, subrepticamente, hacia políticas económicas proteccionistas, respecto de las cuales el ideal de una competencia leal en los mercados internacionales se desvanece hasta el punto de sonar retórico. De hecho, si bien es cierto que Estados Unidos ha sido el país más activo en los últimos veinte años en la aplicación de las normas para combatir la corrupción transfronteriza¹¹⁵. Esto se ha producido principalmente a expensas de las empresas extranjeras. Desde 2006, la mayoría de los costosos acuerdos de diferimiento de procesamiento (DPAs) o acuerdos de no procesamiento (NPAs) celebrados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos por violaciones de la FCPA, es decir, acuerdos destinados a suspender el procesamiento

¹¹³ Siguiendo en el ámbito del *common law*, un claro ejemplo de expansión de la jurisdicción territorial se puede encontrar, con referencia al derecho inglés, en el artículo 2(1) de la *Ley de Justicia Penal* de 1993. Véase, sobre la aplicación espacial del derecho penal en el contexto británico, para todos, HIRST, *Jurisdiction and the Ambit of Criminal Law*, Oxford, 2003; FARMER, *Jurisdicción territorial y criminalización*, en 63 *University of Toronto Law Journal*, 2013, núm. 2, 225.

¹¹⁴ En aplicación del 15 USC § 78dd-3, véase, por ejemplo, Criminal Information, *United States v. Societe Generale SA*, Núm. 18-cr-253 (EDNY 18 de mayo de 2018); Acusación sustitutiva, *EE. UU. vs. Nervis G. Villalobos-Cardenas, et al.*, Núm. 17-cr-514 (SD Tex. 24 de abril de 2019); Información criminal, *Estados Unidos v. Steven Hunter*, Núm. 18-cr-415 (SD Tex. 17 de septiembre de 2018). Estos y otros casos se citan en la Guía del Departamento de Justicia [nota 70], 11 y nt. 59. En general, la concepción amplia del principio de territorialidad por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley penal de los Estados Unidos surge claramente en casos que involucran delitos financieros transnacionales y relaciones económicas globales; Emblemático, por ejemplo, es el reciente escándalo de corrupción que involucra a la FIFA, sobre el cual ver KRISCH [nota 30], 488-489.

¹¹⁵ Transparencia Internacional, *Exportando corrupción. Informe de progreso 2022: Evaluación de la aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE*, 2022, 10, 87.

por un período de observación o a no proceder contra una empresa, han involucrado a multinacionales extranjeras ¹¹⁶. Tanto es así que algunos académicos han comenzado a lamentar la transfiguración de la FCPA en una especie de nuevo «impuesto comercial internacional» cobrado a empresas no estadounidenses ¹¹⁷. Esto garantiza a las empresas estadounidenses una ventaja competitiva en los mercados internacionales e induce a otros estados a reformar sus leyes nacionales para ampliar, de manera especular, los límites de su aplicación.

En conclusión, en la era en que vivimos, los Estados nacionales, especialmente aquellos más influyentes en el escenario internacional, muestran una inclinación a maximizar el alcance de la jurisdicción territorial mucho más allá de los horizontes clásicos de la teoría «ubicua». De este modo, la territorialidad tiende a convertirse en una noción escalar más que categórica y a expandirse sin restricciones. El vínculo territorial entre el Estado y el delito se desmaterializa y normativiza, permitiendo la persecución, de manera «agresiva», de conductas (casi) enteramente realizadas en el extranjero.

Es evidente la distancia sideral con la concepción tradicional del principio de territorialidad, como factor de conexión capaz de asegurar un efectivo «punto de conexión» con el Estado de referencia.

En última instancia, los efectos extensivos de este enfoque una vez más rayan en la *fictio iuris* ¹¹⁸: el delito, en lugar de ser efectivamente cometido, al menos en una porción significativa del territorio nacional, es «como si fuese»... En términos concretos, los resultados de aplicación del derecho penal interno no son distintos de las formas explícitas y genuinas de jurisdicción extraterritorial, pero con un beneficio inmediato para la autoridad procesal: no tener que someterse a las sustanciales restricciones y condiciones de admisibilidad que, por flexibles que sean, tradicionalmente comprimen la jurisdicción ultraterritorial estrictamente entendida (*supra* § 2).

¹¹⁶ Sobre las estrategias de *distracción* de Estados Unidos contra las empresas, véase Reciente y densa monografía de FE. MAZZACUVA, *La entidad premiada. El derecho punitivo en la era de las negociaciones: la experiencia angloamericana y las perspectivas de reforma*. Turín, 2020, esp. 194 ss. y *pássim*.

¹¹⁷ LEIBOLD, *Aplicación extraterritorial de la FCPA bajo el derecho internacional*, en 51 *Willamette Law Review*, 2015, 225 ss.

¹¹⁸ Además, como señala MARINUCCI-DOLCINI-GATTA [nota 87], 170, con referencia al derecho interno, el uso de la expresión «se considera» en el artículo 6, apartado 2, del Código Penal implica una ficción jurídica, que pretende extender la aplicabilidad del derecho penal italiano a hechos que no hayan sido cometidos, en todos sus elementos constitutivos, en el territorio del Estado.

8.5 LA OTRA MITAD DEL PROBLEMA: LOS RIESGOS DE INFRACCIÓN DEL *NE BIS IN IDEM* EN LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL

Ampliar los límites espaciales de las leyes nacionales parece, como se ha dicho, una opción justificable para evitar la impunidad de gigantes corporativos capaces de atrapar a los gobiernos de países emergentes o en desarrollo.

Por el contrario, la falta de un marco claro de reglas internacionales dedicadas a los perfiles de interferencia y conflicto potencial entre las reivindicaciones de aplicación¹¹⁹. Además, la ausencia de jerarquías legalmente reconocidas entre las distintas jurisdicciones estatales que reivindican su legitimidad plantea graves cuestiones de salvaguardia. Frente a los amplios criterios territoriales o extraterritoriales discutidos hasta ahora, corren el riesgo de verse vulnerados los derechos fundamentales de las instituciones¹²⁰ y las personas que operan en su nombre.

El mayor peligro lo representa la acumulación de procesos penales/punitivos sincrónicos o diacrónicos y, como resultado de ellos, múltiples condenas en distintas jurisdicciones por los mismos hechos y contra los mismos autores. Lo anterior va evidentemente en detrimento de los principios de *ne bis in idem* (en inglés double jeopardy), de seguridad jurídica y de proporcionalidad de la pena.

No es sorprendente, pues, que la empresa multinacional, desde el principio, haya sido «definida en términos de jurisdicción y de potencial conflicto jurisdiccional»¹²¹.

Incluso desde esta perspectiva, la jurisprudencia internacional sobre la corrupción de funcionarios públicos extranjeros proporciona pruebas vívidas. Basta recordar los numerosos procedimientos que, en la última década, han involucrado en diversos tribunales nacionales, por ejemplo, a la empresa italiana Saipem¹²², la alemana Siemens AG, la noruega Statoil y la francesa Alstom SA.

La pregunta entonces es sencilla: ¿pueden las personas físicas y jurídicas invocar alguna protección legal para escapar de múltiples procedimientos punitivos y de la duplicación de sanciones in idem en diferentes jurisdicciones?

¹¹⁹ Señala puntualmente cómo el derecho internacional no ha conseguido aún delinear un marco de coordinación mutua entre los múltiples criterios de determinación del ámbito espacial del derecho penal, PALAZZO [nota 55], 161.

¹²⁰ Véase, para una visión general, desde la nueva perspectiva de la entidad colectiva, CONSULICH, *L'ente alla corte. El Decreto Legislativo 231/2001 puesto a prueba por las Cartas de Derechos*, en *La resp. amm. soc. enti.*, 2019, núm. 4, 21 ss.

¹²¹ COBRIN, *Soberanía en Bahía: globalización, empresa multinacional y el sistema político internacional*, en Rugman (ed.), *The Oxford Handbook of International Business*, Oxford, 2.ª ed., 2010, 183.

¹²² Sobre el asunto jurídico de Saipem s.p.a. cfr., véase, en detalle, MONGILLO [nota 109].

Ciertamente, la dimensión transnacional del *ne bis in idem* parece ser menos investigada en la literatura jurídica que la nacional y, a nivel técnico, es un presagio de mayores incertidumbres y dificultades en su aplicación ¹²³.

A continuación intentaremos analizar la cuestión desde tres perspectivas: europea, internacional y nacional.

(a) En el *espacio jurídico europeo* ¹²⁴, en el que —como es sabido— la proyección transnacional representa el ubi consistam del «fenómeno político a regular y por tanto el modelo teórico del delito» ¹²⁵, las propias personas físicas y jurídicas están protegidas del riesgo de múltiples condenas por los mismos actos en virtud del artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Un escudo similar ya estaba garantizado por el artículo 54 del Convenio de 19 de junio de 1990 por el que se aplica el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Ambas disposiciones, con algunos matices diferentes, aceptan abiertamente el principio *ne bis in idem* ¹²⁶.

¹²³ LELIEUR, «Transnacionalizando» el *Ne Bis In Idem*: *Cómo la regla del Ne Bis In Idem revela el principio de certeza jurídica personal*, en 9 *Utrecht Law Review*, 2013, núm. 4, 199.

¹²⁴ Sobre los procesos de integración europea, desde el punto de vista del derecho penal, véase p.ej. Los estudios de GRASSO (entre muchos, *Derecho penal e integración europea*, en Grasso-Sicurella (ed.), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milán, 2007, 1 ss.), en un panorama doctrinal cada vez más rico (pensemos, en particular, en las aportaciones de Bernardi, Donini, Manacorda, Manes, Picotti, Riondato, Sotis, etc.).

¹²⁵ DONINI, *Integración europea y ciencia criminal*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 3-4, 536.

¹²⁶ Sobre el concepto de *idem* en la jurisprudencia de los tribunales europeos, véase Ó FLOINN, «El concepto de *idem* en los tribunales europeos: cómo desentrañar el vínculo inextricable en la legislación europea sobre doble enjuiciamiento», en *Colum. J. Eur. L.*, 2017, 24, 75 ss., quien señala que «el principio *ne bis in idem*, tal como se define en el Derecho europeo y en los instrumentos de derechos humanos, se ha revelado como un auténtico atolladero jurídico». La espinosa cuestión de si la duplicación de procedimientos y sanciones penales y administrativos en un país por los mismos hechos viola el principio *ne bis in idem* queda fuera del alcance de este trabajo, ya que concierne a la dimensión nacional de ese principio. Sobre esta última cuestión, véase, en una literatura muy rica, VETZO, *El pasado, el presente y el futuro del diálogo Ne Bis In Idem entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos Menci, Garlsson y Di Puma*, en *Rev. Eur. Adm. Law*, 2018, núm. 2, 55 ss.; MIRANDOLA-LASAGNI, *El ne bis in idem europeo en la encrucijada del Derecho administrativo y penal, eu-crim*, 2/2019, 126. En cuanto a la reciente tendencia a la convergencia, en materia de *ne bis in idem*, a nivel «paneuropeo», es decir, entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (art. 50 CDFUE) y la del CEDH (art. 4 Protocolo núm. 7 CEDH), en la línea trazada por la sentencia de este último Tribunal en el asunto *A y B contra Noruega*, véase DAVIO-I. GAMBARDELLA, *Mayor coherencia del principio ne bis in idem, por fin: la sentencia Bpost (C-117/20)*, 5 de junio de 2022, en <http://eulawanalysis.blogspot.com/2022/06/greater-coherence-for-ne-bis-in-idem.html>, en el que los autores comentan las recientes sentencias Bpost y Nordzucker del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, cuya importancia se debe, sobre todo, a la afirmación según la cual el alcance de la protección del *ne bis in idem* es el mismo en todos los ámbitos del Derecho de la UE, de modo que la comprobación del *idem* exige la identidad del autor y de los hechos materiales, con independencia del interés jurídico protegido (tradicionalmente exigida únicamente en el ámbito del Derecho de la competencia: *Toshiba* (C-17/10); si bien luego se añade que una limitación

En particular, el artículo El artículo 50 de la Carta de Niza establece: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado penalmente por una infracción por la que haya sido ya absuelto o condenado por una sentencia firme en la Unión conforme a la ley». Por lo tanto, hay dos condiciones que deben cumplirse para invocar esta protección: 1) una decisión definitiva previa sobre el fondo del caso (condición «bis»); 2) la circunstancia de que dicha decisión y el procedimiento posterior versen sobre los mismos hechos (condición «ídem»)¹²⁷.

Hay que recordar que en el Derecho de la UE el principio en cuestión se aplica no sólo en una dimensión puramente interna, sino también entre varios Estados miembros, y por tanto también adquiere un alcance transnacional¹²⁸, a diferencia del contexto del CEDH, donde el artículo 4 Protocolo Núm. 7 El CEDH sólo opera dentro de la jurisdicción de un solo Estado Parte. También cabe señalar que el principio *ne bis in idem*, incluso en el contexto de la Unión Europea, solo se aplica a los casos regidos por el Derecho de la Unión o por el

al principio *ne bis in idem* podría estar justificada en virtud del artículo 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Niza, por tanto, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, y siempre que se cumplan una serie de condiciones extraídas de la jurisprudencia sobre el CEDH. En la doctrina interna, para todos, TRÍPODES, *Ne bis in idem* vías europeas y doblemente punitivas. Perfiles de sostenibilidad de la acumulación de sanciones en el marco del sistema multinivel, Turín, 2022; ID., *Acumulaciones punitivas, ne bis in idem y proporcionalidad*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, núm. 3, 1047 ss.; VALLINI, *Huellas del ne bis in idem sustancial en los caminos trazados por los Tribunales*, en *Dir. pen. y proc.*, 2018, núm. 4, 537; MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Turín, 2020. Sobre algunas sentencias recientes del TEDH, véase. Ardizzzone, *Tsonyo Tsonev contra. Bulgaria: una ocasión para reflexionar sobre el alcance del ne bis in idem «europeo»*, en *Sist. pen.*, 14.07.2022. Sobre el tema ver. también Tribunal Constitucional, 16 de junio de 2022, núm. 149, sobre la doble vía sancionadora en materia de derechos de autor.

¹²⁷ Como es sabido, en materia de *idem factum* aún subsiste cierta incertidumbre y desajuste entre la jurisprudencia interna (común o constitucional), que exige identidad de conducta, hecho y nexos causal, y los Tribunales europeos que –con raras excepciones– tienden a referir la noción únicamente a la conducta constitutiva del delito.

¹²⁸ Así lo confirma, más recientemente, el asunto *Nordzucker* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, 22 de marzo de 2022, asunto C-151/20), relativo a dos procedimientos ante las autoridades nacionales de competencia de distintos Estados miembros. Sobre esta sentencia, y otra dictada el mismo día y relativa al asunto *Bpost* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 22 de marzo de 2022, asunto C-117/20), véase DE PASQUALE, *Uno, Ninguno y Cien Mil. Los criterios operativos del principio ne bis in idem*, en *revista.eurojus.it*, núm. 2-2022, 248 ss. Sobre el *ne bis in idem* transnacional, en el ámbito de la Unión Europea, véase, en la doctrina interna, RECCHIA, *El «ne bis in idem» transnacional en las fuentes de la Unión Europea. Cuestiones resueltas y puntos problemáticos a la luz de las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la UE*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, núm. 3, 1372 ss.; FELISATTI, *El principio del ne bis in idem transnacional en el diálogo entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales*, en *Leg. Pen.*, 27 de julio de 2017, 1 ss.; En la doctrina extranjera, en una vasta literatura, cabe citar ESER, *Concurrencia de conflictos nacionales y transnacionales - Para salvaguardar el «ne bis in idem» y prevenir conflictos competitivos positivos*, en Sieber et al. (eds.), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, 557 ss.; SATZGER, *Derecho penal internacional y europeo*, Oxford, 2.ª ed., 2018, pp. 149 ss.; BÖSE, *La dimensión transnacional del principio ne bis in idem y la noción de res iudicata en la Unión Europea*, en Böse et al. (editado por), *Justicia Sin Fronteras. Ensayos en honor a Wolfgang Schombourg*, Leiden, 2018, 49 ss.

Derecho nacional que entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión¹²⁹.

Sin embargo, ninguna disposición impide la apertura de múltiples procedimientos y su tramitación paralela en varios Estados miembros de la UE contra las mismas personas físicas o jurídicas. Cada uno de ellos podrá por tanto continuar hasta que se dicte una sentencia firme (absolutoria, condenatoria u otras) en uno de los Estados miembros. De hecho, el Tribunal de Justicia de la UE, al igual que el CEDH desde una perspectiva intraestatal,¹³⁰ —aclaró que sólo una sentencia firme sobre el mismo asunto en un Estado impide el inicio de nuevos procesos penales en otro Estado o exige el cierre de los ya iniciados.

A este respecto, la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, exige también meras consultas directas entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros; El resultado de lo mismo no está en absoluto ligado¹³¹. Como resultado de ello, la gestión de las relaciones entre las autoridades nacionales todavía está rodeada de imprevisibilidad.

Recientemente se han dictado criterios y reglas específicos relativos al desarrollo de las investigaciones y al ejercicio de la jurisdicción en un determinado Estado miembro, en caso de múltiples jurisdicciones competentes, limitados a los delitos lesivos para los intereses financieros de la UE y a los indisolublemente vinculados, por el Reglamento (UE) 2017/1939, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Además, se trata de algunas de las disposiciones más complejas de este instrumento legislativo (directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con los Tratados) y es probable que den lugar a importantes incertidumbres en su aplicación, que no es posible abordar aquí.

(b) Por el contrario, *fuera de la UE*, ningún principio de Derecho internacional consuetudinario establece la prohibición del bis in idem¹³². En la di-

¹²⁹ Tribunal de justicia UE, Gran Sala, 26 de febrero de 2013, C-617/10, Åklagaren c. *Hans Åkerberg Fransson*, § 16 ss.: «El Tribunal de Justicia ya ha señalado que, en relación con la Carta, no puede apreciar una normativa nacional que no esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión».

¹³⁰ Por ejemplo, TEDH, *Mihalache c. Rumanía*, 8 de junio de 2019, núm. 54012/10. Sobre el Tribunal de Justicia. UE, véase, *ex plurimis*, 22 de diciembre de 2008, *Turansky*, asunto C-491/07.

¹³¹ Véase en particular el considerando 11: «Ningún Estado miembro debe estar obligado a renunciar a su jurisdicción o a ejercerla contra su voluntad». Hasta que se alcance un consenso sobre la concentración de los procesos penales, las autoridades competentes de los Estados miembros deben poder continuar los procesos penales por cualquier delito que sea de su jurisdicción nacional. Véase también el Decreto Legislativo núm. 29/2016 tiene por objeto adecuar el derecho italiano a esta decisión marco.

¹³² Véase COLANGELO, *Doble enjuiciamiento y múltiples soberanos: una teoría jurisdiccional*, en *Wash. U. L. Rev.*, 2009, núm. 86, 769 ss.

mención internacional, por tanto, son posibles múltiples procesos penales e incluso condenas por el mismo hecho en diferentes jurisdicciones en perjuicio de la misma empresa (o persona física).

Desde el punto de vista del derecho internacional de los tratados, incluso la convención mundial más utilizada para combatir la corrupción, a saber, la CNUCC, se limita a exigir a los Estados partes que se consulten entre sí, según sea más apropiado, a fin de evitar, en la medida de lo posible, el riesgo de superposición indebida de procedimientos judiciales por un mismo hecho (art. 42, párrafo 5). De manera similar, la Convención Anticohecho de la OCDE (artículo 4, párrafo 3) no impone una prohibición de procesar o condenar repetidamente a una persona por la misma conducta en diferentes Estados Contratantes; Sólo pretende evitar tales situaciones al exigir, en caso de jurisdicción concurrente, que las distintas Partes se consulten entre sí, a petición de una de ellas.

(c) Del lado de los sistemas jurídicos estatales, el reconocimiento del principio *ne bis in idem* transnacional varía enormemente de un sistema jurídico a otro y tiende a evolucionar también a través de la jurisprudencia. Esta falta de armonía genera fuertes problemas críticos y una previsibilidad insuficiente de la ley para los operadores económicos que realizan actividades en múltiples Estados.

En algunos países, como Francia, se reconoce el *ne bis in idem* transfronterizo a condición de que los hechos ya juzgados en el extranjero no se hayan cometido, total o parcialmente, en el territorio nacional (art. 113-9 del Código Penal francés y artículo 692 del Código de Procedimiento Penal francés). Sobre esta cuestión, la posición de la jurisprudencia ha variado considerablemente a lo largo del tiempo. Entre las más recientes, una sentencia del 14 de marzo de 2018 de la Corte de Casación declaró que solo cuando la acción penal se ejercita sobre la base del principio de territorialidad, el *ne bis in idem* no asume ningún alcance preclusivo, incluso en el caso en que los mismos hechos ya hayan dado lugar a condenas u otras decisiones de autoridades extranjeras¹³³. Dada la amplia interpretación de la jurisdicción territorial en Francia (supra § 4), este enfoque no ofrece protección particular a las personas expuestas a múltiples procedimientos penales.

Un reconocimiento más completo del *ne bis in idem* caracteriza la experiencia de otros sistemas jurídicos que acreditan su dimensión transnacional aun cuando el delito se haya cometido en territorio nacional. Es el caso, por

¹³³ OCDE, Grupo de Trabajo sobre el Soborno [nota 112], 81.

ejemplo, del artículo 68 del Código Penal holandés¹³⁴ y del arte. 5(4) de la Ley canadiense sobre cohecho de funcionarios públicos extranjeros, enmendada en 2013. En un sentido parcialmente divergente, el Código Penal suizo (art. 3, párrafo 3) prohíbe los procedimientos contra el sujeto activo del delito ya procesado en el extranjero a solicitud de la autoridad suiza solo cuando haya sido absuelto con una sentencia definitiva por el tribunal extranjero o la sanción impuesta a él en el extranjero haya sido ejecutada o indultada o haya prescrito.

Como es sabido, el enfoque tradicionalmente seguido en nuestro ordenamiento jurídico es diferente. El principio del *ne bis in idem* transnacional queda expresamente rechazado por el artículo 11 cp, que establece la regla contraria de la renovación del procedimiento, exigiéndose la solicitud del Ministro de Justicia sólo en el caso de extraterritorialidad¹³⁵. La severidad de este régimen queda atenuada por el artículo 138 cp, que exige el cálculo de la pena ya impuesta y cumplida total o parcialmente en el extranjero (el llamado *ne bis in idem* operativo), en consonancia con una práctica internacional consolidada así como con la necesidad de proporcionalidad de la carga global de la pena.

Partiendo de la premisa de que el *ne bis in idem* no constituye un principio o costumbre de derecho internacional, la Corte Suprema italiana, en la sentencia final del proceso dictado en virtud del Decreto Legislativo núm. 231/2001 contra Saipem SpA, ha declarado abiertamente que debe encontrar su fuente exclusivamente en una obligación contractual. En el caso examinado, la ausencia de un acuerdo específico con el Estado del *locus commissi delicti* (Nigeria), que excluyera la jurisdicción italiana, permitió la renovación del juicio por los mismos hechos¹³⁶.

La jurisprudencia estadounidense también se ha asentado desde hace tiempo en este axioma, según el cual la cláusula de doble enjuiciamiento establecida por la Quinta Enmienda «prohíbe las condenas posteriores sólo por parte del mismo Estado soberano»¹³⁷, ya que «la Constitución de los Estados Unidos no ha adoptado la doctrina de *ne bis in idem* internacionalmente»¹³⁸.

¹³⁴ VERVAELE, *El principio transnacional ne bis in idem en la UE*, en *Utrecht L. Rev.*, 2005, núm. 2, 104.

¹³⁵ Véase Cass., sez. I, 1 de junio de 2018, núm. 24795, rv. 273287-01. Sobre el tema, por último, GALANTINI, *El «ne bis in idem» internacional y los límites a su aplicación*, en *Proc. pen. giust.*, 2020, núm. 2, 9 ss. Plantea dudas sobre la constitucionalidad del artículo 11 cp por violación del principio de proporcionalidad, F. CENTONZE, *Ne bis in idem internacional y renovación de la sentencia*, en *Leg. pen.*, 9.7.2020, 18 ss., quien, en el silencio legislativo, duda también de la extensibilidad al cuerpo colectivo del principio de fungibilidad de la pena establecido por el artículo 138 cp (pp. 31, 33).

¹³⁶ Cass., sez. VI, 17 de marzo de 2016, núm. 11442 [nota 109].

¹³⁷ *Estados Unidos vs. Villanueva*, 408 F.3d 193, 201 (5to Cir.2005).

¹³⁸ *Estados Unidos vs. Martín*, 574 F.2d 1359, 1360 (5th Cir.1978), citando *Bartkus v. Illinois*, 359 US 121, 128 núm. 9 (1959). El principio fue confirmado, en materia de corrupción internacional, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, *US v. Jeong*, 624 F.3d 706 (5th Cir.2010), según

Este enfoque es coherente con la doctrina de la doble soberanía, que fue desarrollada específicamente para casos de doble enjuiciamiento por un tribunal estatal y un tribunal federal. La orientación se remonta a la década de 1920 y fue reafirmada recientemente por la Corte Suprema en el caso *Gamble*¹³⁹, según el cual la prohibición constitucional de la doble incriminación protege a las personas de ser puestas en peligro dos veces por el mismo delito; Pero si hay dos autoridades soberanas, esto significa que hay dos sistemas distintos y, en consecuencia, dos crímenes diferentes.

La cortina impenetrable que se ha tendido sobre el problema de las condenas múltiples en múltiples jurisdicciones por el mismo delito en Estados Unidos ha comenzado a levantarse recién en los últimos años. Es significativo que las autoridades estadounidenses encargadas de la aplicación de las leyes penales contra las empresas hayan empezado a sentir la necesidad de abordar la cuestión. Así, el 9 de mayo de 2018, el entonces fiscal general adjunto Rod J. Rosenstein¹⁴⁰ inauguró la nueva política del Departamento de Justicia sobre «Coordinación de sanciones de resolución corporativa en investigaciones y procedimientos paralelos y/o conjuntos que surgen de la misma mala conducta», incluida en el Manual de los Fiscales de los EE. UU. en § 1-12.100. Las instrucciones no son vinculantes. No obstante, se ha alentado apropiadamente a los fiscales del Departamento de Justicia a coordinarse, cuando sea posible, tanto dentro del Departamento (cuando varios miembros están investigando la misma empresa) como con otras autoridades de investigación federales, estatales, locales y extranjeras, «para evitar la imposición innecesaria de múltiples sanciones monetarias, sanciones punitivas y/o decomisos contra una empresa», a fin de lograr un «resultado equitativo». teniendo en cuenta en todo caso las sanciones económicas ya abonadas por la entidad investigada, a la hora de definir el importe de las medidas sancionadoras adicionales¹⁴¹. Los factores que el Departamento de Justicia de Estados Unidos debería considerar para promover el resultado deseado son: «la gravedad de la mala conducta corporativa; restricciones legislativas sobre sanciones, multas y/o confiscaciones; el riesgo de retrasos injustificados en la adopción de una decisión final; la idonei-

el cual la Convención de la OCDE de 1997 no prohíbe «múltiples procesos penales por la misma conducta en diferentes naciones sujetas al tratado».

¹³⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, *Gamble v US*, Núm. 17-646, 587 US (2019). Sobre este caso, véase: COLANGELO, *Gamble, doble soberanía y debido proceso*, en *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2018-2019, 189; HÖRNLE, *Jurisdicción de Internet: derecho y práctica*, Oxford, 2021, 111.

¹⁴⁰ ROSENSTEIN, *Carta a los jefes de los componentes del departamento sobre la política de coordinación de las sanciones por resolución corporativa*, 2018, en www.justice.gov.

¹⁴¹ Para un comentario detallado, véase ODED, *Aplicación de la legislación anticorrupción en múltiples jurisdicciones: es hora de un enfoque global*, en 28 *Journal of Law and Policy*, 2020, 510, spec. 531 ss.

dad y actualidad de la información facilitada por una empresa y su cooperación con el Departamento »¹⁴².

En resumen, la estrategia defendida recientemente en el extranjero para garantizar un nivel adecuado y al mismo tiempo proporcionado de disuasión contra la mala conducta corporativa se basa en dos pilares: una cooperación judicial internacional más eficaz y un mecanismo para igualar las sanciones ya sufridas y las que aún se impondrán.

Este cambio de perspectiva está en la raíz de un fenómeno reciente y de gran importancia: la estipulación de acuerdos de transacción multijurisdiccionales, es decir, no sólo entre Estados y empresas privadas, sino también entre diferentes autoridades judiciales nacionales. De este modo, los experimentos de justicia negociada multilateral se están convirtiendo en un importante centro de conexión interestatal y un centro de intercambio de conflictos jurisdiccionales, alimentados por la expansión extraterritorial de la esfera de aplicación de las leyes nacionales. El acuerdo trilateral firmado el 31 de enero de 2020 por el gigante aeroespacial franco-holandés Airbus SE simultáneamente con las autoridades de Francia, Reino Unido y Estados Unidos, es emblemático, frente a las acusaciones de haber contribuido a la creación de un esquema de corrupción plurianual y generalizado para comercializar aviones civiles y militares, pagando sobornos en secreto en China y otros países. La empresa ha firmado así un convenio judicial de interés público con el Parquet National Financier (PNF) francés, acordando pagar aproximadamente 2.100 millones de euros, en paralelo a los DPA firmados con las autoridades estadounidenses y británicas, por un importe total pagado de 3.600 millones de euros¹⁴³. También cabe destacar que en el caso de Airbus la investigación fue realizada por un equipo conjunto de fiscales del PNF francés, la SFO británica, el Departamento de Justicia de Estados Unidos y el Fiscal General del Distrito de Columbia. Estas autoridades también acordaron someter a la entidad a la vigilancia de la Agencia Francesa Anticorrupción, quedando Airbus sujeta a las obligaciones de cumplimiento establecidas por la *Loi Sapin II*¹⁴⁴.

¹⁴² Incluso antes de emitir la nueva política, el DOJ había acordado compensar, en varios DPA, las multas ya pagadas por la empresa involucrada a otras autoridades extranjeras por los mismos hechos. Véanse, por ejemplo, los DPA firmados con Telia Company AB y Keppel Offshore & Marine Ltd (22 de diciembre de 2017), así como otras medidas coordinadas con autoridades extranjeras citadas en la *Guía del DOJ* [nota 70], 71 y nt. 382.

¹⁴³ Airbus Press online, Airbus alcanza acuerdos con autoridades francesas, británicas y estadounidenses, 31 de enero de 2020.

¹⁴⁴ HOCK, *La lucha contra el soborno corporativo: acuerdos negociados y agrupación de delitos, en Policía y sociedad*, 2020, 7-8.

Esta evolución, cuyos rasgos quedan oscurecidos por los impetuosos cambios que se están produciendo, nos muestra las siguientes verdades. En primer lugar, sólo el multilateralismo y la cooperación parecen capaces de garantizar una lucha eficaz contra los delitos corporativos transnacionales como la corrupción. Además, gracias a su capacidad para dictar y aplicar eficazmente reglas con un amplio alcance jurisdiccional, los países líderes en el escenario económico global, empezando por Estados Unidos, pueden inducir a otros Estados «fuertes» a actualizar su legislación de manera especular y a coordinarse para evitar conflictos jurisdiccionales o distribuir las sanciones impuestas. Desde esta perspectiva, la difusión de acuerdos negociados al estilo norteamericano no es tanto (o sólo) el resultado de una tendencia emulativa, sino más bien de la competencia entre Estados para ganar una porción sustancial del rico pastel de la aplicación internacional de la ley, especialmente en el campo de la lucha contra la corrupción. En esta competencia jurisdiccional desenfundada, los países menos influyentes o más reacios a adoptar mecanismos flexibles son los que quedan observando.

8.6 ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL POSIBLE EQUILIBRIO ENTRE EFICIENCIA Y GARANTÍAS.

Es hora de sacar conclusiones de las consideraciones hechas hasta ahora.

Las cuestiones relativas a la aplicación del derecho penal en el espacio parecen cruciales si queremos combatir adecuadamente los delitos corporativos en una economía globalizada. Esta necesidad se ve agravada por la fragmentación de la producción en grupos corporativos, los acuerdos horizontales entre empresas y las cadenas de suministro cada vez más fragmentadas a nivel global, que además de aumentar exponencialmente el riesgo de delitos corporativos, principalmente corrupción, delitos ambientales y explotación laboral, obstaculizan la aplicación de las leyes por parte de los Estados.

Las formas extensivas de jurisdicción extraterritorial basadas en el principio de personalidad activa o en el de protección o en una combinación de ambos, junto con la ampliación del criterio clásico de territorialidad como base para la aplicación de las normas nacionales, se consideran cada vez más un paso obligatorio para una lucha eficaz contra la delincuencia corporativa transfronteriza.

Sin embargo, más allá de los intereses económicos —que no es excesivo calificar de «egoístas»— de los distintos Estados, es difícil captar las razones que

justifican la imparable expansión de las jurisdicciones nacionales, respecto de las cuales todos los cánones tradicionalmente observados parecen disolverse.

Sobre todo, los modelos de conexión jurisdiccional acuñados recientemente en algunos países (Reino Unido y, poco después, Francia), basados en el mero ejercicio de una actividad económica/empresarial (ejercicio de una actividad económica), incluso si es perfectamente legal, en un territorio determinado, plantean serias dudas.

Pero incluso las tendencias jurisdiccionales internas a «perseguir» hechos con una clara localización transfronteriza, apelando a tenues o incluso etéreos vínculos con el suelo italiano, terminan manipulando, hasta desfigurarlos, el principio de territorialidad, históricamente fundado en la soberanía estatal.

En la actual realidad económica globalizada, el avance de los distintos países genera una red cada vez más intrincada de normas y profundas asimetrías que chocan con las necesidades de armonización jurídica a nivel europeo e internacional. Además, las normas nacionales inconsistentes crean condiciones desiguales y podrían perjudicar a las empresas de los Estados que adoptan las disciplinas más severas y restrictivas. Por otra parte, los países líderes a nivel internacional, empezando por los Estados Unidos, tienden a explotar reglas con una latitud espacial insondable con el fin de proteger a las empresas nacionales contra competidores extranjeros considerados propensos a desviaciones económicas.

El resultado, en general, es insatisfactorio y lleno de distorsiones. Está claro que la lucha contra la criminalidad transfronteriza no debe resolverse en una pura disputa de jurisdicción, dejada al «libre albedrío» y a las tentaciones hegemónicas de los distintos Estados, empezando por los más influyentes en el escenario mundial.

Más aún porque las repercusiones de esta especie de «nueva geopolítica de la norma» son ahora evidentes¹⁴⁵ Derecho penal, que representa uno de los subproductos jurídicos más abundantes de la globalización actual.

El efecto más visible es la tendencia a multiplicar las investigaciones, «fotocopiar» los procesos y las condenas por los mismos hechos y contra los mismos individuos por parte de múltiples autoridades nacionales. De este modo, se ciernen espesas nubes sobre el principio *ne bis in idem*, que, desde una perspectiva transnacional, no sólo sigue siendo desatendido en el espacio ultraeuropeo, sino que también en el ámbito de la UE –donde se afirma claramente para las materias eurounitarias (art. 50 CDFUE)– revela peculiaridades

¹⁴⁵ La expresión está tomada de DE VAUPLANE, *Une nouvelle géopolitique de la norme*, en Garapon-Servan-Schreiber (ed.), *Deals de justice*, París, 2013, 23 ss.

tales que hacen que las difíciles conclusiones a las que han llegado los Tribunales europeos con referencia a las dobles vías sancionadoras de ámbito nacional no sean directamente utilizables.

Además, sería ingenuo esperar que Estados individuales, incluido el nuestro, pudieran acordar retirarse unilateralmente, dejando uno o ambos flancos expuestos a las incursiones de jurisdicciones competidoras.

Es pues urgente una reflexión colectiva que involucre a la doctrina jurídica (derecho penal e internacional en primer lugar), a los Estados nacionales y a las principales organizaciones internacionales para reconsiderar *ab imis fundamentis* la aplicación del derecho estatal en el espacio, cuyos criterios normativos se han vuelto tan informes e indescifrables en las últimas décadas que se resuelven en el simple imperium del (País), en cada punto, que es más fuerte.

En particular, parece oportuno canalizar los esfuerzos de la comunidad internacional hacia un nuevo acuerdo multilateral de alcance global, dedicado precisamente a la cuestión de los conflictos relacionados con el ejercicio del poder punitivo, para garantizar a los individuos y a las empresas un grado suficiente de previsibilidad y seguridad jurídica, gracias también a una clara jerarquía entre las diferentes pretensiones jurisdiccionales. Aquí es necesario centrarse en aspectos clave como la cooperación judicial en materia penal, los criterios de prevención y resolución de conflictos de jurisdicción que pueden surgir cuando varios Estados pretenden aplicar su propio derecho penal en atención al diferente factor de conexión existente con cada uno de ellos, el cumplimiento del principio *ne bis in idem* (procedimental) y/o el recurso residual a formas de compensación entre sanciones impuestas en distintos foros. Como mínimo, los instrumentos de derechos humanos y las convenciones pertinentes sobre delincuencia transnacional deberían actualizarse para reconocer expresamente el derecho a no ser juzgado o castigado dos veces por el mismo acto, como ocurre actualmente (solamente) en el derecho de la UE.

Hasta que se den las condiciones para alcanzar tan ambicioso y hoy aparentemente lejano objetivo, la cooperación y la coordinación entre autoridades nacionales representarán los métodos esenciales, por una parte, para reducir los costes de aplicación y promover una respuesta eficaz contra los delitos corporativos y, por otra, para evitar la multiplicación de acciones punitivas o al menos los efectos desproporcionados causados por la acumulación de sanciones impuestas por el *idem factum* en diferentes países. Esa «conexión suficientemente estrecha a nivel material y temporal», que según la jurisprudencia de los Tribunales europeos, en diálogo con los locales, puede –aunque en un marco de aplicación nada lineal– hacer tolerable la acumulación de múltiples vías sancionatorias nacionales, en el respeto de la proporcionalidad global, en la dimen-

sión transnacional-global, sólo puede cultivarse mediante una cooperación interestatal oportuna y penetrante, extendida hasta la fase de conmensuración.

En su defecto, la única opción que quedaría para garantizar la proporción punitiva sería invocar la deducción de las sanciones (eventualmente) ya impuestas por autoridades judiciales extranjeras. En este caso, sin embargo, el principio de proporcionalidad mostraría todos sus límites como sustituto sustantivo de un principio procesal como el *ne bis in idem*. La verdadera razón de ser de la garantía de este derecho fundamental quedaría incumplida, la cual –como aclaró nuestro juez de derecho– consiste en evitar mayores sufrimientos y costos económicos (estos ciertamente también recaen sobre una persona jurídica) determinados por un nuevo juicio en relación con hechos por los cuales esa persona ya ha sido juzgada ¹.

Para concluir.

En períodos históricos caracterizados por rápidos cambios socioeconómicos, los pilares tradicionales del derecho se ven sacudidos por vibraciones que nublan su lógica y sus contornos. El punto final, como siempre, debe ser un equilibrio razonable entre eficiencia y garantías. En otras palabras, deben evitarse tanto las situaciones de impunidad como las de sobredisuasión, es decir, el peligro de que el uso legítimo de sanciones eficaces y disuasorias se traduzca en abusos intolerables.

Las políticas expansionistas de las jurisdicciones nacionales representan, a este respecto, una prueba crucial, que no debe quedar a merced de los intereses económicos de entidades estatales individuales.

Para quienes confían en que el derecho puede aún aspirar al papel de espejo y guía racional de la sociedad, incluso de esta sociedad en convulsa transformación y en constante agitación, quedará claro que el antídoto a los excesos de la globalización no puede ser ofrecido, de manera creíble, por el imperialismo jurisdiccional de Estados que compiten por la hegemonía sobre un espacio cada vez más desestructurado y sin límites*.

¹ Tribunal Constitucional, 16 de junio de 2022, núm. 149, §§ 2.1 («El derecho al *ne bis in idem* reconocido por el artículo 4 Prot. núm. 7 CEDH tiene como objetivo, de hecho, en primer lugar, proteger a la persona contra el sufrimiento y los costes de un nuevo proceso por los mismos hechos ya objeto de otro proceso definitivamente concluido») y 5.1.1.

* Traducción realizada por Sara María Martínez Novillo (investigadora predoctoral UCLM-UniBo)